Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 27 • vol. 156 • jun. / 2019

Dossiê Especial: "Provas no Processo Penal"

Editores-associados: Aury Lopes Jr. e Yuri Felix

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 27 • vol. 156 • jun. / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Aury Lopes Jr.

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Aury Lopes Jr.

Editores-assistentes – Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Fernanda Ravazzano, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, Marina Cerqueira, Salah H. Khaled Jr., Thayara Castelo Branco e Vinicius Gomes de Vasconcellos

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL
Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)
Adriano Antunes Damasceno (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alex Pereira Leutério (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP) – André Luis Jardini Barbosa (FADISP - São Paulo/SP) – André Luiz Nicolitt (Centro Universitário Guanambi – Guanambi/BA) – André Rocha Sampaio (Faculdade Integrada Tiradentes – Maceió/AL) – Barbara Siqueira Furtado (Universidade

de São Paulo – São Paulo/SP) – Bruno Silveira Rigon (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Carolina Stein (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Daniel Kessler de Oliveira (Feevale - Novo Hamburgo/RS) – Eduardo Augusto Paglione (Academia de Polícia Civil de São Paulo – São Paulo/SP) – Eduardo Neves Lima Filho (UFPA – Belém/PA) – Felipe da Costa De-Lorenzi (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Fernando Tonet (Associação brasileira de pesquisadores em sociologia do direito – Niterói/RJ) – Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS – Gabriel Huberman Tyles (FADISP – São Paulo/SP) – Guilherme Francisco Ceolin (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Italo Rabelo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Juliano de Oliveira Leonel (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – Laura Gigante Albuquerque (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Liziane da Silva Rodriguez (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Lucas Minorelli (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ – Ijuí/RS) – Marcelo Almeida Sant'Anna (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marcelo Marcante Flores (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Mariana Gastal (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Nathalia Beduhn Schneider (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Patricia Ribeiro Mombach (Universidade do Sul de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Paulo Thiago Fernandes Dias (Unisinos - São Leopoldo/RS) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ronaldo Bezerra dos Santos (UNIVEM – São Paulo/SP) – Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (PUCSP – São Paulo/SP) – Salah H. Khaled Jr. (Universidade Federal do Rio Grande – Porto Alegre/RS) – Sara Alacoque Guerra Zaghlout (Unisinos - São Leopoldo/RS) – Theuan Carvalho Gomes da Silva (UNESP - Franca/SP) – Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ) – Tiago Lorenzini Cunha (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Vinicius de Melo Lima (ULBRA – Campus Torres/RS) – Vitor de Paula Ramos (UFRGS - Porto Alegre/RS) – Welton Roberto (UFPE – Recife/PE)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Antonio Vieira (Universidade Católica do Salvador – Salvador/BA) – Caio Badaró Massena (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Caio Marcelo Cordeiro Antonietto (Universitat Pompeu Fabra – Espanha) – Daniela Dora Eilberg (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Douglas Rodrigues da Silva (UNICURITIBA – Curitiba/PR) – Eduardo Bolsoni Riboli (Universidade de Lisboa - Portugal) – Elmir Duclerc Ramalho Junior (UFBA – Salvador/BA) – Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS) – Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR – Curitiba/PR) – Ítalo Menezes Rabelo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Janaina Matida (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – José Muniz Neto (Universidade de Lisboa – Portugal – Leonardo Augusto Marinho Marques (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Luiz Gabriel Batista Neves (UFBA – Salvador/BA) – Maria Eduarda Vier Klein (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Maricy Ribeiro Fideles Rocha (UFMA – São Luis/MA) – Miguel Tedesco Wedy (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Rafael Fecury Nogueira (UNAMA – Belém/PA) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Salah H. Khaled Jr. (Universidade Federal do Rio Grande – Porto Alegre/RS) – Saulo Stefanone Alle (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 156 • jun. / 2019

Coordenação (editor-chefe)
Aury Lopes Jr.

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 156 • jun. / 2019

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Aury Lopes Jr.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Editorial

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com
Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Impresso no Brasil: [06-2019]
Profissional
Fechamento desta edição: [08.04.2019]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

Presidenta
Eleonora Rangel Nacif
1º Vice-Presidente
Bruno Shimizu
2º Vice-Presidente
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º Secretária
Andrea D'Angelo
2º Secretário
Luís Carlos Valois
1º Tesoureiro
Gabriel Queiroz
2º Tesoureiro
Yuri Felix
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Carla Silene Gomes
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

Membros
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Alvino Augusto de Sá
Ela Wiecko
Geraldo Prado
Ouvidora
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Ações Antidiscriminatórias
Thayná Yaredy
Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Atualização do Vocabulário Básico Controlado
Roberto Portugal de Biazi
Biblioteca
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Boletim
Luigi Barbieri Ferrarini
Comunicação
Roberto Tardelli
Concessão de Bolsas de Estudos e Desenvolvimento Acadêmico
Juliana Souza Pereira
Convênios
Gustavo Brito
Cooperação Jurídica Internacional
Ilana Müller
Cursos
Clara Masiero
Cursos IBCCRIM – Coimbra
Claudia Barrilari (SP)
Direito Penal Econômico e Compliance
Priscila Beltrame
Estudos e Projetos Legislativos
Thiago Bottino
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies Santiago Santos
Iniciação Científica
André Lozano
Jornal de Ciências Criminais
Maria Carolina Amorim
Justiça e Segurança Pública
Dina Alves
Mesas de Estudos e Debates
Renato Watanabe
Monografias
Eduardo Saad Diniz

Núcleo de Pesquisas
Riccardo Cappi
Política Nacional de Drogas
Luciana Boiteux
Relações Internacionais
Silvio Luiz de Almeida
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Aury Lopes Jr.

Revista Liberdades
Paula Mamede
Sistema Prisional
Patrick Lemos Cacicedo
22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º Seminário Internacional
Yuri Felix

Grupo de Estudos

Grupo de Estudos sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
Milene Cristina Santos

Grupo de Estudos sobre Escolas Penais
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral
Paulo Cesar Malvezzi Filho

Equipe
Fernanda Barbosa

Núcleo Administrativo

Supervisão
Fernanda Barreto

Equipe
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva

Núcleo Financeiro

Supervisão
Roberto Seracinskis

Equipe
Andrea Pereira dos Santos
Bruna Vargas
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

Supervisão
Lorraine Carvalho Silva

Equipe
Jonas Santos

Núcleo de Biblioteca

Supervisão
Helena Curvello

Equipe
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

Supervisão
Douglas Calixto

Equipe
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

Supervisão
Amarilis Regina Costa da Silva
Equipe
Andreza Martiniano da Silva
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Tânia Andrade

Núcleo de Publicações

Supervisão
Willians Meneses

Equipe
Rafael Vieira
Taynara Lira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 27 • vol. 156 • jun. / 2019

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Marcella Pâmela da Costa Silva

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier, Fernanda Lessa, Leonardo Rocha e Rafael Ribeiro

Estagiárias: Beatriz Fialho e Diene Ellen

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Ana Paula Cavalcanti, Jonatan Souza, Luciano Guimarães e Maria Cristina Lopes Araujo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Mauricio Alves Monte

Analista de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis

Sumário

Doutrina

Dossiê Especial: "Provas no Processo Penal"

Editorial
Aury Lopes Jr. e Yuri Felix 19

A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho
The eyewitness testimony in the Brazilian criminal procedure: an analysis based on epistemology and the psychology of testimony
Caio Badaró Massena 23

Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal
Use of internal investigations as evidence in criminal proceedings
Caio Marcelo Cordeiro Antonietto e Douglas Rodrigues da Silva 61

"Eu sei o que vocês fizeram no verão passado": o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal
"I know what you did last summer": the use of spy software as a means of obtaining criminal evidence
Eduardo Bolsoni Riboli 91

Punição, verdade e prova: perspectiva crítica e transdisciplinar
Punishment, truth and proof: critical and transdisciplinary perspective
Elmir Duclerc Ramalho Junior e Luiz Gabriel Batista Neves 141

O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro
The necessary development of evidentiary standards compatible with Brazilian criminal procedure
Guilherme Brenner Lucchesi 165

O campo probatório e a oralidade: a promoção da concepção dialética no processo penal e a função heurística do mecanismo da oralidade

The probatory field and orality: the promotion of the dialectical conception in the criminal procedure and the heuristic function of the orality mechanism

Ítalo Menezes Rabelo, José Muniz Neto e Maricy Ribeiro Fideles Rocha 189

Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro

Beyond BARD: a critical evaluation of the adoption of the "beyond any reasonable doubt" as the standard of proof in Brazilian criminal justice system

Janaina Matida e Antonio Vieira 221

Interrogatório policial, confissões forçadas e hipótese de culpa

Police interrogation, forced confession and hypothesis of guilt

Leonardo Augusto Marinho Marques e Jamilla Monteiro Sarkis 249

O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito

The future of criminal law bargaining and the Democratic State of Law

Miguel Tedesco Wedy e Maria Eduarda Vier Klein 279

Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo?

Historical evolution of systems of evaluation of evidence: do we continue evolving?

Rafael Fecury Nogueira 307

Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos

Search and seizure of cellphone records: new challenges facing technological advances

Ricardo Jacobsen Gloeckner e Daniela Dora Eilberg 353

A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo

The psychic capture of the judge and the meaning of the probative activity in contemporary criminal proceedings

Salah H. Khaled Jr. e Gabriel Antinolfi Divan 395

Produção probatória e cooperação jurídica internacional em matéria penal

Production of evidence and international legal cooperation in criminal matters

Saulo Stefanone Alle 425

Índice Alfabético-remissivo

Autores 455

Temas 457

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 461

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 471

Condições para Submissão (*Checklist*) 475

A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho

The eyewitness testimony in the Brazilian criminal procedure: an analysis based on epistemology and the psychology of testimony

Caio Badaró Massena

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado criminal.
caio.badarom@hotmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.03.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Os princípios da presunção de inocência e do devido processo penal reclamam que a tarefa (re)cognitiva do processo penal seja desempenhada de forma racional. A epistemologia jurídica, como área da filosofia do direito, possui como uma de suas funções avaliar a racionalidade do desenho institucional adotado por um determinado ordenamento jurídico. Pelas próprias circunstâncias que envolvem diversos delitos, a prova testemunhal é considerada um dos principais meios de prova utilizados no âmbito do processo penal. Este trabalho tem como objetivo analisar, a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, o desenho institucional adotado pelo Código de Processo Penal em relação à prova testemunhal. Inicialmente, buscar-se-á compreender o testemunho como forma de aquisição de conhecimento, à luz do debate entre reducionistas e antirreducionistas. Em seguida, o trabalho se dedicará ao estudo da memória, das fases do processo de memória e dos fatores que influenciam a correção em cada uma destas fases. Por fim, com base nas conclusões oferecidas nos tópicos anteriores, o presente trabalho avaliará a adequação do desenho institucional da prova testemunhal adotado pelo processo penal brasileiro a um modelo racional de verificação dos fatos.

Abstract: The principles of presumption of innocence and due process of law require that the (re)cognitive task of criminal prosecution be performed rationally. Legal epistemology, as an area of the philosophy of law, has as one of its functions to evaluate the rationality of the institutional design adopted by a legal system. Even today, the witness evidence is considered one of the main means of proof used in criminal proceedings. This paper aims to analyze, from the epistemology and the psychology of testimony, the institutional design adopted by the Criminal Procedure Code in relation to the witness testimony. Initially, we will seek to understand the testimony as a way of acquiring knowledge, with support in the debate between reductionists and antireductionists. Next, the work will focus on the study of memory, the phases in the memory process and the factors that influence the correction in each of these phases. Finally, based on the conclusions offered in the previous topics, the present study will evaluate the adequacy of the institutional design of the witness testimony adopted by the Brazilian criminal procedure to a rational model of verification of the facts.

Massena, Caio Badaró. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 23-59. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

Palavras-chave: Prova Penal – Prova testemunhal – Epistemologia jurídica – Psicologia do testemunho – Processo Penal.

Keywords: Criminal Evidence – Witness testimony – Legal epistemology – Psychology of testimony – Criminal procedure.

Sumário: 1. A prova no processo penal e o papel da epistemologia jurídica. 2. O testemunho como prova: uma aproximação epistemológica. 2.1. Reducionismo, antirreducionismo e a tese do dualismo. 3. A prova testemunhal e a psicologia do testemunho. 3.1. A memória. 3.2. Estruturas e tipos de memória. 3.3. Os processos envolvidos no registro da informação. 3.4. Os fatores de influência na memória. 3.4.1. Fatores de codificação. 3.4.2. Fatores de retenção. 3.4.3. Fatores de recuperação. 4. A prova testemunhal no Código de Processo Penal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. A prova no processo penal e o papel da epistemologia jurídica

Todos nós realizamos raciocínios através de provas. Em nossas atividades diárias a todo momento realizamos inferências probatórias a fim de tomar decisões, das mais simples às mais complexas. O raciocínio inferencial é uma habilidade humana básica.[1] Neste sentido, Jeremy Bentham afirmou que "o campo da prova não é outro que o do conhecimento"[2], motivo pelo qual toda disciplina que intente produzir alguma forma séria de conhecimento tem de enfrentar os problemas da prova e das inferências probatórias.

No âmbito do processo penal brasileiro, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, estabelece o processo como único meio legítimo de verificação da responsabilidade penal: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Entretanto, é por força do reconhecimento do princípio da presunção de inocência que se insere o problema da prova no processo penal brasileiro.

Neste sentido, Geraldo Prado adverte que "uma das consequências da posição da presunção de inocência como princípio reitor do processo penal, portanto, está em fundar a imposição e aplicação da pena em um dispositivo probatório".[3]

1. ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. Flavia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 79.
2. BENTHAM, Jeremy. The Introductory View of the Rationale of Evidence. Trad. Livre. In: BOWRING, John (ed.) *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. , v. 6. p. 1.
3. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 21.

Decorre, portanto, dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência a função (re) cognitiva do processo penal.[4] O devido processo legal é um processo que se caracteriza, entre outras finalidades e características, por viabilizar o conhecimento da infração penal e sua autoria a partir de um esquema lógico e jurídico capaz de apoiar a decisão em um determinado contexto de verdade.[5] Con-

4. Nas palavras de Franco Cordero: "I processi sono macchine retrospettive miranti a stabilire se qualcosa sia avvenuto e chi l'abbia causato". *Procedura Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 568.

5. Por certo, a verdade não é o único e nem o principal objetivo do processo penal, tampouco há que se falar em uma verdade real ou absoluta. No âmbito do processo penal outros valores estão em jogo, como a tutela da liberdade, a duração razoável do processo, a paz social, a dignidade dos indivíduos, etc. Penso, entretanto, que a existência de valores não epistêmicos a limitar a busca pela verdade não inviabiliza um modelo probatório que possibilite uma correta averiguação dos fatos acontecidos e relevantes ao processo. Assim, ainda que se reconheça que a verdade não é o fim último do processo penal, um modelo racional do processo reclama que a verdade seja o fim do procedimento probatório (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*: Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010). Ao mais, falar em verdade exige também esclarecer "qual verdade" se tem em mente. A despeito dos intensos e intermináveis debates acerca do conceito de verdade, bem como do reconhecimento dos avanços da filosofia a partir do giro linguístico, creio que no âmbito da epistemologia – onde são enfrentadas questões sobre crença e conhecimento – o abandono completo de uma noção correspondentista, em que se reconhece a existência de uma realidade independente de nós a servir de standard de correção epistêmica, não se justifica, na medida em que entendo ser o realismo externo, mais do que uma teoria, a estrutura dentro da qual é possível ter teorias (SEARLE, John R. Metafísica básica: realidade e verdade. In: *Mente, linguagem e sociedade*. Trad. F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. p. 11-43). Contudo, a adoção de um conceito de verdade como correspondência não significa aceitar a possibilidade de uma verdade absoluta ou de um objetivismo ingênuo. Conforme destaca González Lagier, na defesa de um objetivismo crítico, a existência de fatos objetivos externos não assegura que nosso conhecimento a respeito dos fatos externos seja objetivo (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. In: *Questio Facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2005. p. 24-41). Assumir um conceito de verdade como correspondência não nos leva a defender uma relação conceitual entre prova e verdade. Ao contrário, conforme ensina Ferrer Beltrán, a relação entre prova e verdade é teleológica, dado que a proposição "está provado que p" deve ser entendida como "há elementos de juízo suficientes a favor de p" (*Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 37-41). Esta conclusão, aliás, nos permite assumir a existência de erros judiciais a justificar, por exemplo, a relativização da coisa julgada através da revisão criminal (art. 621, CPP). É justamente o reconhecimento da realidade como standard de correção epistêmico e o

forme aponta Ferrajoli, é justamente a força jurídico-política do esquema epistemológico e normativo que, a partir deste nexo entre verdade e legitimidade, definirá a natureza específica da jurisdição no moderno estado de direito.[6]

A necessidade de se estabelecer de forma segura os fatos em disputa como condição de legitimidade da aplicação da pena introduz no processo criminal o problema do conhecimento destes fatos.

A epistemologia jurídica é a área que se preocupa justamente com o estabelecimento e justificação das proposições fáticas estabelecidas no processo judicial e pode ser compreendida como uma parte da filosofia do direito que aplica os métodos e ideias da epistemologia geral ao estudo dos processos cognitivos no âmbito do Direito.[7]

Neste cenário, Laudan adverte que a epistemologia jurídica deve contar com dois projetos: um de caráter *descritivo*, a fim de averiguar se as normas e práticas jurídicas facilitam o correto estabelecimento dos fatos e quais o obstaculiza, e outro *normativo*, consistente em propor mudança das regras existentes a fim de eliminar aquelas que constituam impedimentos graves ao correto estabelecimento dos fatos.[8]

No presente trabalho concentrarei esforços em averiguar se as normas do Código de Processo Penal estão adequadas, à luz da epistemologia do testemunho

---

reconhecimento de algum objetivismo que nos permite denunciar a injustiça em casos de condenação de inocentes (HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law*. Justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 55-57). Portanto, apesar da verdade não ser um fim do processo, isto é, um fim em si mesmo, trata-se de uma condição de decisão justa, a atuar como um *indicador epistêmico* (PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo *et. al*. *Prova Penal*: Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 14). Na doutrina nacional, posição semelhante é adotada por Gustavo Badaró em Editorial dossiê: BADARÓ. Gustavo. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, 2018, quadrimestral, p. 43-80.

6. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 9. ed. Madrid: Editora Trotta, 2009. p. 69.
7. MARRERO, Danny. Capítulo 1: Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In: PAÉZ, Andrés (coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*: ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de Los Andes, Editorial Uniandes, 2015. p. 17.
8. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.26.

e dos estudos levados a cabo pela psicologia do testemunho, a um processo racional de averiguação dos fatos. Assim, a partir da epistemologia do testemunho buscarei analisar a própria condição do testemunho como meio de aquisição de conhecimento. Isto é, saber até que ponto o testemunho pode contribuir como prova de uma proposição fática em determinados contextos, bem como avaliar a melhor postura a ser adotada por quem oferece o testemunho e, principalmente, por quem o recebe a fim de avaliá-lo.

A psicologia do testemunho, por sua vez, auxiliará o estudo da prova testemunhal ao nos oferecer ferramentas para compreender o funcionamento da memória, as fases do processo de memória e os fatores capazes de influenciar todo o processo de registro, retenção e recuperação das informações percebidas pela testemunha. Logicamente, a partir da própria descrição crítica surgirão ideias prospectivas, porém, levar esta tarefa a sério exigiria uma análise mais detalhada, o que não será possível, por questão de espaço, desenvolver no presente trabalho.

2. O testemunho como prova: uma aproximação epistemológica

O testemunho desempenha papel fundamental na aquisição de conhecimento. Parte considerável de nossas crenças está justificada com base nas palavras de outras pessoas e não em nossas próprias observações. Os exemplos mais claros são aqueles relativos às informações sobre eventos que ocorreram antes ou logo após o nosso nascimento. Mas é possível pensar em outros exemplos menos claros: as teorias científicas, por exemplo, são aceitas por nós geralmente a partir do que outras pessoas nos dizem; sabemos da existência de lugares distantes em que nunca fomos. Em muitos casos possuímos crenças testemunhais, com plena confiança, sem sequer imaginar os meios pelos quais tais crenças possam ser justificadas.[9]

No atual estágio da sociedade é difícil conceber que uma pessoa tenha tempo, experiência e capacidade intelectual para conhecer por si mesma, sem outras pessoas, tudo aquilo que crê.

Com efeito, a denominada *dependência epistêmica* não é exclusividade dos processos judiciais, pois é certamente um fenômeno presente na vida cotidiana de qualquer pessoa. No entanto, a dependência epistêmica é uma característica

9. PÁEZ, Andrés. Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 215.

distintiva da justificação epistêmica judicial, uma vez que o raciocínio sobre os fatos no campo do direito é predominantemente testemunhal.[10]

Por este motivo, o estudo do testemunho como forma de aquisição de conhecimento é fundamental para se pensar em mecanismos adequados de regulação da prova testemunhal no âmbito do processo judicial.

2.1. Reducionismo, antirreducionismo e a tese do dualismo

Tradicionalmente, a filosofia encarou com desconfiança a possibilidade de aceitar o testemunho como prova. Sob esta ótica, principalmente da lógica tradicional, o testemunho possui um caráter não confiável e impossível de ser avaliado como prova. Esta desconfiança e desprezo pelo testemunho como forma de aquisição de conhecimento é vista, por exemplo, na obra de Platão, no diálogo protagonizado por Sócrates e Teeteto.[11]

Não obstante esta visão cética da filosofia tradicional, o debate epistemológico sobre o testemunho geralmente se dá em torno de duas posições antagônicas: reducionismo e anti-reducionismo. A primeira postura está vinculada ao filósofo empirista inglês David Hume, em seu *Ensaio sobre o entendimento humano*; a segunda ao filósofo escocês Thomas Reid, em *Investigação sobre a mente humana segundo os princípios do senso comum*.

Hume, ao analisar o problema do testemunho e reconhecer sua importância à vida humana, sustenta que nossa certeza sobre argumentos do tipo provém da nossa observação acerca da veracidade do testemunho e de sua conformidade com os fatos relatados. Segundo autor, todas as nossas inferências se fundam unicamente na experiência da sua conjunção constante e regular, o que não difere em relação ao testemunho humano.[12]

---

10. John Hardwig define o problema da dependência epistêmica nos seguintes termos: suponha que uma pessoa A possui boas razões – provas – para acreditar que p, mas uma segunda pessoa, B, não; portanto, B não possui boas razões para acreditar em p. Entretanto, suponha também que B tenha boas razões para acreditar que A tem boas razões para acreditar que p. Nesse caso, pode-se dizer que B possui boas razões para acreditar em p? (Epistemic dependence. *The Journal of Philosophy*, v.. 82, n. 7, jul. 1985. p. 336). Sobre a dependência epistêmica no campo do direito, ver: HERDY, Rachel. Confiar en otros y confiar en las reglas. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (eds.). *Prueba, argumentación y justicia*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016.
11. PLATÃO. Teeteto. In: *Diálogos I*. Bauru: EDIPRO, 2007. p. 138-139.
12. HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. Lisboa: Edições 70 Almedina, 2016 (Originalmente publicado em 1748). p. 121.

A tese reducionista de Hume indica que a crença na prova testemunhal se dá com base em um raciocínio indutivo feito a partir da observação direta de uma associação constante entre o que dizem as testemunhas e os fatos referidos.

A tese reducionista estabelece duas condições para justificar nossas crenças testemunhais. A primeira é que o ouvinte deve ter razões positivas (boas razões) para aceitar o que diz a testemunha. A segunda condição é que estas razões não podem ser testemunhais, sob pena de cair em um círculo vicioso. É nesta segunda razão que reside o elemento reducionista da tese, pois indica que o testemunho deve ser reduzido às demais fontes de justificação epistêmica: a prova sensorial, a informação proveniente da memória e o raciocínio indutivo.

Uma importante classificação a respeito da teoria reducionista se dá com a divisão entre o reducionismo global e o reducionismo local. Esta classificação está relacionada com a primeira condição estabelecida pela tese reducionista. Portanto, os defensores do reducionismo global – geralmente atribuído a Hume – afirmam que o ouvinte deve ter razões positivas não testemunhais para crer que o testemunho é *geralmente* confiável. Por sua vez, os defensores do reducionismo local consideram que o ouvinte deve ter razões positivas não testemunhais à sua crença baseada no testemunho particular em questão.

Por outro lado, a posição antirreducionista surge a partir da observação da importância do papel desempenhado pelo testemunho na vida cotidiana. Como anteriormente dito, parte considerável de nossas crenças é adquirida a partir do que nos dizem outras pessoas. Para os antirreducionistas, essa constatação indica uma tendência natural a crer no que diz uma testemunha. Thomas Reid, o crítico mais ferrenho da postura reducionista de Hume, afirma que por força da própria intenção do Autor da natureza de que fôssemos criaturas sociais o ser humano teria sido agraciado com duas características: a propensão em falar a verdade e a usar os signos da linguagem para transmitir nossos reais sentimentos e a tendência a confiar na veracidade dos outros e a acreditar no que os outros dizem.[13]

Assim, Reid estabelece dois princípios em relação ao testemunho: o *princípio da veracidade*, entendido como a propensão natural que tem o ser humano a dizer a verdade e o *princípio da credulidade*, entendido como a disposição do ser humano em acreditar na veracidade do que outra pessoa diz.[14]

Reid, portanto, assegura que a compreensão por testemunho confere justificação direta às crenças, argumentando que, assim como confiamos em nossa

13. REID, Thomas. *Investigação sobre a mente humana*. São Paulo: Vida Nova, 2013 (Originalmente publicado em 1764). p. 195-196.

14. *Ibid.* p. 197.

percepção pessoal, em sua situação normal devemos também confiar nos sentidos alheios (testemunho pela percepção alheia).

Tanto o reducionismo quanto o antirreducionismo são alvos de diversas críticas. O filósofo australiano C. A. J. Coady, um dos mais importantes estudiosos sobre epistemologia do testemunho, desenvolveu uma série de críticas ao reducionismo de Hume.

Por outro lado, os críticos da tese antirreducionista arguem que esta abre espaço para uma irresponsabilidade epistêmica, uma vez que na ausência de prova contrária ao assentimento do testemunho, o ouvinte (a audiência) não tem nenhum trabalho epistêmico a realizar. Esta postura deixaria aberta a porta para a credulidade, irracionalidade e irresponsabilidade epistêmica do ouvinte.[15]

Coady, em *Testimony and Observation*, analisa a proposta reducionista de Hume segundo a qual a fonte de nossa confiança no testemunho de outras pessoas deriva do princípio da observação da veracidade do testemunho humano e da habitual conformidade dos fatos com os relatos das testemunhas. Coady realiza duas principais críticas sobre esta tese, ambas relativas ao conceito de experiência em Hume, que não poderia ser compreendido como observação individual, o que seria claramente falso, e nem como experiência comum, sob o risco de petição de princípio.[16]

A leitura atenta da obra de Hume parece indicar que o autor se refere à "nossa experiência" como uma experiência comum. Entretanto, Coady assinala que só poderíamos saber o que outras pessoas observaram através do testemunho delas, o que daria um caráter obviamente circular à tese de Hume. Por outro lado, parece realmente irrazoável pensar na possibilidade de verificação da credibilidade do testemunho dos outros na esfera da observação individual. Apenas na minoria dos casos é possível verificar diretamente se um determinado testemunho é confiável, o que evidencia que nossas inferências com base em testemunho não são justificadas como sugere Hume.[17]

---

15. VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 57.
16. "We are told by Hume that we only trust in testimony because experience has shown it to be reliable but where experience means individual observation and the expectations it gives rise to, this seems plainly false and, on the other hand, where it means common experience (i.e., the reliance upon the observation of others) it is surely question-begging". COADY, C. A. J. Testimony and Observation. *American Philosophical Quarterly*, v. 10, n. 2, p. 150, 1973.
17. *Ibid.*

A partir das críticas de Coady, dois importantes autores realizaram reformulações à tese reducionista, uma proposta por Peter Lipton e outra por Elizabeth Fricker.

Lipton, levando em consideração as críticas de Coady à tese de Hume, destaca duas possibilidades de aproximação redutivas: uma denominada premissa-redutiva (*premise-reductive*) e outra regra-redutiva (*rule-reductive*). Segundo o autor, a primeira tem o condão de mostrar como toda crença testemunhal que o ouvinte (agente) aceita de forma fundamentada deve ser justificada em termos que não apelem eles mesmos a crenças baseadas em testemunho.[18]

Em relação a esta primeira aproximação, Lipton concorda com as efetivas críticas de Coady, indicando que há pouca razão para supor que o projeto premissa-redutiva seja possível ou particularmente desejável.[19]

A aproximação regra-redutiva, por sua vez, indica que as crenças testemunhais fundamentadas são baseadas em regras de inferência ou mecanismos de aquisição de crenças que se aplicam às crenças de diversas fontes, não apenas à fonte de testemunho.[20]

A respeito da proposta regra-redutiva, Páez adverte que a plausibilidade desta aproximação deriva da ideia de que, além da dimensão vertical, existe também uma dimensão horizontal na justificação das crenças em geral, dimensão em que a coerência, coesão e integração explicativa desempenham um papel fundamental e na qual as crenças testemunhais se mesclam com crenças de outras fontes como a percepção ou a memória.[21]

A partir desta aproximação regra-redutiva, Lipton sugere a utilização da Inferência para a Melhor Explicação (IME) como mecanismo inferencial capaz de dar conta da aceitação de crenças justificadas, pois o agente infere que o dito pelo informante é verdadeiro somente se a verdade do que foi dito é (parte de) a melhor explicação de (entre outras coisas) o fato de o informante ter dito isso.[22]

---

18. LIPTON, Peter. The Epistemology of Testimony. *Studies in the History and Philosophy of Science*, v. 29, n.1, p. 23, 1998.
19. *Ibid.* p. 23-24.
20. "In a general account of inductive reasoning, applicable to non-demonstrative inferences generally, though without any presumption that inferences from testimony could ever in general be reduced to inferences from testimony-free premises." Ibid.
21. PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*, n. 40, abr. 2014. p. 109.
22. "When we explain why a person says something, the explanation need no rest on a prior determination whether what was said is true. Thus we may judge that the best

Uma segunda reformulação reducionista foi levada a cabo por Elizabeth Fricker, que também partiu das críticas feitas por Coady à tese de Hume, e tal qual Coady e Lipton, reconheceu a impossibilidade de aceitar a tese do reducionismo global. Entretanto, diante da tese antirreducionista de Coady, a autora lança dois importantes questionamentos: "que lugar ocupa [o testemunho] na justificação da rede de conhecimento de um indivíduo maduro, em sua teoria do mundo? E qual deveria ser sua atitude perante novas instâncias de testemunho: confiança acrítica ou escrutínio crítico dos informantes?"[23]

Não há dúvidas de que aceitamos acriticamente diversos testemunhos durante nossas vidas, principalmente enquanto crianças e em fase de desenvolvimento. Esta crença acrítica, por sinal, desempenha papel fundamental na vida de qualquer pessoa, sendo mesmo uma condição necessária para as interações sociais humanas. Entretanto, não parece racional adotar a mesma postura acrítica durante a fase madura. Durante a fase madura nossa crença no que nos dizem outras pessoas deve estar governada pelo nosso monitoramento psicológico permanente de sua confiabilidade – avalia-se tanto a sinceridade como a competência do declarante.[24]

A partir desta lógica, na seção VI de seu artigo, Fricker põe luz à importância de desagregar o conceito de testemunho, noção essa fundamental para se avaliar a posição epistêmica a ser tomada diante de uma testemunha. Fricker, portanto, não sugere uma norma epistêmica geral diante de um testemunho, isto é, tomar o testemunho como uma categoria unitária, pois segundo ela a chave da epistemologia do testemunho é desagregar, tanto em relação à questão de saber se e quando podemos confiar corretamente sem outras provas quanto à forma de confirmação da confiabilidade dos falantes, a depender da situação.[25]

---

explanation of her saying what she did is that she is unlikely to be deceived or deceiving on that sort of matter, without first independently knowing whether what she say is true." LIPTON, Peter. The Epistemology of Testimony, op. cit., p. 29. Páez aduz que o problema desta proposta é oferecer mais uma explicação do por que das crenças testemunhais do que propriamente uma justificação. Estas explicações psicológicas de por que A declarou *p*, entretanto, parecem de pouca utilidade para alguém que esteja contemplando a aceitação do testemunho de outra pessoa ou busque algum tipo de justificação para aceitá-lo. La prueba testimonial…, op. cit., p. 111).

23. FRICKER, Elizabeth. Telling and Trusting: Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony. Trad. Livre. *Mind*, v.. 104, 1995. p. 401.
24. Ibid. p. 403.
25. Ibid. p. 407.

Esta concepção de Fricker, entendida como reducionismo global, é de fundamental importância para que se compreenda a função do testemunho no âmbito de um processo judicial, por se tratar de um contexto específico. Assim, em determinados contextos, como o do processo judicial, o testemunho deve ser adotado como resultado de um processo de decisão racional e cautelosa.

A fim de superar as duas correntes tradicionais, Lackey propôs um modo alternativo de encarar o testemunho, denominado dualismo. Em sua proposta, a autora destaca a importância tanto de quem oferece o testemunho quanto de quem o recebe, iluminando a dimensão comunicativa do testemunho. Assim, para que a função comunicativa do testemunho aconteça da maneira correta, isto é, que se obtenha informações verdadeiras, é necessário a quem fornece o testemunho se preocupar em oferecer um testemunho confiável e a quem o recebe buscar e obter razões positivas para dar credibilidade às informações recebidas.[26]

Numa perspectiva da epistemologia, portanto, é de fundamental importância conjugar as ideias de Lackey e de Fricker. O testemunho jurídico, tido como elemento fundamental na atividade probatória e capaz de atuar na tarefa de justificação da aceitação do juiz sobre um enunciado fático, deve ser encarado como uma forma concreta de testemunho.[27] Por isto, deve ser analisado com cautela, isto é, dentro de uma visão reducionista, no seu sentido não presuntivista[28]. Uma postura de constante monitoramento e avaliação epistêmica parece ser a postura mais adequada e racional dentro do contexto de um processo criminal – nunca é demais lembrar que o que está em jogo no processo criminal é a liberdade de uma pessoa –, motivo pelo qual o juízo necessita de boas razões objetivas para acreditar na mensagem que oferece a testemunha. Por outro lado, a testemunha deve oferecer seu testemunho com sinceridade, e neste ponto convém que o desenho institucional possibilite (ou ao menos potencialize está possibilidade)

26. "The upshot of these considerations is that it takes two to tango: the positive epistemic work of testimonial beliefs can be shouldered neither exclusively by the hearer nor by the speaker. […] Thus, we need to look toward a view of testimony knowledge (justification/warrant) that gives proper credence to its dual nature, one that includes the need for the reliability of the speaker (from non-reductionism) and the necessity of positive reasons (from reductionism)." LACKEY, Jennifer. *Learning from Words*: Testimony as a Source of Knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 176-178.

27. VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica*…, op. cot., p. 58.

28. No mesmo sentido: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal*: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 85 e 134-137.

que a mensagem sincera coincida com a sua veracidade, noções que, como se verá, não se confundem.

3. A prova testemunhal e a psicologia do testemunho

No tópico anterior chegou-se à conclusão de que em um contexto como o de um processo judicial, em que a decisão a respeito da aceitação do testemunho (prova testemunhal) deve ocorrer através de um processo racional. A pergunta que se faz é: "Quais fatores podem comprometer a credibilidade do depoimento oferecido pela testemunha?".

O que permite a um indivíduo ser testemunha de um fato é a capacidade que nós seres humanos temos de reagir ao mundo externo. Como destaca Ruço, "os acontecimentos que desfilam perante os olhos de uma pessoa (testemunha) impressionam sua retina e, seguidamente, vão alterando o conteúdo de sua memória, onde se vão juntar a outras recordações".[29]

Portanto, as impressões a respeito dos fatos ficam na memória da testemunha, possibilitando que aquelas funcionem como vestígios e, consequentemente, a partir de suas recordações, sirvam como prova de um enunciado sobre a realidade fática presenciada pela testemunha.

A psicologia do testemunho, com origem no final do século XIX, surge com a finalidade de estudar o funcionamento da memória. Desta forma, a preocupação recai sobre a análise dos fatores que determinam a qualidade do testemunho, entendido este como a informação prestada por uma pessoa acerca de um evento que presenciou diretamente (conhecimento pessoal).

Há uma relação direta e necessária entre a credibilidade de um testemunho e a memória de quem presencia o evento. Isto porque o conteúdo de um testemunho depende da interação entre o conteúdo da memória e os processos de decisão relativos ao que a testemunha trata de relatar.

3.1. A memória

Ao falar da memória, o primeiro ponto a ser esclarecido é que a memória não é um aparelho capaz de registrar e armazenar de forma completa todos os acontecimentos, como um gravador de vídeo a oferecer um registro pretensamente objetivo, imutável e completo.[30]

29. RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 72.

30. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 9.

A informação "arquivada" pela memória sofre diversas influências, interiores e exteriores ao sujeito, que dificultam a reconstrução do evento presenciado por uma determinada testemunha e não permitem falar em uma recuperação completa do ocorrido.

Ademais, cada pessoa interpreta o evento presenciado de acordo uma série de elementos, como o nível educacional, posição social, valores, sentimentos e até mesmo informações posteriores à experiência, que influem no processo de codificação e geram consequências ao recordar as informações "arquivadas" na memória. Todos esses fatores operam como uma espécie de filtro através do qual interpretamos as informações.

Ainda que uma testemunha tenha boa fé e intenção de prestar um relato exato do que presenciou, é tão possível quanto provável que esta atividade reconstrutiva seja objeto de erros. Existem diversos fatores, que nem sempre estão sob o controle do sujeito, que influem nas diversas fases do processo de memória, gerando problemas perceptivos, deturpações no processo de codificação e obstáculos à recuperação, que acabam por levar a ocorrência de erros e, consequentemente, ao fenômeno intitulado de falsas memórias.

No entanto, é preciso destacar que a memória, se não é completamente exata, também não é totalmente distorcida. A memória desempenha um papel fundamental em todas as atividades desempenhadas pelo ser humano e permite desenvolvermo-nos em sociedade.

Assim sendo, se faz necessário estudar o testemunho a partir da relação entre o conteúdo da memória e a decisão relativa ao conteúdo do que se relata. Neste sentido, Mazzoni traz quatro possibilidades a partir desta relação: *i)* uma testemunha se lembra de muitas coisas e as recorda de modo exato – o que não ocorre com muita frequência; *ii)* a pessoa se recorda pouco ou quase nada e não relata nada; *iii)* a pessoa se recorda de muitos elementos, mas prefere não dizer ou dizer coisas diferentes (é o testemunho falso em razão de uma simulação voluntária e propositada); *iv)* a pessoa se recorda precisamente de vários elementos do evento, mas relata uma série de coisas que não correspondem com o evento percebido. Neste último caso, a pessoa não é consciente do fato de que sua memória e as recordações que possui foram modificadas e distorcidas por diversos fatores, como supramencionado.[31]

Em que pese a avaliação da sinceridade da testemunha, isto é, o fato dela mentir ou não, seja uma preocupação tanto da psicologia do testemunho quanto dos

31. MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p. 16-17.

próprios juristas, me preocuparei com os diversos fatores (endógenos e exógenos à testemunha) que implicam na quarta situação descrita por Mazzoni, que Andrés Páez denomina como "incompetência honesta"[32].

3.2. Estruturas e tipos de memória

De forma bastante simplificada, pode-se dizer que através do (*i*) registro sensorial o sujeito armazena e conserva inconscientemente a informação em estado puro para que seja, logo após, utilizada pela memória de curto prazo. Em seguida, a informação percebida e atentada pelo sujeito passa (*ii*) à memória de curto prazo, considerada um depósito que é capaz de armazenar uma quantidade limitada durante um período de tempo que se tem estabelecido em menos de 30 segundos – decorrido esse tempo, a informação passa a diminuir e termina por se perder. Por sua vez, (*iii*) a memória de longo prazo constitui um armazém de capacidade e persistência ilimitadas, no qual se guarda de forma permanente a informação transferida pela memória de curto prazo. A partir daí essas informações entram em uma espécie de estado de hibernação em que permanecem "dormindo" até que sejam demandadas pelo sujeito para sua utilização, quando deverão ser transferidos até a memória de curto prazo. Como destacam Atkinson e Shiffrin, esta transferência não implica que a informação desapareça da memória de longo prazo, sendo enviada apenas uma espécie de cópia.[33]

Em relação à memória de longo prazo, é possível distinguir entre a memória semântica, procedimental e episódica.

A *memória episódica* é um tipo de memória que se refere às recordações de eventos, tanto em seus aspectos centrais como de seus elementos contextuais que o acompanham. Estas informações possuem na memória uma etiqueta temporal e espacial em relação aos próprios sujeitos e a outros eventos.[34]

---

32. PÁEZ, Andrés. Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 216-217.
33. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 156-157.
34. *Ibid.* p. 158; SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*, op. cit., p. 12. Nesse mesmo sentido, Mazzoni esclarece que "Fazemos referência a esta memória quando perguntamos a um amigo 'Se lembra daquele filme que vimos juntos em Palermo?'. O mesmo se passa quando a polícia pergunta: 'Onde estava você no sábado passado, pela tarde, às sete e meia?'" (Trad. Livre. *¿Se puede creer a un testigo…*, op. cit. p. 29-31).

A *memória semântica*, por sua vez, conserva apenas o significado das informações e dos acontecimentos, deixando de lado completamente a informação sobre as coordenadas temporais e espaciais do ocorrido. Desta forma, a memória semântica possui um caráter não contextual e não autobiográfico. Este tipo de memória conserva a informação, preferencialmente em forma de conceitos simples ou conceitos estruturados, como um esquema.[35]

Já a *memória procedimental* compreende os conhecimentos referentes ao *como* se conhece/fazem as coisas. Esta forma de conhecimento possibilita mobilizar uma série de atividades perceptivas, cognitivas e motoras, como o pensar, recordar, realizar gestos e atos de diversos tipos.[36]

Na medida em que em um processo judicial se busca saber sobre a verdade de um enunciado sobre um determinado fato específico, isto é, em um determinado contexto espaço-temporal, é evidente que o tipo de memória mais utilizado pelas testemunhas é a memória episódica.

Entretanto, a memória semântica pode ser causa de diversos erros tanto na percepção quanto na memória, gerando falsas memórias, distorções e alterações da memória, além de esquecimento e memória seletiva.[37]

---

35. Mazzoni fornece o seguinte exemplo para diferenciar a memória semântica da episódica: "na memória episódica, podemos recordar uma árvore tendo na memória uma árvore específica que vimos no dia anterior (tempo) em frente a um bar (espaço). A mesma pessoa, ao mesmo tempo, possui também o conceito de árvore representado na memória semântica, não como 'essa árvore específica vista ontem em frente ao bar', mas como uma ideia abstrata que inclui as características que fazem de um objeto uma árvore." (Trad. Livre. *Ibid.* p. 31)

36. *Ibid.* p. 32-33.

37. A memória semântica se torna relevante na medida em que contém categorias conceituais que influem no processo perceptivo e são utilizadas em larga escala quando a testemunha tenta interpretar e reconstruir a experiência episódica (SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*..., op. cit., p. 13). Esta memória conserva a informação em forma de conceitos simples organizados e utilizados para criar esquemas. Neste sentido, Davis e Loftus afirmam que os esquemas, fundamentais para nossa memória: "são estruturas de conhecimento organizadas que incluem crenças e expectativas a respeito da natureza, características, e comportamentos ou funções de objetos, pessoas, eventos e outras entidades cognoscíveis" (DAVIES, Deborah; LOFTUS, Elizabeth. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: LINDSAY, R. C. L.; ROSS, David F. *et al.* (ed.) In: *The handbook of Eyewitness Psychology*, v.. 1, Memory For Events, Lawrence Erlbaun Associates Publishers, Londres, 2007, p. 196). O conhecimento esquemático é proveitoso, basicamente, por três razões: nos permitem formar expectativas; ampliar a compreensão, na medida em que preenchem as lacunas do que

Portanto, ainda que a memória episódica possua papel de destaque quando nos referimos às testemunhas em um processo judicial, é preciso ter em mente que o conteúdo da memória semântica incide no testemunho na medida em que se relaciona com a memória episódica, alterando até mesmo sua forma e conteúdo.

3.3. Os processos envolvidos no registro da informação

No processo de registro da informação pela memória, operam três processos, também denominados de fases da memória: (*i*) codificação (ou aquisição), (*ii*) retenção e (*iii*) recuperação.

A fase de *codificação* consiste no processo em que a memória adquire novas recordações a partir da transformação de informação recebida pelo sujeito, isto é, pelos dados externos que passam a formar parte da memória da pessoa. O processo de codificação consiste na seleção, interpretação e integração de um novo conhecimento nas estruturas da memória.[38]

Após a fase de codificação, a informação é retida na fase de *retenção*, compreendida como o lapso temporal entre a codificação do evento até uma eventual recuperação de seu registro.[39]

Por fim, a fase de *recuperação* é aquela em que o cérebro procura a informação pertinente, recupera-a e comunica-a. O êxito desta operação, obviamente, depende da forma como se efetuaram as etapas de codificação e retenção, uma vez que os inconvenientes, equívocos e erros ocorridos nessas etapas repercutem na fase de recuperação. Portanto, será necessário que as percepções tenham sido exatas, que a interpretação dos fatos tenha sido a mais objetiva possível, que a retenção tenha ocorrido por um curto espaço de tempo e que se tenha evitado todo exercício individual ou coletivo que produza uma regeneração do rastro de memória.[40]

---

lemos ou ouvimos; e facilitam a percepção visual do mundo a nossa volta (EYSENCK, Michael W. Capítulo 6: Memória semântica e conhecimento armazenado. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. *Memória*. Trad. Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 144-146).

38. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 158-159.

39. Importante destacar que durante esta etapa de retenção a informação não permanece imutável e livre de distorções. Isto porque durante esta fase o rastro da memória é atacado tanto pela erosão gerada pelo simples passar do tempo quanto pelo ingresso de informação posterior ao evento que é incorporada pela memória, seja por meio dos próprios pensamentos do sujeito ou em virtude de informações externas (*Ibid*. p. 159).

40. *Ibid*. p. 160.

3.4. Os fatores de influência na memória

Entendidas as estruturas e os processos envolvidos no registro e utilização da memória, será necessário analisar o conjunto de fatores que influenciam no desempenho da memória humana e devem ser levados em conta na análise da credibilidade de um testemunho.[41]

3.4.1. Fatores de codificação

Nesta fase, teremos como referência os elementos relativos ao momento em que as pessoas adquirem e registram a informação acerca do evento. O desempenho nessa fase pode ser afetado tanto por características do indivíduo (*fatores da testemunha*) quanto por fatores ligados às características do próprio evento (*fatores do evento*).[42]

3.4.1.1. Fatores do indivíduo

A) *Capacidades cognitivas* e *sensoriais*: a testemunha deve possuir, em primeiro lugar, condições mentais que lhe permitam não apenas perceber o acontecimento, mas também interpretá-lo segundo padrões lógicos e racionais. Além disso, importa saber se a testemunha é capaz de perceber os estímulos sensoriais dentro dos parâmetros humanos de normalidade, particularmente, claro, no que diz respeito ao sentido que usará para tomar conhecimento do evento que declara.[43]

B) *Estresse* e *trauma*: à medida que provoca um aumento da atividade emocional, a presença destes dois fatores, normalmente vinculados à violência do

41. Neste trabalho não há nenhuma pretensão de abordar todos os fatores que influenciam na memória, como também não será possível aprofundar os fatores abordados. O intento será elencar e explicar um número considerável de fatores em cada procedimento envolvido no registro e recuperação da memória, a fim de fornecer uma visão ampla da suscetibilidade da prova testemunhal à influências e distorções.

42. Por *fatores da testemunha* nos referimos a todas as características próprias do indivíduo, como sua condição física, mental, psicológica, bem como seu nível social, cultural ou educacional. Por *fatores do evento* nos referimos àquelas características inerentes ao evento. Estes interferem, principalmente, na exatidão dos testemunhos (SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez de la prueba testifical. *Papeles del Psicólogo*, v.. 36, n. 2, 2015, quadrimestral, p. 140).

43. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 164.

evento, influenciam direta e intensamente na forma como se percebe o evento e, consequentemente, a exatidão das declarações.

Um evento traumático[44] gera uma sensação de estresse na medida em que o sujeito percebe que as exigências ou as ameaças ao seu bem-estar excedem os recursos pessoais e individuais que pode mobilizar.

Sobre a questão, é de fundamental importância perceber que a reação ao estresse é adaptativa até certo ponto, pois existe um grau de relação entre o grau de estimulação da emoção e o desempenho da memória.[45]

Sobre os aspectos emocionais, diversos estudos apontam que o tema central de uma cena emocional é melhor recordado do que o tema de uma cena não emocional, pois a memória tem um papel seletivo melhorando o que se refere aos elementos centrais e inibindo-se no que diz respeito ao reconhecimento de temas periféricos.[46]

Ibañez Peinado indica algumas importantes consequências possíveis do estresse sugeridas pelos estudos: não atender a estímulos periféricos; tomar decisões baseando-se em heurísticas, isto é, com base em pautas e regras gerais; apresentar rigidez de comportamento e afunilamento de pensamento; perder sua

44. Diogo Guerreiro *et al* definem evento traumático como "uma situação que envolve experiências de morte, perigo de morte, lesão significativa ou risco para a integridade, do próprio ou dos outros em que a resposta do indivíduo envolveu medo intenso, horror ou sensação de impotência". (GUERREIRO, Diogo; BRITO, B; BAPTISTA, JL; GALVÃO, F. Stresse pós-traumático: Os Mecanismos do Trauma. *Acta Médica Portuguesa*, v. 20, nº 4, jul.- ago. 2007, p. 350.

45. Esta relação é ilustrada pela chamada Lei (ou Curva) de Yerkes e Dodson. Basicamente, esta Lei indica que a presença de um nível médio ou moderado de estresse (ou outro fator de excitação emocional) facilita o aprendizado e desempenho da memória em geral. Entretanto, a níveis altos de estímulos emocionais ocorre uma desintegração catastrófica do desempenho de suas habilidades perceptivas e da sua capacidade de processamento das informações (*Ibid.* p. 348).

46. REIS, Maria Anabela Nunes dos. *A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da prova.* Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014. p. 111. A conhecida hipótese *Easterbrook* estabelece que, sob um alto nível de estresse, pessoas que viveram um acontecimento emocional, além de possuírem uma memória mais exata sobre os pontos centrais do evento, tendem a recordar menos dos detalhes periféricos, explicando o denominado efeito de focalização na arma (*weapon effect*), no qual a pessoa, vítima ou testemunha de um assalto armado, tende a se concentrar na arma e deixar de lado o rosto e outros aspectos que possam identificar o assaltante (SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*…, op. cit., p. 26-27).

habilidade para analisar situações complicadas e manipular a informação disponível; aumentar o tempo de resolução de tarefas complexas e diminuir a precisão da recordação.[47]

C) *Expectativas*: Elizabeth Loftus afirma ser possível detectar quatro diferentes tipos de expectativas capazes de afetar a percepção dos acontecimentos e sua interpretação, como também de serem utilizadas pela testemunha com o condão de preencher as lacunas de sua recordação: expectativas culturais e estereótipos[48]; expectativas geradas com base nas experiências passadas, os preconceitos pessoais e as expectativas momentâneas ou temporais.[49]

A influência de conhecimentos prévios, crenças e experiências, leva a que o sujeito, quando tem a expectativa de ver algo e mesmo que este não esteja presente, pareça e pense – ainda que inconscientemente – vê-lo.

D) *Idade*: Não há uma relação inversamente proporcional entre a idade do sujeito e a capacidade da memória, mas é possível afirmar uma relação entre a idade e uma maior vulnerabilidade para ser influenciada por terceiros, na medida em que crianças e adultos em idade avançada estariam mais suscetíveis a essa influência.[50]

---

47. IBAÑEZ PEINADO, José. *Aspectos psicológicos del testimonio en la investigación criminal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Faculdad de Psicología. Madrid: 2008. p. 88-89.

48. Mazzoni define estereótipos como "uma forma de juízo sobre um grupo de pessoas que elimina as diferenças entre os indivíduos pertencentes ao grupo e potencializa os possíveis elementos comuns. [...] A presença de estereótipos cria preconceitos, que são também formas de juízos que se formulam a respeito de situações concretas antes de ter experiência direta sobre elas. Uma forma de preconceito, por exemplo, consiste em julgar a um indivíduo, sem conhecê-lo pessoalmente, baseando-se no que se conhece do grupo ao qual pertence ou no que se ouviu dizer" (*¿Se puede creer a un testigo...*, op. cit., p. 45). Páez alerta para o fato de que "a pessoas que utilizam estereótipos não creem ativamente em muitas das características incluídas no estereótipo e não aceitariam que as creem no caso de serem interrogadas, especialmente porque muitas delas têm conotações raciais ou sexuais. Não obstante, sua interpretação das ações dos membros destes grupos é filtrada através das características atribuídas ao grupo estereotipado, como demonstram múltiplos experimentos psicológicos sobre estereótipos implícitos raciais e sexuais." (PÁEZ, Andrés. La reputación en el derecho: una aproximación epistemológica. Trad. Livre. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (eds.). *Prueba, argumentación y justicia*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016. p. 201).

49. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*..., op. cit., p. 165.

50. *Ibid*. p. 166.

E) *Estados emocionais*: partindo da noção de tema central, cabe destacar que o tipo de informação que será central para a testemunha difere em função do estado emocional desta. Desta forma, uma pessoa amedrontada centrará sua atenção e demonstrará melhor memória para informações sobre riscos; uma pessoa triste sobre informações sobre perdas; uma pessoa zangada sobre informação de agentes que causem obstrução aos seus propósitos. Portanto, as pessoas centram sua atenção e lembram melhor aquela informação que é relevante para os seus propósitos ativos. Como os propósitos ativos variam em função do estado emocional do sujeito, o tipo de informação mais atraente também difere de forma sistemática.[51]

3.4.1.2. Fatores do evento

A) *Duração*: quanto mais tempo disponível a testemunha tem para observar o evento, mais precisa será sua percepção e melhor sua posterior recordação.

B) *Frequência*: tal fator se refere à quantidade de vezes que a testemunha dispõe para perceber acontecimentos da mesma natureza. Desta forma, se uma pessoa é testemunha de um mesmo delito em reiteradas ocasiões, tenderá a recordar mais detalhes do que quando o evento se apresenta de forma isolada.[52]

C) *Familiaridade*: se a testemunha possui um conhecimento prévio sobre os estímulos presentes no evento que deve recordar, terá mais facilidade para recordar deste, tanto qualitativa quanto quantitativamente.[53]

D) *Condições de iluminação*: obviamente, o sentido da visão opera em melhores condições à luz do dia e em ambientes adequadamente iluminados. Em condições precárias de luz não é possível ver cores, mas somente variações de intensidade na obscuridade, além de gerar problemas para determinar os traços e contornos daqueles que miramos.[54]

---

51. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*, op. cit., p. 27.
52. GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 175. Sobre a influência da habitualidade, ver os estudos de Dauber, citados por Gorphe em *La crítica del testimonio*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. 6. ed. Madrid: Editora Reus, 2003 (Originalmente publicado em 1933). p. 37-38.
53. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica da Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927. p. 376-377.
54. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 162-163; RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal*..., op. cit., p. 99-101; GORPHE, François. *La crítica del testimonio*…, op. cit., p. 238.

E) *Condições sonoras*: as condições sonoras do evento serão de fundamental importância toda vez que se pedir à testemunha que relate os detalhes de uma conversa ou som que guarde relação com a questão discutida no processo.[55]

F) *Detalhes marcantes*: como já estudado, a fase de codificação importa em uma seleção de informações sobre o evento, motivo pelo qual nem todos os detalhes são percebidos ou captados da mesma forma e intensidade. Logo, há uma maior probabilidade da testemunha se concentrar e recordar dos detalhes marcantes do evento.[56]

G) *Tipo de evento ou detalhe*: pelo impacto que produz na testemunha ou pela velocidade com que se desenvolve, não é possível perceber e recordar todos os eventos da mesma maneira. É claro que recordar de um homicídio não é o mesmo que recordar sobre um acidente de trânsito, que, por sua vez, não é o mesmo que recordar da assinatura de um contrato. Além do tipo de evento, é preciso ter em mente que a recordação de detalhes depende da participação de cada testemunha nos acontecimentos.[57]

H) *Violência do evento*: em alguns casos de eventos extremamente traumáticos, como costumam ser os eventos com grande violência, ocorre a denominada amnésia psicogênica, em que a testemunha se recorda de muito pouco ou nada da situação de horror que viveu. Esta amnésia pode ocorrer tanto na altura do evento quanto após algum tempo – influenciando, pois, na fase de retenção – e tem uma origem psicológica. Embora tal amnésia ocorra em alguns casos, o padrão mais comum é que este tipo de evento gere uma lembrança clara, completa e vívida, mesmo decorrido bastante tempo após o evento (*efeito da consolidação*). Destaca-se, entretanto, que estas memórias de eventos extremamente traumáticos, ainda que promovam acuidade e longevidade da memória, não garantem a sua exatidão.

3.4.2. Fatores de retenção

Como já estudado, na fase de retenção, entendida como o lapso temporal entre a codificação e a recuperação, a informação não permanece imutável e livre

55. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración…*, op. cit., p. 163.

56. *Ibid.*

57. Sobre a participação no evento, especificamente em casos de acidentes de trânsito: DIGES JUNCO, Margarita; MANZANERO, Antonio. Capítulo 5: El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos. In: MONTORO GONZÁLEZ, Luis; VAYÁ CARBONELL, Enrique *et al*. *Seguridad Vial*: del factor humano a las nuevas tecnologías. Madrid: Ed. Síntesis, 1995. p. 117.

de distorções. A simples passagem do tempo é capaz de ocasionar o desvanecimento da informação codificada, isto é, da recordação. Mas é preciso atentar para outros fatores, externos ou internos ao sujeito, capazes de distorcer o registro das informações durante o intervalo de tempo e influenciar no depoimento das testemunhas.

A) *Extensão temporal e o esquecimento*: constitui uma ideia comum que as recordações se deterioram gradualmente com a passagem do tempo, refletindo não somente em um completo esquecimento de acontecimentos que direta ou indiretamente tivemos notícia há bastante tempo, mas também na dificuldade de mantermos um registro claro e completo destes, o que resulta em uma completa sobreposição entre recordações distintas ou na impossibilidade de estabelecer a fonte da qual extraímos nosso conhecimento.[58] Há, claro, aspectos importantes a serem considerados, como o tipo de informação, as características do sujeito e o uso da informação.[59]

B) *Informação pós-evento*: após presenciar um evento, a testemunha inevitavelmente estará exposta a novas informações relacionadas ao que presenciou. Estas informações pós-evento podem entrar furtivamente através de fontes externas, quais sejam os meios de comunicação social, relatos de outras testemunhas do evento, comentários feitos ao seu depoimento, mas também de fontes internas como a reavaliação da experiência vivida, a qual é influenciada por estados afetivos, a ruminação ou, ainda, da formação de imagens mentais vívidas.[60] A influência causada por essas novas informações é capaz de aditar informação falsa, substituir a memória verídica, distorcer a memória e ativar processamentos

58. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*..., op. cit., p. 167. Conforme demonstra a *Curva do Esquecimento* de Ebbinhgaus (1913), a deterioração da memória é bastante rápida, mas com o passar do tempo o esquecimento e a deterioração tornam-se mais lentos. Assim, nas horas e dias após o evento perdemos grande quantidade de informação, mas o "saldo" restante tende a permanecer por bastante tempo armazenado na memória (ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental. In: BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael C; EYSENCK, Michael W. *Memória*. Trad. Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 144-146).

59. Sobre as teorias explicativas do esquecimento: REIS, Maria Anabela Nunes dos. *A memória do testemunho*..., op. cit., p. 30-38; CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 168-169; MANZANERO, Antonio. El olvido. In: *Psicología del Testimonio*, Una Aplicación de los Estudios Sobre la Memoria. Madrid: Ed. Pirámide, 2008.

60. PINHO, Maria Salomé. Factores que influenciam a memória das testemunhas oculares. In: FONSECA, António Castro (ed.). *Psicologia e Justiça*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 312.

esquemáticos capazes de causar processos inferenciais e subsequentes distorções na memória.

Conquanto seja possível que o ingresso destas informações reforce e complemente o registro que o indivíduo possui do evento, tornando-o mais íntegro e completo, o que usualmente ocorre através das informações sugeridas é o aporte de dados inconsistentes com o evento originalmente presenciado. Estas informações inconsistentes são denominadas de *informações enganosas*.[61]

A influência de informação enganosa adquirida no intervalo entre codificação e a recuperação constitui um exemplo da denominada *interferência retroativa*.[62]

Outra questão importante é a influência causada por uma co-testemunha do evento. Denomina-se o efeito desta influência de *efeito de conformidade*, segundo o qual a informação enganosa veiculada e absorvida durante uma conversa com uma co-testemunha do evento é, frequentemente, incorporada na memória do evento pela outra testemunha, moldando seu depoimento.[63]

Destaca-se ainda que os efeitos da informação enganosa são potencializados quando a recuperação da informação se dá sob condições de estresse, com pouca atenção, com esforço cognitivo, em pessoas com pouca capacidade de memória de trabalho ou com pouca recordação da informação original.[64]

---

61. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*..., op. cit., p. 169.

62. Sobre as implicações da interferência retroativa: ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental..., op. cit., p. 219.

63. Segundo Daniel Wright *et al.*, há três prováveis causas para o efeito da conformidade: o desejo de não discordar da outra testemunha para ganhar aceitabilidade ou evitar o custo social da discordância (*influência normativa*); a convicção de que a outra testemunha está correta porque (a) demonstra maior confiança, (b) esteve em melhores condições de percepção e codificação do evento ou (c) tem um conhecimento mais fidedigno (*influência informacional*); e a construção de uma memória com base em informações sugeridas por outras, isto é, informações que apenas ouviram de outras testemunhas (*distorção da memória*). (WRIGHT, Daniel; MEMON, Amina; SKAGERBERG, Elin M; GABBERT, Fiona. When Eyewitness Talk. *Current Directions in Psychological Science*, v. 18, nº. 3, 2009. p. 15). Em relação à última hipótese, Loftus e Pickrell advertem que: "[n]ew information invades us, like a Trojan horse, precisely because we do not detect its influence". (The formation of false memories. *Psychiatric Annals*, v. 25, 1995. p. 720.

64. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*, op. cit., p. 27. Como fatores que auxiliam, excluem ou atenuam a produção de alteração das recordações pela informação enganosa é possível destacar: (a) o *intervalo entre o evento, a informação enganosa e a recordação;* (b) o *tipo de informação*; (c) o *tipo de pergunta*; (d) a *ordem das perguntas*; (e) a *credibilidade da fonte* (testemunhas são mais sugestionáveis se a pessoa que transmite

3.4.3. Fatores de recuperação

Na busca de uma declaração mais completa e exata possível sobre o evento em questão, importa levar em consideração os fatores que influenciam a codificação e a retenção da recordação, mas também as condições de recuperação da memória. Na fase de recuperação é necessário saber como os métodos de inquirição, as formas de perguntas e o comportamento do entrevistador influenciam no depoimento da testemunha.

A) *Formatos de recuperação*: o método escolhido para obter declarações terá relação direta com a precisão e qualidade destas. A eleição do formato de recuperação constitui, portanto, um dos fatores mais importantes no que se refere à regulação da prova testemunhal. Assim, é possível falar em duas técnicas: a *interrogativa* e a *narrativa*.[65]

A técnica *interrogativa* é a mais utilizada na prática, através do sistema denominado *interrogatório*. Neste, o entrevistador formula uma série de perguntas específicas ao declarante – no processo judicial, o declarante será uma testemunha – com o objetivo de obter respostas concretas e detalhadas. Esta técnica é considerada perigosa pelos estudiosos da psicologia, que advertem para o risco de que, através das perguntas, o entrevistador possa introduzir informações enganosas ao declarante, levando este a introduzir em suas respostas falsas memórias (*erro de comissão*).[66]

Este formato possui a vantagem de proporcionar uma grande quantidade de informação, reduzindo o número de erros por omissão, bem como possibilitar que o entrevistador estabeleça pistas de recuperação que deverão ser seguidas pela testemunha. Entretanto, as distorções e o risco de erros de comissão são desvantagens da técnica interrogativa.[67]

---

a informação, podendo ser até o entrevistador, é percebida por ela como uma autoridade ou alguém muito bem informado); (f) a *não advertência da possibilidade de sugestão*; (g) a *reiteração* (CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 176-178).

65. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 171.

66. Jordi Nieva Fenoll assevera que a depender da forma como são realizadas as perguntas, este modelo de recuperação gera o risco de que a testemunha declare não aquilo que sabe do evento, mas simplesmente aquilo que o entrevistador quer ouvir, gerando um efeito semelhante ao da tortura (NIEVA FENNOL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 231).

67. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*..., op. cit., p. 193-194; SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*…, op. cit., p. 63.

A técnica *narrativa*, por sua vez, consiste em perguntar à testemunha sobre os fatos, mas deixando que ela relate sem que haja interrupções. A técnica narrativa está associada ao sistema da *narração livre*, em que se permite que a testemunha conte com suas próprias palavras, ao seu ritmo, na forma e na ordem que deseja, tudo aquilo que recorda do evento. Desta forma, o entrevistador deve abster-se de realizar qualquer sugestão ou comentário, bem como de limitar, interromper ou perturbar o declarante, e somente solicitar alguma explicação ou complementação após o fim do depoimento.[68]

Esta técnica é a mais recomendada pelos estudiosos do tema, pois o fato do entrevistador não fornecer nenhuma informação ao interrogado reduz os riscos de produção de falsas memórias. Embora reduza a possibilidade de distorções e o risco de erros de comissão, a técnica narrativa apresenta a desvantagem de um maior número de *erros de omissão,* isto é, que o declarante não mencione os detalhes do evento que conhece, mas que naquele momento não é capaz de recordar ou não julga importante informar.[69]

Considerando as mencionadas vantagens e desvantagens de cada sistema, o mais adequado parece ser conjugar ambos, a fim de resgatar as respectivas vantagens e evitar as suas desvantagens. Assim, o ideal é começar pela narrativa livre e só passar para a fase do interrogatório quando a testemunha não mais conseguir recordar nada, atentando-se sempre à forma como as perguntas são realizadas. Este modelo é conhecimento como "entrevista *estándar*".[70]

Buscando uma alternativa para o modelo de "entrevista estándar", Edward Geiselman, Ronald Fisher e seus colaboradores da Universidade da Califórnia, desenvolveram a técnica denominada entrevista cognitiva. Esta técnica parte de duas teorias básicas: *Princípio da codificação específica* (Tulving e Thomsom) e *Enfoque multicomponente do traço de memória* (Gordon Bower).[71]

Com o objetivo de obter uma informação quantitativa e qualitativamente superior ao tipo de informação obtida pelos interrogatórios tradicionais, estabelecendo e destacando os elementos que se sobrepõem entre os contextos de

68. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración…*, op. cit., p. 192.

69. NIEVA FENNOL, Jordi. *La valoración*…, op. cit., p. 231-234; CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 193.

70. REIS, Maria Anabela Nunes dos. *A memória do testemunho...*, op. cit., p. 142.

71. Sobre as origens da entrevista cognitiva, o princípio da codificação específica e o enfoque multicomponente do traço de memória, ver: CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 194-195.

codificação e recuperação e estimulando o uso de diversos caminhos de recuperação, o procedimento em questão estabelece o uso de quatro técnicas gerais: i) *reinstauração cognitiva do contexto ambiental e pessoal;* ii) *relatar sobre tudo que recorda*; iii) *mudança de perspectiva* (narrar o evento como se tivesse observado de outra perspectiva e local, informando o que teria visto nesta nova posição); iv) *recordar dos acontecimentos em ordem distinta*.[72]

Além das quatro técnicas gerais, a entrevista cognitiva também se vale de uma série de ferramentas específicas que podem ser utilizadas ao final da fase narrativa. Com as denominadas técnicas auxiliares busca-se obter dados mais completos do evento, tais como aparência física, nomes, objetos e conversas.[73]

B) *Forma de elaboração das perguntas*: como já mencionado, a forma como se realizam as perguntas terá grande influência na maneira como a testemunha recordará o fato. A simples forma de elaborar ou mesmo o uso de determinadas palavras pode levar à criação de falsas memórias por parte da testemunha, bem como induzi-la a responder algo que não se recorda.

Existem dois tipos genéricos de pergunta, as perguntas *abertas* e *fechadas*. As perguntas *abertas* permitem à testemunha dar qualquer tipo de reposta, sem nenhuma limitação, e não introduzem qualquer tipo de informação por parte do entrevistador. Geralmente, estas perguntas são introduzidas pelas expressões quem, o que, onde, como, quando. As perguntas *fechadas*, por outro lado, obrigam a testemunha a escolher uma resposta entre as alternativas veiculadas na própria pergunta, permitindo uma resposta em poucas palavras. De forma geral, as perguntas abertas estão ligadas à técnica narrativa, enquanto as fechadas vinculam-se à técnica interrogativa.[74]

Dentro das perguntas fechadas é possível identificar três subcategorias: (i) *Perguntas Sim/Não*; (ii) *Perguntas seletivas*: integram alternativas múltiplas, das quais a testemunha deve escolher uma; (iii) *Perguntas identificadoras*: requerem a descrição de pessoas, lugares, momentos, grupos.[75]

---

72. Ibid. p. 195-196; Sobre os inconvenientes e as vantagens da referida técnica: GESU, Cristina di. *Prova Penal*..., op. cit., p. 202.

73. Posteriormente, Fisher e Geiselman publicaram uma versão melhorada da entrevista cognitiva, agregando às quatro técnicas gerais uma série de elementos destinados a favorecer a construção da relação e comunicação efetiva com a testemunha. Sobre o tema, ver: CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*…, op. cit., p. 198-199.

74. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*, op. cit., p. 60-61.

75. Ibid.

A primeira categoria é problemática na medida em que comporta o denominado *viés afirmativo*, ou seja, a testemunha tende a responder sim. Já a pergunta seletiva contém o risco de contaminação da resposta. Na hipótese, por exemplo, do entrevistador perguntar se o carro era azul, preto ou vermelho, este estará induzindo uma resposta que pode ser incorreta pelo fato do veículo ser verde. A pergunta identificadora, por sua vez, pode conter informação pós-evento que contamine a memória da testemunha. Ao perguntar como era a pistola utilizada no crime, o entrevistador estará induzindo uma resposta com a descrição de uma arma que a testemunha nunca viu.[76]

Importa destacar que, ao iniciar o interrogatório com perguntas específicas/fechadas, corre-se o risco de influenciar o teor do depoimento, uma vez que a testemunha pode incorrer no que se denomina de viés de desejabilidade social, isto é, o risco da testemunha responder aquilo que lhe pareça mais desejado pelo entrevistador.[77]

Outra questão de grande importância atinente à forma como são formuladas as perguntas diz respeito às perguntas sugestivas (*leading questions)*. Há divergências na conceituação das perguntas sugestivas, porém podemos defini-las como aquelas que induzem, de forma capciosa, a testemunha a responder de forma específica e desejada pelo inquiridor quanto as que implicam reconhecimento de um fato ainda controverso.[78] A despeito das divergências, o uso das perguntas sugestivas há muito é considerado reprovável pela doutrina.[79]

---

76. Ibid. p. 62.

77. Sobre o tema, por todos: MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo*…, op. cit., p. 76-81.

78. Alberto dos Reis define a pergunta sugestiva da seguinte forma: "é a pergunta formulada por maneira que nela vai já insinuada a resposta que o inquisidor pretende obter. Pergunta capciosa é a pergunta astuciosamente preparada para induzir em erro, para enganar aquele que há de responder". (*Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 440. v. IV. *Apud* SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*, op. cit., p. 67). James W. McElhaney, em seu clássico artigo *Leading Question*, define que "[a] *leading question is one that suggests the answer to the witness. Its vice is that it tells the witness what to say*." MCELHANEY, James W. Leading Question. *ABA Journal,* v. 75, n. 10, out. 1989, p. 104.). Sobre o tema, suas implicações e especificidades, ver: RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal*..., op. cit., p. 115-118.

79. Ver: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015 (Originalmente publicado em 1764). p. 39-40; MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008 (Originalmente

Em relação às perguntas, a escolha das palavras já é de fundamental importância para evitar a sugestionabilidade e o acréscimo de informação enganosa à testemunha. Com efeito, se há demonstrado que a recordação será alterada como consequência das palavras que são utilizadas para a formulação das perguntas. A simples escolha dos verbos pode gerar uma discrepância nas respostas.[80]

A repetição das perguntas também é um fator de influência na recuperação da recordação.[81]

C) *Relação entre o entrevistador e a testemunha*: quando uma testemunha é inquirida por uma autoridade como um policial ou um juiz, a testemunha pode interpretar esta autoridade como cooperativa, verdadeira e não enganadora, e, assim, interpretar as declarações desta autoridade como verdadeiras, claras e relevantes (*principle of co-operativity*). Ao contrário, quando a testemunha desconfia de quem faz a pergunta (advogado da parte contrária, por exemplo), analisará com cuidado o que este diz e detectará com mais facilidade a discrepância com o que viu. Ademais, uma conduta neutra ou abrupta e rude do entrevistador reflete-se diferentemente na sugestionabilidade da testemunha. Estudos evidenciam que a testemunha consegue recordar com mais detalhes e precisão quando é entrevistada por um investigador com uma postura neutra.[82]

A expertise do entrevistador também pode ser um fator importante de sugestionabilidade, na medida em que os sujeitos se mostram mais suscetíveis à informação posterior quando assumem que o entrevistador é um *expert* do tema sobre o qual são questionados.[83]

D) *O grau de capacidade expressiva da testemunha*: o grau de precisão expressiva, isto é, o grau de fidelidade e clareza com o qual a testemunha é capaz de descrever as suas impressões e representações, de modo a fazer com que os outros

---

publicado em 1834). p. 362; PESSOA, Alberto. *A prova testemunhal*. 2. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2009 (Originalmente publicado em 1913). p. 49.

80. Neste sentido: LOFTUS, Elizabeth F; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of verbal learning and verbal behavior*, v. 13, 1974. p. 585-589.

81. Como destaca Gesu, "as pesquisas acerca da utilização da técnica de repetição das mesmas perguntas dentro de uma mesma entrevista vieram a demonstrar a grande probabilidade de distorção das declarações, aumentando o risco da formação de falsas memórias" (*Prova Penal*..., op. cit., p. 181).

82. SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*, op. cit., p. 72-73.

83. CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración*..., op. cit., p. 189.

os sintam e compreendam como ele próprio, é um fator de grande importância a ser considerado pelo entrevistador.[84] Ainda que a testemunha possua exatidão em suas recordações, a fidelidade do testemunho estará comprometida por tal fator. Vale ressaltar que a elaboração de uma pergunta utilizando um vocabulário jurídico técnico poderá dificultar ainda mais a capacidade expressiva da testemunha.

4. A prova testemunhal no Código de Processo Penal

A regulação da prova testemunhal na legislação processual penal brasileira está prevista no Título VII, em seu Capítulo VI – Das testemunhas, onde se encontram os artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal inicia o tratamento da prova testemunhal estabelecendo, em seu art. 202, que toda pessoa poderá ser testemunha. A importância de tal disposição se dá na medida em que supera eventuais e históricas discriminações quanto ao gênero, idade, profissão, classe social etc.

Não obstante a previsão do art. 202, a legislação processual elenca no art. 207 as pessoas que são proibidas de depor: as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Estas não deixam de ser testemunhas, conforme o art. 202, mas são proibidas pela própria legislação de depor. O próprio dispositivo, em sua parte final, prevê a possibilidade de mitigação da proibição no caso em que, desobrigadas pela parte interessada de guardar segredo, tais pessoas queiram depor.

A parte inicial do art. 206 prevê a obrigatoriedade do depoimento das testemunhas, sob o risco de condução coercitiva, no caso de não comparecimento sem motivo justificado, conforme o art. 218. A parte final do art. 206, por sua vez, traz o rol de pessoas que não estão obrigadas a depor, dada à natureza íntima da sua relação com o imputado (por exemplo, o ascendente, descendente, cônjuge e irmão).

O art. 204 impõe que o depoimento seja prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha fazê-lo por escrito. Ainda que tal regra seja mitigada pelo parágrafo único do próprio artigo, que prevê a possibilidade de breve consulta a

84. REIS, Maria Anabela Nunes dos. *A avaliação psicológica do Testemunho em Contexto Judiciário*: A influência do Tempo e das Emoções nos Componentes Mnemónicos do Testemunho. Lisboa: Faculdade de Medicina de Lisboa, 2006. p. 64. *Apud* SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*..., op. cit.,. p. 34.

apontamentos, a regra é de grande importância na medida em que a oralidade do procedimento de produção da prova testemunhal fortalece o contraditório, com a participação das partes.

Importante disposição se encontra no art. 210, ao estabelecer que as testemunhas sejam inquiridas cada uma *per si*, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras. A regra tem o condão de evitar o já estudado *efeito de conformidade* ("*memory conformity*"), segundo o qual a informação obtida através de uma co-testemunha é, frequentemente, incorporada na memória do evento pela outra testemunha, moldando seu depoimento.

O art. 212 do CPP estabelece que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. O dispositivo deve ser lido em conjunto com o artigo 400 do mesmo diploma legal, também modificado em 2008 pela Lei 11.719/2008, que estabelece a ordem da inquirição das testemunhas: primeiro as testemunhas arroladas pela acusação e depois as testemunhas da defesa.[85]

Esta sistemática, sem dúvidas, fortalece o exercício do contraditório e da participação das partes. Entretanto, é preciso advertir para o perigo do disposto no parágrafo único do artigo 212, que prevê a possibilidade do juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos, abrindo margem para que juízes acabem atuando ativamente na produção da prova.

A segunda parte do art. 212 do CPP dispõe sobre a vedação das denominadas *perguntas sugestivas*. A partir do exposto anteriormente acerca do tema, considero que foi bem o legislador na reforma de 2008 ao incluir a vedação às perguntas sugestivas no texto do artigo 212.

Segundo o art. 213 do CPP o juiz não deverá permitir que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato. Tal disposição consagra a objetividade da prova testemunhal, que Antonio Scarance Fernandes afirma ser uma das três características da prova testemunhal,

85. O texto do referido artigo foi modificado em 2008 pela Lei 11.690, com o objetivo de adequar as normas processuais às regras do sistema acusatório estabelecido pela Constituição da República, abandonando o regime presidencialista. Esta sistemática de inquirição das testemunhas aproximou-se da adotada pelo modelo adversarial americano que se vale dos institutos da *direct examination* (exame direto) e da *cross-examination* (exame cruzado), com a eventual possibilidade da *re-examination* (reexame). Sobre a produção da prova oral no direito americano, ver: MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 48.

junto com a já vista oralidade e a retrospectividade (as testemunhas referem-se a fatos passados).[86]

O art. 203 prevê a necessidade da chamada promessa de dizer a verdade, há muito criticada como forma efetiva de controle da prova testemunhal. Contudo, a parte final do art. 203 é de suma importância, ao indicar que a testemunha deverá sempre explicar as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. Esta exigência, a meu ver, encampa uma visão não presuntivista da prova testemunhal.

O CPP traz ainda, em seu art. 214, a previsão da contradita, como meio de impugnação das testemunhas que possam ser suspeitas ou indignas de fé. Tal instrumento serve para controle das causas que ensejam a proibição do depoimento ou a não obrigatoriedade de prestar compromisso (artigos 207, 208 e 209, CPP).

Os artigos 217 e 223, *caput* e parágrafo único, indicam uma preocupação com a qualidade da prova produzida. O primeiro prevê alternativas (por videoconferência ou, na sua impossibilidade, retirada do réu) à inquirição quando a presença do réu causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha, fatores que podem interferir no processo de recuperação das informações. O segundo aborda a possibilidade e as condições para a inquirição da testemunha que não fale a língua nacional, devendo ser nomeado um intérprete, bem como da testemunha surda, muda ou surda-muda.

Embora a legislação processual penal brasileira traga ainda outras regras sobre a prova testemunhal, os artigos comentados são os mais importantes no que diz respeito à regulação da prova testemunhal.

---

86. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83. A pretensa objetividade conferida pela lei à prova testemunhal é alvo de diversas críticas da doutrina. Cristina di Gesu encampa as críticas feitas por Cordero a semelhante dispositivo do Código de Processo Penal Italiano, afirmando ser ilusória a crença na objetividade da testemunha (GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*, op. cit., p. 94). A crítica geralmente leva em consideração, além de aspectos filosóficos sobre a objetividade do conhecimento, que em nenhuma das três fases envolvidas nos processos básicas da memória – codificação (ou aquisição), retenção e recuperação – operam apenas aspectos objetivos. Por outro lado, Giovanni Tuzet, ao comentar semelhante dispositivo do Código de Processo Penal Italiano, argumenta que, não obstante teorias filosóficas e empíricas afirmarem que em nossa percepção há um caráter inferencial, estas reconhecem que tais inferências estão fora de nosso controle consciente. Por este motivo, o autor concorda com a distinção entre o que podem ou não as testemunhas se referirem: podem relatar aquilo que perceberam, não aquilo que inferiram. (TUZET, Giovanni. La prova testimoniale. *Rivista Ragion Pratica*, v. 47, nº 2, dez. 2016, semestral. p. 9).

Apesar de alguns avanços, considero o desenho adotado pelo Código de Processo Penal insuficiente, considerando a complexidade envolvida na temática da prova testemunhal. O diploma legal não demonstra preocupação com fatores que possam interferir na fase de retenção das informações. Tampouco – apesar da interessante modificação do art. 212 e abandono do regime inquisitorial presidencialista, da vedação às perguntas sugestivas e da preocupação com a contaminação entre testemunhas – se preocupou com um procedimento de recuperação das informações adequado às sugestões que as pesquisas operadas pela Psicologia do Testemunho nos oferecem. A omissão em relação a importantes aspectos do procedimento de produção da prova testemunhal abre espaço à discricionariedade que, não raro, se converte em arbítrio. Contudo, o principal problema é que tal discricionariedade afasta a racionalidade do procedimento, comprometendo a qualidade epistêmica do depoimento oferecido pelas testemunhas.

Em relação aos critérios de impugnação e valoração da prova testemunhal, o desenho processual adotado também não é satisfatório. Apesar da discreta previsão na parte final do art. 203, interpretada aqui como uma adoção de um modelo não presuntivista, a observada ausência de critérios a serem avaliados ajuda a conservar o processo penal na tradição do modelo subjetivo de análise da prova, incompatível com a adoção de um procedimento racional de determinação dos fatos relevantes ao processo.[87]

87. O Código de Processo Penal Colombiano, por exemplo, adota um modelo interessante, a despeito de eventuais discordâncias quanto aos critérios: "Artículo 402. Conocimiento personal. El testigo únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir. En caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo. Artículo 403. Impugnación de la credibilidad del testigo. La impugnación tiene como única finalidad cuestionar ante el juez la credibilidad del testimonio, con relación a los siguientes aspectos: 1. Naturaleza inverosímil o increíble del testimonio. 2. Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración. 3. Existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo. 4. Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías. 5. Carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad. 6. Contradicciones en el contenido de la declaración. Artículo 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos

5. Considerações finais

O devido processo legal e a presunção de inocência reclamam um processo que viabilize o conhecimento da infração penal e sua autoria a partir de um procedimento racional capaz de ensejar um conhecimento seguro acerca dos fatos relevantes ao processo.

Neste contexto, o papel da epistemologia jurídica, como área da filosofia do direito, é tanto descrever o desenho institucional adotado pelo direito, a fim de averiguar sua compatibilidade com o correto acertamento dos fatos, quanto propor melhorias e mudanças neste sentido.

A prova testemunhal é um imprescindível meio de aquisição de conhecimento, não somente no campo judicial como na vida de qualquer pessoa. A utilização do testemunho de outras pessoas possibilita interações sociais humanas necessárias a todos nós. Contudo, reconhecer esta importância não significa aceitar que exista uma norma epistêmica geral que implique em adotar uma mesma posição epistêmica diante de testemunhos em diferentes contextos. Assim, em ambientes como o de um processo criminal o depoimento de uma testemunha deve ser encarado com cautela e requisita a apresentação de boas razões para que seja digno de credibilidade. Em outras palavras, uma postura não presuntivista da prova testemunhal se apresenta mais adequada a um processo criminal.

Na análise das razões que possam debilitar ou sustentar a credibilidade de um determinado testemunho, há que se ter em conta os estudos desenvolvidos pela Psicologia do Testemunho. A veracidade das informações prestadas em depoimento pela testemunha depende diretamente do conteúdo da memória e da sua relação com o que se relata.

Com efeito, a análise da credibilidade do depoimento dependerá da análise dos diversos fatores que influenciam as diversas fases do processo de memória, causas de problemas perceptivos, deturpações no processo de codificação e obstáculos à recuperação.

O Código de Processo Penal Brasileiro, conquanto tenha nos últimos anos sofrido alguns discretos avanços, está longe de dar conta de um procedimento que leve em conta toda a complexidade envolvida na produção da prova testemunhal, desconsiderando os estudos no campo da psicologia do testemunho.

por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad."

A baixa regulação do procedimento e a ausência de critérios objetivos-racionais para a valoração da prova testemunhal, além de serem uma porta aberta à discricionariedade do juiz, conservam o desenho processual em um modelo subjetivo incompatível com um procedimento racional de correto estabelecimento dos fatos.

6. Referências bibliográficas

ANDERSON, Michael C. Capítulo 9: O esquecimento incidental. In: BADDELEY, Alan *et. al*. *Memória*. Trad. Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David. TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Trad. Flavia Carbonell e Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, 2018, quadrimestral. Disponível em: [www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/]. Acesso em:10.01.2019.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BENTHAM, Jeremy. The Introductory View of the Rationale of Evidence. In: BOWRING, John (ed.) *The Works of Jeremy Bentham*, v. 6. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. Disponível em: [https://oll.libertyfund.org/titles/bentham-the-works-of-jeremy-bentham-vol-6/simple]. Acesso em 28.12.2018.

COADY, C. A. J. Testimony and Observation. *American Philosophical Quarterly*, vol. 10, nº. 2, 1973. Disponível em: [www.jstor.org/stable/20009487?seq=1#page_scan_tab_contents]. Acesso em: 26.12.2018.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 9. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

DAVIES, Deborah; LOFTUS, Elizabeth. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: LINDSAY, R. C. L. *et al*. (ed.) In: *The handbook of Eyewitness Psychology*, vol. 1, Memory For Events, Lawrence Erlbaun Associates Publishers, Londres, 2007. Disponível em: [https://uci.academia.edu/ELoftus]. Acesso em: 27.12.2018.

DIGES JUNCO, Margarita; MANZANERO, Antonio. Capítulo 5: El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos. In: MONTORO GONZÁLEZ, Luis *et al*. *Seguridad Vial*: del factor humano a las nuevas tecnologías. Madrid: Ed. Síntesis, 1995.

EYSENCK, Michael W. Capítulo 6: Memória semântica e conhecimento armazenado. In: BADDELEY, Alan *et. al*. *Memória*. Trad. Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 9. ed. Madrid: Editora Trotta, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FRICKER, Elizabeth. Telling and Trusting: Reductionism and Anti-Reductionism in the Epistemology of Testimony. *Mind*, v. 104, nº 414, 1995. Disponível em: [pdfs.semanticscholar.org/ac18/77388e84cf8fce3a0905380d6c91370d99e7.pdf]. Acesso em: 29 de abril de 2019.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*: Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial. In: *Questio Facti* (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2005.

GORPHE, François. *La crítica del testimonio*. Trad. Mariano Ruiz-Funes. 6. ed. Madrid: Editora Reus, 2003.

GUERREIRO, Diogo; BRITO, B; BAPTISTA, JL; GALVÃO, F. Stresse pós-traumático: Os Mecanismos do Trauma. *Acta Médica Portuguesa*, v. 20, 2007.

HARDWIG, John. Epistemic dependence. *The Journal of Philosophy*, v. 82, n. 7, jul. 1985. Disponível em: [https://msu.edu/~orourk51/860-Phil/Handouts/Readings/Hardwig-EpistemicDependence-JPhil-1985.pdf]. Acesso em 28.12.2019.

HERDY, Rachel. Confiar en otros y confiar en las reglas. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (eds.). *Prueba, argumentación y justicia*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016.

HO, Hock Lai, *A philosophy of evidence law*. Justice in the search for truth. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. Lisboa: Edições 70 Almedina, 2016.

IBAÑEZ PEINADO, José. *Aspectos psicológicos del testimonio en la investigación criminal*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Faculdad de Psicología. Madrid: 2008.

LACKEY, Jennifer. *Learning from Words*: Testimony as a Source of Knowledge. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LIPTON, Peter. The Epistemology of Testimony. *Studies in the History and Philosophy of Science*, v. 29, n.1, 1998. Disponível em: [www.people.hps.cam.ac.uk/index/lipton/epistemology-of-testimony]. Acesso em: 26.12.2018.

LOFTUS, Elizabeth F; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of verbal learning and verbal behavior*, vol. 13, 1974.

LOFTUS, Elizabeth F.; PICJRELL, Jacqueline E. The formation of false memories. *Psychiatric Annals*, vol. 25, 1995. Disponível em: [https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus_Pickrell_PA_95.pdf.] Consultado em 10.01.2019.

MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MANZANERO, Antonio. El olvido. In: *Psicología del Testimonio*, Una Aplicación de los Estudios Sobre la Memoria. Madrid: Ed. Pirámide, 2008.

MARRERO, Danny. Capítulo 1: Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In: PAÉZ, Andrés (Coord.). *Hechos, evidencia y estándares de prueba*: ensayos de epistemología jurídica. Bogotá: Universidad de Los Andes, Editorial Uniandes, 2015.

MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Trad. de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

MCELHANEY, James W. Leading Question. *ABA Journal,* vol. 75, n. 10, out. 1989.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

NIEVA FENNOL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*, n. 40, abr. 2014.

NIEVA FENNOL, Jordi. La reputación en el derecho: una aproximación epistemológica. In: VILLANUEVA, Rocío; MARCIANI, Betzabé; LASTRES, Pamela (eds.). *Prueba, argumentación y justicia*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016.

NIEVA FENNOL, Jordi. Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

PESSOA, Alberto. *A prova testemunhal*. 2. ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2009.

PINHO, Maria Salomé. Factores que influenciam a memória das testemunhas oculares. In: FONSECA, António Castro (ed.). *Psicologia e Justiça*. Coimbra: Almedina, 2008.

PLATÃO. Teeteto. In: *Diálogos I*. Bauru: EDIPRO, 2007.

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; PRADO, Geraldo *et. al*. *Prova Penal*: Estado Democrático de Direito. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

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

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal*: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REID, Thomas. *Investigação sobre a mente humana*. São Paulo: Vida Nova, 2013.

REIS, Maria Anabela Nunes dos. *A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da prova*. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa. Lisboa, 2014. Disponível em: [http://repositorio.ul.pt/handle/10451/16155]. Acesso em 29 de abril de 2019.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. *Prova e Formação da Convicção do Juiz*. Coimbra: Almedina, 2016.

SCOTT, M. Teresa; MANZANERO, Antonio L. Análisis del expediente judicial: Evaluación de la validez de la prueba testifical. *Papeles del Psicólogo*, vol. 36, nº 2, 2015. Disponível em: [www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2569.pdf]. Acesso em 12.01.2019.

SEARLE, John R. Metafísica básica: realidade e verdade. In: *Mente, linguagem e sociedade*. Trad. F. Rangel. Rio de Janeir: Rocco, 2000.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2016.

TUZET, Giovanni. La prova testimoniale. *Rivista Ragion Pratica*, v. 47, nº 2, dez. 2016, semestral. Disponível em: [https://www.academia.edu/30054152/La_prova_testimoniale_2016_]. Acesso em 29 de abril de 2019.VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

WRIGHT, Daniel; MEMON, Amina; SKAGERBERG, Elin M; GABBERT, Fiona. When Eyewitness Talk. *Current Directions in Psychological Science*, v. 18, n. 3, jun. 2009. Disponível em: [https://research.gold.ac.uk/10681/1/WrightMemonSkagebergGabbert2009.pdf]. Acesso em 29 de abril de 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A interpretação do "novo" art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica, de Thiago André Pierobom de Ávila – *RT* 917/329-383 (DTR\2012\2331);
- A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais, de Lilian Milnitsky Stein e Maria Lúcia Campani Nygaard – *RBCCrim* 43/151-164 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/821-836 (DTR\2003\816);
- Depoimento sem dano e falsas memórias, de Eduardo Cambi e Priscila Sutil de Oliveira – *RePro* 235/21-50 (DTR\2014\9806); e
- Memory conformity and eyewitness testimony: a review, de Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Antônio Jaeger – *RBCCrim* 152/233-257 (DTR\2019\84).

Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal

Use of internal investigations as evidence in criminal proceedings

Caio Marcelo Cordeiro Antonietto

Doutorando em Direito pela Universitat Pompeu Fabra – Espanha.
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.
caio.antonietto@gmail.com

Douglas Rodrigues da Silva

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Advogado.
douglas.r.silva92@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.03.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A mudança de paradigmas vivenciada no sistema de justiça criminal brasileiro seja na atividade de investigação do Estado, na produção da prova, ou na postura colaborativa como meio de defesa, trouxe ao processo penal um fenômeno ainda pouco explorado nacionalmente: as investigações internas. Os incentivos legais previstos às empresas que colaborem com a atividade de persecução penal em caso de crimes cometidos em seu benefício estimulam que estas pessoas jurídicas adotem medidas de investigação para conhecer fatos ilícitos praticados por seus membros, bem como identificar responsáveis. Por se tratar de tema ainda pouco estudado na doutrina nacional, optou-se pela pesquisa bibliográfica sobre o tema principalmente em trabalhos estrangeiros com o objetivo de analisar o aproveitamento destas investigações no processo

Abstract: The paradigm shift experienced in the Brazilian criminal justice system, whether in the investigation activity of the State, in the production of evidence in criminal procedures, or in the collaborative position as a means of defense, has brought to the criminal process a phenomenon not yet explored nationally, the internal investigations. The legal incentives provided for companies that collaborate with the criminal prosecution activity in the case of crimes committed on their behalf encourage these legal entities to adopt investigative measures to know about illegal acts committed by their members, as well as identify responsible persons. Because it is an issue that has not yet been very studied in national doctrine, we have opted for bibliographic research on the subject, mainly in foreign studies, in order to analyze the use of these

Antonietto, Caio Marcelo Cordeiro; Silva, Douglas Rodrigues da.
Aproveitamento de investigações internas como prova no processo penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 156. ano 27. p. 61-90. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

penal e seu conflito com as garantias processuais penais.

Palavras-chave: Investigações Internas – Processo Penal – Delitos de Empresa – Garantias Processuais – Licitude das Provas.

investigations in criminal proceedings and their conflict with criminal procedural guarantees.

Keywords: Internal Investigations – Criminal proceedings – Corporative Crimes – Procedural Guarantees – Legality of evidence.

Sumário: 1. Introdução. 2. O crime em estruturas empresariais complexas. 3. As investigações internas como instrumento de defesa empresarial. 4. O conflito entre garantias processuais penais e a utilização de investigações internas como instrumento de prova 4.1. Elementos para instauração da investigação interna. 4.2. Possibilidade de aproveitamento da prova oral. 4.3. Relativização da intimidade: o problema das expectativas de privacidade. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

É difícil contestar a afirmação de que na última década o sistema de justiça penal brasileiro, a reação do Estado, dos acusados e de pessoas jurídicas ao fenômeno criminal passa por uma significativa mudança. Os impactos da chamada "Operação Lava jato" – assim como diversas outras operações midiáticas – ao direito e ao processo penal brasileiros ainda não podem ser totalmente elencados, mas é certo que geraram efeitos diretos na forma do Estado conduzir investigações e produzir provas – como, v,g, o manejo de colaborações premiadas e o uso de mecanismos probatórios de devassa de dados cedidos por terceiros –, bem como na maneira com que acusados e empresas envolvidas em questões criminais promovem suas defesas, circunstância que caminha na contramão da posição de resistência à acusação formulada e de combatividade ao objeto do processo. Há, pois, uma crescente tendência ao não enfrentamento do processo penal, notadamente com recurso à colaboração de acusados para com as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal.

Ao focar os reflexos destas mudanças, especificamente, na questão de empresas cujas pessoas físicas que lhes integram são acusadas de delitos praticados em seu favor, pode-se perceber de forma mais nítida esta postura de evitar enfrentamentos processuais com a opção de colaborar com procedimentos de investigação pública e, também, na produção de provas em processo penal. O estímulo a estas práticas não é novo no direito comparado e foi recebido de forma expressa na legislação brasileira de combate à corrupção pública. O caminho para esta nova tomada de posição defensiva passa, necessariamente, pela realização de investigações internas no seio da empresa.

De outro lado, com esta via de colaboração e de realização de investigações internas abre-se um novo desafio ao processo penal, o aproveitamento de fontes probatórias produzidos de forma particular por empresas como prova em processos judiciais. Qual a natureza processual penal dos documentos, depoimentos e diligências realizadas no âmbito de investigações internas? Como conciliar as garantias processuais penais com as investigações realizadas por particulares? Estas investigações são válidas como prova? Estes são alguns dos questionamentos que se podem extrair desta realidade vivenciada no processo penal hodierno.

O escopo deste trabalho, em suma, é justamente apurar em que medida o material probatório oriundo das investigações internas pode ser aproveitado no âmbito do processo penal e a legitimidade de seu traslado à investigação pública. Na mesma órbita, busca-se discutir a imprescindibilidade de imposição de limites, considerada a realidade constitucional e legal pátria, aos mecanismos de investigação interna.

Trata-se de tema cuja pesquisa é justificada na pouca doutrina produzida no Brasil até o momento, eis que se trata de uma nova realidade trazida ao processo penal pátrio. Por meio de revisão bibliográfica de estudos realizados sobre o tema das investigações internas, principalmente em produção estrangeira, o presente trabalho tem por objetivo contribuir para a discussão do tema no Brasil. Para tanto será necessário abordar a forma como o crime se manifesta em estruturas empresariais complexas, a característica das investigações internas como meio de defesa, para ao fim, abordar o aproveitamento destas investigações no processo penal, à luz de sua relação com garantias processuais penais.

Nesse sentido, tendo por substrato o já profícuo material doutrinário estrangeiro, sobretudo com supedâneo na experiência espanhola – sistema jurídico igualmente derivado da *civil law* –, buscar-se-á uma leitura da produção probatória derivada da investigação interna na seara do direito brasileiro.

2. O crime em estruturas empresariais complexas

O caminho para compreensão da tendência crescente de investigações internas nas empresas brasileiras passa pela análise da manifestação criminal em organizações empresariais complexas. Para isso é necessário compreender a estruturação em divisão de trabalho, delegação de funções e atribuição de competências, o fluxo de informações destas organizações, as obrigações de administradores para o controle de riscos e os reflexos desta realidade na esfera penal.

A empresa é um ambiente onde a relação entre pessoas e interdependência entre elas se mostra muito evidente. É impossível pensar na atividade empresarial

sem o relacionamento entre duas ou mais pessoas. Em grandes empresas, por exemplo, esta relação é ainda mais complexa e evidente.

Dentro da atividade empresarial a relação entre as pessoas se desenvolve por estruturas de divisão de trabalho e delegação de funções. Embora possam parecer equivalentes, estas características não se confundem. A divisão de trabalho se desenvolve por meio de relações horizontais na empresa com pessoas localizadas no mesmo patamar hierárquico, já a delegação de funções se dá em plano vertical; nesta impera a obrigação de controle e vigilância, enquanto naquela vige o princípio da confiança[1]. Esta estruturação marcada por divisão de trabalho e delegação de funções permite a delimitação de esferas de competência, onde se poderá atribuir responsabilidade ao sujeito competente, independentemente da pessoa física que pratique a conduta[2].

A organização empresarial complexa leva, pois, a uma mudança dos paradigmas clássicos do direito penal no que se refere à imputação de responsabilidades. Muitas vezes a prática de um delito estará disseminada nos meandros da organização, tornando-se difícil, ou até impossível, identificar com clareza e precisão etapas de planejamento e execução. As estruturas horizontais de divisão de trabalho e verticais de atribuição de funções conduzem a uma separação entre planejamento e execução do delito de tal sorte que nem sempre o ato de execução será o mais importante para o Direito Penal[3].

Esta realidade tem importantes reflexos na imputação de responsabilidades e, por consequência, na produção de provas para esta atividade, gerando um grande desafio ao processo penal. Para evitar a vedada responsabilização objetiva decorrente da posição ocupada na estrutura empresarial, a atribuição de responsabilidade penal às pessoas físicas que integram uma empresa por delitos praticados em favor desta exige do Estado-acusação a produção de provas não apenas da materialidade delitiva como também da autoria, o que será alcançado apenas com a reprodução da estrutura empresarial no processo. E este trabalho será mais difícil quanto mais complexa for a organização empresarial.

1. BARDÓN, Carolina Bolea. Responsabilidad penal de las personas físicas. Delegación en funciones. Deberes de control y vigilancia. In: *Manual de derecho penal, económico y de empresa:* parte general y parte especial:(adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Valência: Tirant lo Blanch, 2016. Tomo II. p. 53.
2. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa.* Madri: Edisofer, 2016. p. 123
3. Ibid., p. 94

As organizações empresariais complexas fazem com que as pessoas que as compõem tenham diferentes perspectivas sobre as atividades realizadas, inclusive aquelas potencialmente lesivas a terceiros. A estrutura composta por descentralizações, divisão de trabalho, atribuição de funções e esferas de competência levam a que pessoas localizadas em posições hierárquicas mais elevadas, que ocupem cargos estratégicos na empresa, tenham uma visão demasiadamente global, enquanto aqueles que percebem mais diretamente os efeitos da atividade desenvolvida, normalmente responsáveis por atos de execução localizados em níveis de hierarquia inferiores, careçam de uma visão de conjunto das atividades potencialmente criminosas[4]. Esta limitação de perspectivas da atividade empresarial é outro fator que não pode ser negligenciado no trabalho de imputação de responsabilidade penal e investigação de condutas ilícitas praticadas na atividade empresarial. Por um lado, deve-se considerar a individualização da conduta sob a limitação da capacidade real de ação e informação de cada membro dentro da empresa; de outro, não se pode ignorar o dever de criar canais internos para a diminuição destas limitações.

Aponta GOMEZ-JÁRA DÍEZ que as empresas modernas são marcadas pela descentralização e funcionalização, assim se organizam em departamentos, seções e âmbitos negociais, o que faz com que as informações não se transmitam de forma linear, mas por uma rede de informações descentralizadas com conexões transversais, estas características que se manifestam em maior medida quanto maior for a empresa[5]. Nas organizações empresariais complexas o fluxo de informação deixa de ser algo facilmente controlável por aqueles que ocupam as posições mais elevadas da hierarquia empresarial pois a descentralização leva à disseminação de informações. Passa, então, a consistir um dever do administrador criar estruturas internas que garantam o fluxo de informações sobre os fatores relevantes da atividade empresarial, o que, no caso penal, pode ser identificado como informações sobre atos que levem perigo ou lesionem bem jurídico alheio.

A análise das manifestações criminais no exercício da atividade empresarial praticadas por seus membros em favor da empresa demanda que se diferencie a execução de tarefas da delegação de funções.

4. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas*. In: CIIDPE, 2009, p. 05.
5. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico*: Parte General y Especial. Buenos Aires-Montevidéu: B de F, 2014. p. 112.

A delegação de funções representa a atribuição de competências essenciais ao desenvolvimento das atividades empresariais, diferente da simples designação de atividades. Quanto maior a empresa mais necessária será a delegação de funções[6]. A delegação de funções deve ser eficaz, para tanto alguns elementos devem estar presentes:

> "debe ser precisa, especial, temporalmente limitada y solamente puede referirse a una parte de las tareas del nivel superior o más elevado; además, los delegados deben tener la suficiente competencia como para asumir las funciones encomendadas. En todo caso, la máxima responsabilidad por la elección, la vigilancia y el control quedará en manos de quien hiciera la delegación"[7].

Com efeito, há uma significativa alteração da posição jurídica do delegante no que se refere à imputação de responsabilidade penal.

Destaca SCHUNEMANN que não se pode aceitar imputações automáticas de administradores por atos da empresa, especialmente frente às complexas empresas modernas onde a divisão de trabalho conduz à descentralização dos processos de tomada de decisões. Neste caso, há uma mudança na posição do administrador, este já não possui o domínio da ação, mas a função de coordenação[8].

Não se pode, nessa medida, exigir do administrador de grandes empresas a *atuação direta* com o fim de evitar todo e qualquer ato delitivo, seja de perigo ou de resultado, seu papel dentro da empresa frente às exigências de prevenção inerentes à política criminal moderna será o de gestor de riscos. Incumbe, assim, ao administrador cumprir de maneira satisfatória os deveres decorrentes da delegação de função. O que será exigido do administrador é que estabeleça mecanismos de prevenção capazes de evitar a prática delitiva dentro de seu âmbito de competência. E, seguramente, uma das formas de se cumprir esta obrigação será por meio de *investigações sobre fatos ilícitos* praticados em favor da empresa.

Como será abordado adiante, as investigações internas ganharam crescente aplicação no direito continental como forma de proteger a empresa e seus administradores de responsabilização por atos de seus membros, ou subordinados. Todas estas características da estruturação empresarial fazem com que a tarefa de

6. BOLEA BARDON, 2016, p. 51.
7. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico:* Parte General y Especial. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 175.
8. SCHUNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa.* Dificultades relativas a la individualización de la imputación. In: ADPCP, v. LV, 2002, p. 16.

imputação de responsabilidade penal por delitos praticados em favor da empresa tenha em grande evidência conceitos como posição de garante, dever de controle e vigilância. Para SILVA SÁNCHEZ a estrutura dos delitos de omissão imprópria é a mais apta para superar as dificuldades de imputação de delitos por comissão ativa aos gestores na criminalidade de empresa[9]. O fundamento da posição de garante do empresário pode ser identificado por meio do poder que exerce sobre relações duradouras construídas no âmbito da empresa, sendo o responsável por evitar lesões a terceiros como consequência destas relações[10]. Assim, a posição de garantidor dos órgãos de direção e administração decorre do controle da empresa como fonte de perigo, é o ponto reverso ao poder de organização[11]. Se de um lado o Estado autoriza a criação de empresas e a exploração de determinada atividade econômica por conta dos benefícios que podem advir desta atividade (econômicos, sociais, ecológicos, etc.), de outro exige que o empresário assuma o controle sobre as externalidades potencialmente lesivas de sua atividade, impondo-lhe o dever de evitar danos a bem jurídicos alheios.

O empresário, portanto, é o garantidor por excelência das atividades desenvolvidas por sua empresa.

Com a delegação de funções ocorre o que pode ser denominado como transferência da posição de garante,

> "significa que el delegado atrae para sí la responsabilidad a título de autoría por las actuaciones delictivas que se deriven de su nuevo ámbito de competencia. En cambio, y por lo general, el título de responsabilidad atribuible al delegante por el incumplimiento de su posición de garantía secundaria respecto del ámbito de actividad del que se deriva la actuación delictiva se correspondería con alguna de las formas de participación"[12].

9. SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 117.
10. FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa: Responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG, Santiago; LUZON PEÑA, Diego-Manuel (dir.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1996. p. 113.
11. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal:* Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico. Montevidéu-Buenos Aires: BdeF, 2014.p. 259--260.
12. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El Criminal Compliance desde la Perspectiva de la Delegación de Funciones. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXV, 2015, p. 745.

Assim, a delegação não exime o delegante de toda e qualquer responsabilidade penal, há uma mudança em seu papel dentro da empresa e das expectativas sobre sua atuação, este permanece com competências residuais e com o dever de vigilância e supervisão. O delegante está obrigado a um dever prévio de informar-se sobre o delegado assim como estabelecer mecanismos de controle para detectar possíveis ilegalidades em sua conduta[13]. A organização empresarial por delegação de funções gera uma alteração de deveres parciais em cascata onde a posição de garante original do empresário é assumida por diretores e administradores conforme a estruturação concreta da empresa[14]. Com a delegação de funções exercida dentro do âmbito de organização empresarial o delegante sofre uma alteração em sua figuração jurídico-penal, há assunção de uma gama de deveres correspondentes a seu papel de controlador da delegação e a transferência dos deveres de garante direto. O delegante assume os deveres de vigilância, ou seja, controlar, corrigir ou substituir o delegado que não realize de forma adequada as funções delegadas[15].

Os deveres de vigilância se dividem em duas categorias que se integram mutuamente em maior ou menor grau. De um lado, a supervisão ativa de modo ordenado e periódico (presente de forma maior quanto mais próximo o delegante esta da execução); de outro, a supervisão reativa, onde se exige uma reação frente a presença de indícios (presente em maior grau quando o delegante está mais longe da execução)[16]. É nesta segunda categoria que se encontram as investigações internas.

De toda sorte, a delegação de funções sem o exercício do dever de vigilância representa uma falha na estrutura organizacional da empresa e, especialmente, um descumprimento das exigências político-criminais que recaem sobre o exercício da atividade econômica de forma organizada e uma frustração sobre as expectativas refletidas sobre a figura do administrador de empresas complexas. A ausência de um efetivo exercício do dever de vigilância será um forte, senão

13. BOLEA BARDON, 2016, p. 52.
14. FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 21.
15. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.) et al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 278.
16. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTÍN, Adán Nieto (dir.). *El derecho penal econômico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 173.

decisivo, elemento a ser considerado na imputação de responsabilidade ao administrador por ato criminoso praticado por seus subordinados em benefício da empresa.

Dentro deste panorama de responsabilidade penal dos administradores de organizações empresariais complexas haverá um constante conflito entre os deveres de vigilância decorrentes da delegação de funções e a aplicação do princípio da confiança. Aplicável a situações de atividade humana conjunta, tal como ocorre no caso da divisão de trabalho, o princípio da confiança garante que todo aquele que atenda adequadamente aos cuidados objetivamente exigidos possa confiar que os demais participantes da mesma atividade operem da mesma forma[17]. No caso da atividade em uma empresa, é de se esperar que aquele que conduz seu comportamento dentro dos limites da legalidade e das diretrizes internas da empresa possa confiar na mesma forma de agir de seus companheiros. O princípio da confiança é um critério que pode ajudar a atividade de determinar se uma pessoa infringiu ou não seus deveres de trabalho em equipe dentro de uma organização[18].

Contudo, em relações verticais dentro da empresa, decorrentes de delegações de função, não se pode admitir que os deveres de vigilância e controle do delegante sejam superados pela aplicação do princípio da confiança, estes casos são regidos pelo que se denomina de princípio da desconfiança decomposto nos deveres de vigiar em sentido estrito, conhecendo o que fazem os subordinados, e o dever de evitar a atuação ilícita dos subordinados, neutralizando suas atuações delitivas[19]. Ao administrador de organizações empresariais complexas a ausência do dever de se informar e se preocupar em como está trabalhando uma terceira pessoa, ponto central do princípio da confiança, é substituída pelo *princípio da desconfiança* por meio do qual se exigem deveres de supervisão, controle e vigilância da atuação de terceiros[20].

Não se pode, porém, falar em graus estandardizados de confiança ou desconfiança. A aplicação destes princípios não será igual para todos, pois o nível de confiança permitido ou o nível de desconfiança exigido dependerão do plano em

17. TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 313.
18. FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 18.
19. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa:* Parte General adaptada a la L. O. 1/2015. 5. ed.Valência: Tirant lo Blanc, 2016. p. 505.
20. SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 211.

que a pessoa se mova e da posição que ocupe dentro da organização, levando a que a responsabilização criminal por inobservância de deveres de vigilância e supervisão dependa da posição da pessoa dentro da empresa[21].

A forma mais adequada à satisfação das exigências de vigilância e controle de seus subordinados, impostas aos administradores de empresas complexas, será por meio da criação e implementação de *estruturas internas* capazes de desempenhar estas exigências, visto que não seria possível o exercício direto e constante da vigilância sob pena do administrador transformar sua atividade laboral em atividade policial. Sendo assim, somado às exigências político-criminais contemporâneas em demandar das empresas uma tomada de postura ativa para evitar práticas criminosas, o dever de vigilância tem na figura das *investigações empresariais internas* um dos seus principais meios de efetivação.

3. As investigações internas como instrumento de defesa empresarial

Embora possa ser considerado um fenômeno relativamente recente para o direito penal brasileiro e por isso pouco se produziu sobre o assunto, as investigações internas já vinham sendo utilizadas com intensidade no direito norte-americano desde os anos setenta. As investigações internas fazem parte de uma realidade surgida nos Estados Unidos a partir do escândalo *watergate*, quando então a SEC (*Securities and Exchange Comission)* criou o programa de denunciação voluntária, movida pela falta de estrutura para promover as intrincadas investigações que demandariam as complexas redes de corrupção reveladas naquele momento. Este modelo não só se espalhou por outros países como até os dias atuais as investigações internas são incentivadas nos Estados Unidos por meio de reduções de penas àquela pessoa jurídica que comunicar a ocorrência dos ilícitos, nos termos descritos na *Sentencing Guidelineas Manual*[22].

Como destacado, as investigações internas guardam relação direta com a manifestação criminal praticada pelos membros de organizações empresariais complexas, no exercício de suas atividades laborais e em favor destas empresas, por isso devem ser vistas sob uma perspectiva restritiva, excluindo-se o trabalho de levantamento de informações por crimes cometidos contra a empresa.

21. FEIJOO SÁNCHEZ, 2009, p. 26.

22. ESTRADA i CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El Derecho Penal en la era Compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 197-198.

As investigações internas consistem em esclarecimentos de fatos que podem dar lugar a responsabilidades da empresa ou de seus órgãos de representação, normalmente relacionadas a casos de ilícitos úteis à empresa, tais como corrupção ou formação de cartéis, excluindo-se desta definição casos de ilícitos praticados por empregados em desfavor da empresa[23]. Ao contrário do controle, que se exerce de forma preventiva como instrumento de gestão empresarial, a investigação interna será *reativa*, com vistas a tentar reconstruir o que já se passou[24]. Podem, ainda, ser consideradas como investigações internas tanto aquelas produzidas por membros da empresa como as conduzidas por pessoas externas a organização empresarial, em todo caso, estimula-se que investigações voltadas a apurar condutas de departamento legal ou da alta direção sejam conduzidas por agentes externos[25].

Como se pode ver, a investigação interna é um trabalho que objetiva conhecer sobre possíveis ilícitos praticados por pessoas físicas internas à pessoa jurídica e em favor desta, ou seja, de práticas irregulares que tiveram por objetivo trazer resultados a empresa, de tal sorte que sem o oferecimento de benefícios por este trabalho não haveria interesse jurídico da empresa em realizá-las.

O incentivo à produção de investigações pela própria empresa por delitos praticados em seu benefício se justifica por razões político-criminais e mesmo pragmáticas. Além de funcionar como meio de prevenção de outras práticas ilícitas na empresa, possuem objetivos práticos em razão da dificuldade que os aparatos de persecução penal estatais encontram em realizar investigações e compreender a complexidade das organizações empresariais. O objetivo da investigação interna é conhecer a natureza e a extensão de condutas incorretas praticadas dentro de um coletivo que podem trazer benefícios tanto ao Estado como à empresa. O Estado se beneficia por ter a possibilidade de penetrar nas complexidades

23. SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLER, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBIGA GIMENO, Iñigo Ortiz (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 246.

24. MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa. In: MIR PUIG, Santiago; MIRENTXU CORCOY, Bidasolo; Gómez Martín, Víctor (dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance:* Programas de prevención, detección y reacción penal, Montevidéu-Buenos Aires: B de F, 2014. p. 496.

25. MONTIEL, Juan Pablo. Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento In. MONTIEL, Juan Pablo. *Reporte en Compliance:* Lineamientos de Integridad, , Buenos Aires: Crimint, 2018. p. 15.

de estruturas empresariais, o que possibilita a descoberta de condutas suspeitas de forma mais eficiente do que a colocação em marcha de todo aparato estatal. Já a empresa poderá se beneficiar pela melhora de sua imagem no mercado, bem como pode utilizar as investigações por ela conduzidas para atenuar ou excluir responsabilidades[26].

Assim, podem ser identificados como finalidades das investigações internas o esclarecimento, a interrupção e a sanção de comportamentos irregulares, como também a obtenção de informações sobre deficiências dos sistemas de controle da empresa, prevenção ao cometimento de novas irregularidades e, principalmente, evitação de responsabilidades, já que, ao não instaurar uma investigação diante de indícios de irregularidades cometidas em benefício da empresa, a direção pode incorrer em infração do seu dever de vigilância[27].

Ao abordar as investigações internas à luz da realidade alemã, SAHAN explica que não há nenhuma determinação normativa do momento em que a existência de investigação ou seus resultados devem ser comunicados às autoridades competentes, mas que, na prática, o Ministério Público está disposto a outorgar benefícios às empresas e seus dirigentes em eventuais pedidos de sanções quando as empresas se antecipam e fornecem esclarecimentos de fatos problemáticos[28].

No caso espanhol, por exemplo, onde o Código Penal prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica para diversas condutas típicas, há previsão expressa de incentivos pela promoção de investigações pela própria empresa. O artigo 31 *quater,* do Código Penal espanhol estabelece como circunstâncias atenuantes da responsabilidade penal das pessoas jurídicas o fato de realizarem, posteriormente ao cometimento de delitos, ações como confessar os fatos, colaborar com as investigações fornecendo provas, reparar o dano e promover medidas para reprimir futuros delitos[29]. Assim, consoante a experiência espanhola, a promoção de investigações internas é uma medida defensiva evidente, na medida em que seus

26. MONTIEL, 2018, p. 489-490.

27. SAHAN, 2013, p. 251-252.

28. Ibid., p. 252-253.

29. Artículo 31 quater.

1. *Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

resultados podem ser utilizados para auxiliar as autoridades públicas em troca de benefícios na aplicação da pena. Não se trata de uma medida apenas ética ou reputacional, mas de evidente instrumento defensivo no curso de processo penal.

No caso brasileiro, onde a responsabilidade penal da pessoa jurídica é limitada a delitos contra o meio ambiente, o principal estímulo legal à promoção de investigações internas vem da Lei n. 12.846/2013.

A chamada Lei Anticorrupção estabelece elevadas sanções pecuniárias às empresas por casos de corrupção praticados por seus membros, bem como limita muito o direito de defesa ao estabelecer a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por tais condutas. Assim, a colaboração com as autoridades públicas surge como via de escape ao exercício da defesa e, seguramente, o meio mais eficaz para viabilizar essa colaboração será a obtenção de informação por intermédio de investigações internas.

O artigo 7º, inciso VII, da Lei n. 12.846/2013 estabelece que será considerado como circunstância da aplicação de sanções a cooperação da pessoa jurídica com a apuração dos ilícitos. O levantamento indiciário realizado por meio de análise documental interna acesso aos correios eletrônicos e tomadas de depoimentos, ainda na esfera privada pela própria empresa, ou por pessoa por ela contratada para esta finalidade, será o meio mais eficaz de colaborar com a atuação investigativa estatal visando usufruir de diminuição das possíveis sanções impostas. Ainda, esta colaboração pode gerar reflexos em eventuais procedimentos penais instaurados contra sócios, dirigentes e administradores.

Outro estímulo legal às investigações internas que ganha força na realidade brasileira, gerando consequências no processo penal e na esfera de responsabilização penal, é a possibilidade de celebração de *acordos de leniência*.

O artigo 16 da Lei 12.946/2013, prevê a possibilidade de isenção de sanções e redução de 2/3 da pena de multa em caso de identificação de envolvidos e obtenção de informações e documentos que demonstrem a materialidade e autoria dos

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

ilícitos[30]. Desta forma, a celebração de acordo com as autoridades públicas e a total colaboração com as investigações por atos de corrupção praticados em favor da empresa é método defensivo que pode gerar relevante vantagem econômica à pessoa jurídica envolvida nos comportamentos ilegais.

O que se pode extrair deste estímulo a realização de investigações internas como meio de defesa da pessoa jurídica e dos integrantes de sua cúpula é que referidas investigações *não serão praticadas de forma imparcial*, mas com a finalidade de gerar resultados, quais sejam: identificação de fatos e pessoas envolvidas. Há um evidente conflito de interesses entre o trabalho privado de investigação realizado pela pessoa jurídica envolvida e a atividade pública de persecução penal. Diante das atuais tendência de delegação de funções estatais de prevenção e persecução penais a particulares, as investigações internas são vistas como equivalentes funcionais ao processo penal, porém não se pode perder de vista que entre ambos há uma diferença fundamental em razão da natureza privada daquela, pois quem a inicia, finaliza e toma das decisões, ao final, será a própria empresa[31]. Por tais razões deve ser vista com prudência a possibilidade de aproveitamento dos indícios produzidos em investigações internas como prova no processo penal.

4. O conflito entre garantias processuais penais e a utilização de investigações internas como instrumento de prova

As investigações internas, como sobejamente exposto, constituem-se em relevante instrumento de defesa corporativa e, nessa medida, passam a ocupar um espaço proeminente dentro da rotina empresarial. Representante da acentuada marcha de privatização do processo penal, derivada do fomento e da necessidade jurídica de implementação de programas de integridade (*compliance*), as investigações internas se tornaram uma realidade indelével. As *internal investigations*, nesse novo panorama de cultura empresarial de autorregulação, se destacam, talvez, como principal fonte de informação e arrecadação de documentos e elementos de prova em favor da pessoa jurídica, não só em eventual acordo a ser firmado

30. Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

31. MONTIEL, 2018, p. 488.

com as autoridades públicas, mas também como corolário do compromisso de respeito à ética empresarial[32-33].

À empresa, enquanto alvo do poder estatal, o binômio investigação-cooperação igualmente se apresenta como um instrumento extremamente vantajoso se observados os efeitos prejudiciais que podem advir das investigações públicas. A investigação interna, se antecipada, poderá, por exemplo, impedir a decretação de medidas cautelares em prejuízo da empresa (como é o caso de bloqueios de ativos e apreensões de equipamentos e documentos) e, por conseguinte, reduzir os danos reputacionais decorrentes das grandes operações policiais-judiciais[34]. Tudo isso coloca as investigações internas no centro da pauta de debates que tende a permear as novas discussões doutrinárias do processo penal.

Em linhas gerais, as investigações internas têm por finalidade angariar elementos de informação, a partir da iniciativa da própria empresa, que sirvam de substrato à colaboração entre o ente coletivo e as autoridades públicas diante de quadros de crimes cometidos por meio da pessoa jurídica ou, igualmente, de um mecanismo interno de detecção e combate aos desvios de conduta na seara corporativa[35]. No mais das vezes, a forma de condução do procedimento investigatório não culmina numa instrução preliminar imparcial, porquanto os seus fins – ao contrário da investigação pública – visam justamente servir de arrimo às decisões da empresa, seja no sentido de afastar e sancionar seus componentes (caráter vinculado ao direito trabalhista), seja no sentido de colaborar com as autoridades públicas (com reflexos efetivos no direito penal e processual penal), como verdadeiro meio de defesa. É nessa medida que se observam, de forma mais ou menos aguda, choques entre o direito privado, então marco regulatório da atividade empresarial, com as garantias processuais penais dos investigados.

32. MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 140.

33. "Para los expertos en *compliance* resulta igualmente claro que las investigaciones internas representan una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento efectivo, que además de las medidas de prevención debe investigar y sancionar los comportamientos irregulares" (MOOSMAYER, 2013, p. 137).

34. NANDAYAPA, Carlos Faustino Natarén. El criminal compliance en México: un enfoque crítico desde los principios del proceso penal. In: *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, v. 5, n. 10, 2018.

35. MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In. *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 40, 2013. p. 258-259.

As investigações internas, enquanto reflexos da privatização da investigação e do processo penal, não estão, num primeiro olhar, sujeitas às regras limitadoras da atividade investigatória. Ao menos não na mesma intensidade a que se submetem os órgãos estatais, com amplo destaque à Polícia Judiciária e ao Ministério Público. As relações que derivam das investigações internas têm maior vinculação, ao que parece, com o direito trabalhista e os limites do poder controlador do empregador, do que, propriamente, com os limites do processo penal.

No ponto, aliás, MOOSMAYER[36], sob a perspectiva do direito alemão, ressalta, dentre outras coisas, que "as investigações internas distintamente das investigações realizadas pelas autoridades públicas não estão sujeitas ao direito processual penal, senão ao direito do trabalho [...]". GRECO e CARACAS[37], por seu turno, partindo da mesma premissa do direito germânico, indicam que a problemática perpassa, precipuamente, pelo eventual conflito que podem gerar as obrigações justrabalhistas se postas em comparação com os princípios informadores do processo penal. Poderia, *in casu*, ocorrer verdadeira discrepância entre o dever de informação que o empregado deve ao empregador em face da garantia fundamental da não autoincriminação. Outra perspectiva, especialmente apontada por NIETO MARTÍN[38], está no perigo que as investigações internas podem apresentar enquanto reforço demasiado do poder de controle (ou até mesmo coerção) da empresa diante dos empregados.

Nota-se, pois, que os problemas decorrentes da investigação interna não são poucos e muito menos simples. Tem-se como ponto de sensível tensão, efetivamente, a possibilidade de aproveitamento da prova produzida no bojo das investigações internas, então conduzidas por particulares em nome de uma pessoa jurídica, em procedimentos públicos de persecução penal. Na seara da investigação interna, em tese, seria possível à pessoa jurídica acessar, sem qualquer ordem judicial, elementos probatórios então inalcançáveis às autoridades públicas sem o aval do poder judiciário e, notadamente, sem os estritos limites impostos à investigação pública. Um dos exemplos residiria no acesso aos correios eletrônicos

36. MOOSMAYER, 2013, p. 140.

37. GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danillo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). Comentários ao direito penal econômico brasileiro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 788.

38. NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013. p. 24.

do empregado e no acesso às informações presentes em seu *smartphone* funcional. Tudo isso somado à possibilidade da feitura de entrevistas pessoais diretamente com o funcionário investigado.

4.1. Elementos para instauração da investigação interna

O primeiro ponto atinente às investigações internas, sem dúvida, reside no grau de suspeita que deve existir para que se possa enxergar como lícita e devida a instauração do procedimento de investigação. A questão, num primeiro momento, pode parecer trivial, contudo, desempenha relevante importância no que concerne ao aproveitamento da prova produzida em procedimentos criminais públicos e externos.

A investigação interna, enquanto procedimento reativo, surge como opção da empresa justamente quando se tem presente um quadro de suspeita de atividades irregulares. conforme explica NIETO MARTÍN[39], tais suspeitas podem advir, por exemplo, dos denominados canais de denúncia (*whistleblowing*), acaso existentes, ou de fontes que transcendam à própria pessoa jurídica, como notícias veiculadas na imprensa, notificações judiciais, inquéritos policiais, queixas de consumidores em demandas na seara cível. A primeira questão, portanto, que se põe é justamente acerca de qual grau de suspeita, a partir da comunicação dos atos irregulares, permitiria a instauração do procedimento investigatório.

A empresa, na condição de investigadora, não está, *prima facie*, submetida aos mesmos limites de prova que os investigadores públicos, fato que, a princípio, permitir-lhe-ia, após a formalização da investigação interna, adotar medidas invasivas a fim de angariar novos elementos informativos suficientes a embasar suas decisões, inclusive no sentido de colaborar com as autoridades públicas. Ou seja, a instauração da investigação interna, a partir da mera suspeita, poderia, em tese, permitir o acesso a dados relativos à intimidade dos investigados/empregados sem o necessário controle do poder judiciário – situação que, ao revés, não ocorreria no âmbito público.

Conforme a doutrina de NIETO MARTÍN[40], para que possa ser vista como lícita, a investigação interna deve se basear em um *juízo mínimo de verossimilhança da suspeita*, porquanto o início do procedimento de instrução privado, por si,

39. NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência, Tirant Lo Blanch, 2015. p. 232.

40. Ibid., p. 235.

já detém o condão de afetar demasiadamente o direito das pessoas envolvidas, sem mencionar os altos custos econômicos da investigação. Caso contrário, o investigador privado, além de violar a finalidade do instrumento, utilizando indevidamente os mecanismos da empresa, lesionaria direitos fundamentais dos investigados, como sua intimidade e honra. E tal grau de verossimilhança tem mais razão quando a notícia de irregularidade provém de canais de denúncias anônimas, vez que é preciso se separar as denúncias reais daquelas tão só formuladas de má-fé. Adverte MONTIEL[41], que o mais correto seria que o nível de suspeita requerido das empresas fosse superior àquele exigido por parte do Estado – no caso, para recebimento de eventual denúncia criminal –, justamente porque em um Estado de Direito, pautado pelo respeito às garantias constitucionais, não é lícito que um ente privado, como a pessoa jurídica, possua instrumentos coercitivos e investigativos maiores que o Estado, a quem a Constituição incumbe a legitimidade política para tanto. Por isso a importância de *diligências prévias* por parte da empresa a fim de confirmar, num juízo de cognição sumária, o grau de verossimilhança das suspeitas, para só aí se optar pela instauração formal da investigação e, adiante, pela adoção de novas medidas investigatórias, sobretudo aquelas de caráter invasivo.

A propósito, como bem delineado por MONTIEL[42], a investigação interna não pode se confundir com um ato de *caça às bruxas*. Quer-se com isso dizer que o empregador, a partir de uma suspeita infundada, não pode, sob o argumento de apuração de irregularidades internas, patrocinar ações de invasão da intimidade dos empregados, como, por exemplo, a devassa dos correios eletrônicos, a gravação de ligações telefônicas ou colocação de aparelhos ocultos de captação de voz no ambiente laboral, tão só com a finalidade de investigar suas vidas privadas ou eventual suspeita de conspiração contra os interesses da empresa. E isso persiste mesmo que sejam, efetivamente, encontrados indícios de irregularidade após a adoção das medidas de invasão, pois nesse caso, faltaria o primeiro requisito essencial à validade do ato, qual seja, a verossimilhança da suspeita.

Nessas circunstâncias, por faltar razoabilidade e proporcionalidade no procedimento investigatório, derivado do puro arbítrio do empregador ou de quem detenha competência para instauração da investigação interna, as provas obtidas durante o curso do procedimento não poderiam ser consideradas válidas sob qualquer circunstância. Com efeito, eventual aproveitamento por parte das

41. MONTIEL, 2013, p. 268-269.

42. MONTIEL, 2013, p. 259.

autoridades públicas não poderia ser aceito, pois se valeria da ilicitude probatória levada a termo pelo particular – em total desrespeito às garantias do investigado – como atalho ou subterfúgio para persecução penal de pessoas ligadas à empresa mediante o uso de instrumento probatório bastante limitado aos investigadores públicos, numa verdadeira fraude de etiquetas[43-44].

Para que se possa, num primeiro momento, afirmar a licitude e, posteriormente, o aproveitamento da prova produzida no decorrer da investigação interna, é preciso que a instauração do procedimento de investigação, em si, esteja amparado num juízo de verossimilhança mínima da suspeita para, só depois, se optar pela adoção de medidas investigativas mais invasivas. Neste primeiro ponto, é possível entender que a investigação interna instaurada sem elementos prévios de verossimilhança da suspeita é absolutamente ilícita e, nesse sentido, tudo o que dela derive também o será. Por outro lado, a licitude da instauração da investigação interna – ou seja, amparada em suspeita firme – não é critério suficiente para validar tudo o quanto seja produzido no curso da instrução privada, ela é só primeiro limite.

4.2. Possibilidade de aproveitamento da prova oral

Como dito, o aproveitamento da prova produzida no bojo de investigações internas não se resume à licitude ou não da instauração do procedimento. A questão da verossimilhança da suspeita é só o primeiro limite de análise sobre a licitude da prova. O fato de que a suspeita seja verossimilhante e, por conseguinte, a instauração da investigação seja lícita, por si só, não é suficiente para afirmar a possibilidade de aproveitamento dos elementos amealhados. A depender da figura probatória adotada, é preciso que outros limites sejam observados, máxime quando a prova produzida derive de meio de obtenção amplamente invasivo.

No caso da investigação pública, por exemplo, é possível a interceptação telefônica, a busca e apreensão de documentos e coisas, até mesmo de aparelhos

43. NIETO MARTÍN, 2015, p. 234-235.

44. "Conviene no perder de vista que la investigación interna puede convertirse en un proceso penal 'teledirigido' por parte del fiscal o del juez, en una puerta abierta al fraude de las etiquetas, en que el Estado prescinde de las estrictas reglas del juego que presiden el proceso penal, para intentar investigar, por medio de la empresa, a través de un marco jurídico más flexible como son los de las investigaciones internas. [...] En muchos casos la investigación interna será la antesala de la investigación penal, un complemento de la misma, cuando no llana y simplemente un sustitutivo".

informáticos e telefônicos, como é o caso de correios eletrônicos e aplicativos de conversa. No entanto, tais medidas, quando requeridas pelo investigador público, estão submetidas a um controle estrito de legalidade e necessidade por parte do Poder Judiciário, por intermédio do que se convencionou chamar de "Juiz de garantias"[45]. E tal juízo, como se sabe, pauta-se (ou deveria se pautar) sob o aspecto da existência de indícios mínimos da conduta delitiva (*fumus comissi delicti*) e da necessidade daquele meio de prova em específico, o que exige que as medidas invasivas requeridas não sejam o primeiro instrumento utilizado e que a suspeita, sobre a qual se pautou o pleito, não seja rasa e incipiente[46].

Já no que toca à investigação privada, os mesmos limites impostos à investigação pública não são exigidos, ao menos não no mesmo nível de rigor estabelecido como limite ao Estado, o que culmina num marco regulatório mais flexível. De outro vértice, a flexibilização não significa ausência de limites e muito menos um preceito permissivo amplo. As medidas investigatórias adotadas pela empresa, no âmbito das *internal investigations*, para que possam ser trasladadas para o interior do processo penal público devem se pautar por preceitos processuais mínimos. É diante desse quadro que cabe questionar: o que vale e o que não vale nas investigações internas?

Para se responder ao questionamento proposto, em primeiro lugar, não se pode perder de vista que a investigação interna, a despeito de não se constituir em procedimento público, deve, sim, ser limitada por preceitos mínimos que garantam ao investigado o respeito de suas garantias fundamentais. Ou seja, ainda que se possa, efetivamente, falar em maior flexibilidade na condução da instrução privada, tal fator, isoladamente, não pode servir de fundamento à violação de direitos. E mais. Não pode servir como subterfúgio das autoridades públicas – em troca de benefícios e isenções de responsabilidade da empresa – para obtenção de provas inacessíveis por meio da investigação pública.

Em segundo lugar, a resposta à questão formulada também deverá perpassar pelo choque existente entre as normas trabalhistas aplicáveis à relação empresa-empregado, e os limites do processo penal constitucional. Não se pode perder de vista, por exemplo, a existência de deveres do empregado, inclusive atinente à cessão de informação, derivado do contrato de trabalho, como também de um dever do empregador em respeitar a intimidade e a honra do seu empregado, somado aos demais direitos fundamentais, como é o caso do direito à não autoincriminação.

45. LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 258.

46. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 711.

Seria, por exemplo, aplicável o direito do empregado, na condição de investigado em procedimento privado, não produzir prova contra si mesmo, sobretudo quando instado a prestar declarações nas denominadas "*entrevistas*", que nada mais são do que uma inquirição conduzida pelo responsável por presidir a investigação interna?

Nesse ponto, as peculiaridades da situação exigem uma reflexão mais detida sobre todo o procedimento de investigação interna.

Segundo NIETO MARTÍN[47], é preciso, antes mesmo do início das inquirições de empregados e, eventualmente, da adoção de medidas probatórias invasivas, que sejam postas à disposição dos funcionários as informações essenciais dos objetivos da investigação. É imperativo que seja de conhecimento dos interessados, v.g., se a investigação tem por finalidade servir como instrumento de colaboração com as autoridades públicas, ou se a finalidade visa puramente detectar deficiências internas, sem a imposição de sanções disciplinares. A partir disso, os empregados poderão avaliar, em efetivo, quais são suas implicações diante do contexto da investigação e saber, precisamente, até que ponto poderão se ver diante da hipótese de autoincriminação.

Contudo, o próprio autor pontua que não há, propriamente, um direito do trabalhador, na condição de *entrevistado*, ao silêncio. Para NIETO MARTÍN[48], o poder diretivo do empresário lhe permite questionar o investigado sobre os meandros de sua atividade profissional, incumbindo ao funcionário responder com o máximo de detalhe, ainda que a informação possa servir de substrato à sua incriminação, pois vige, na hipótese, o dever contratual cuja violação poder ensejar na demissão (*talk or walk*). Por outro lado, ressalva que há casos em que se permite ao empregado recusar responder perguntas feitas no decorrer das entrevistas, sobretudo quando as questões não são relativas diretamente ao objeto de sua prestação laboral. Nesse caso, o entrevistado poderia invocar seu direito ao silêncio, caso vislumbrasse a possibilidade de incriminação, sem a possibilidade de se considerar como violação ao contrato de trabalho.

Já MONTIEL[49] aduz que a investigação interna, malgrado possa ser utilizada por autoridades públicas e possa apurar condutas criminais, não se constitui em procedimento público e interessa, em primeiro lugar, à empresa, que, por sua vez, não possui poder persecutório no âmbito judicial. Por consequência,

47. NIETO MARTÍN, 2015, p. 240.

48. Ibid., p. 252.

49. MONTIEL, 2013, p. 271-272.

a norma de regência do procedimento é eminentemente privada, o que significa dizer que não há uma liberdade de declaração do empregado a partir do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois tal axioma não seria imperativo do direito trabalhista. No entanto, partindo da mesma premissa, o autor considera que as declarações do empregado, no sentido de se autoincriminar somente poderiam ser manejadas como substrato das decisões internas da empresa – no sentido de lhe aplicar alguma sanção disciplinar ou demiti-lo –, justamente por servirem ao interesse da pessoa jurídica. Com efeito, não poderiam ser aproveitadas no processo penal, visto que este possui caráter repressivo e punitivo.

Pelo panorama posto, nota-se que ambas as posições apresentam problemas. Dizer apenas que há um dever de informar por parte do empregado não parece suficiente para justificar o afastamento de garantias constitucionais daquele que se vê alvo da inquirição do empregador. E aqui não caberia sequer diferenciar se as perguntas são relativas ao objeto da prestação laboral ou não. Basta pensar que se as declarações fossem prestadas diante de autoridade do Estado, a quem de fato incumbe a repressão do crime, seria possível ao suspeito não responder às perguntas feitas. Não cabe pensar que o empregador teria um poder superior ao Estado.

E o quadro seguiria tormentoso mesmo que houvesse a existência de cláusula específica no contrato de trabalho dando conta da renúncia ao direito ao silêncio na órbita da investigação interna. Observe-se que, no âmbito do direito do trabalho, vigora o princípio da hipossuficiência do trabalhador, em que as regras e princípios justrabalhistas se constituem em verdadeiro mecanismo de proteção da parte menos favorecida no âmbito da relação de emprego[50], objetivando, com isso, retificar no prisma jurídico, o evidente desequilíbrio fático das partes contratantes[51]. Em consequência, é difícil, num debate simplista, afirmar a validade do consentimento dado pelo empregado, sobretudo em relações desiguais, como forma de legitimação da renúncia de direitos. Ainda haveria o risco concreto de se transformar a investigação em atalho para as autoridades, pois bastaria ao Ministério Público ou à Polícia incentivar a investigação interna em detrimento da

50. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 193.

51. "Informa este princípio [da proteção] que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, em suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho". (DELGADO, 2012, p. 193).

persecução pública, oferecendo benefícios à empresa, para depois se utilizar das informações prestadas pelo empregado.

Mas, igualmente, seria problemático afirmar que as informações obtidas mediante a inquirição do empregado, por meio da entrevista, somente seriam restritas à esfera interna da empresa, no sentido de se decidir pela aplicação de sanções ou não. Basta imaginar o caso em que um dos investigados relata o cometimento de diversos crimes em nome da empresa. Nesse caso, a empresa não poderia mais do que demitir o empregado com base nas informações, porém, eventual colaboração com as autoridades públicas, mediante um acordo de leniência, seria obstada diante da impossibilidade de aproveitamento da prova no processo penal e, assim, a pessoa jurídica perderia um meio importante de defesa – principalmente se considerado que a investigação serve, em primeiro plano, aos seus interesses. No mais, não parece adequado deixar toda a questão a cargo da investigação privada, como defendido por MOOSMAYER[52], quando estão evidenciadas as graves consequências penais do procedimento.

Para que se possa aproveitar no processo penal o conteúdo das declarações prestadas pelo empregado em sede de investigação interna, mais do que deixar claro para quais fins o procedimento se destina (se visa colaborar com as autoridades ou somente para detecção de deficiências internas), é preciso que tenha sido oportunizado ao investigado, em primeiro lugar, saber em que condição é ouvido e, em segundo lugar, a destinação que se dará aos seus relatos, deixando evidenciado, desde logo, que o procedimento não é *imparcial* e visa, sobretudo, os interesses da empresa.

Tudo isso, com a faculdade do empregado ser assistido por advogado, ter acesso a tudo o quanto foi produzido – ressalvadas as diligências em andamento – e, igualmente, preservar seu direito ao silêncio quando ouvido na condição de suspeito (mesmo que as perguntas sejam dirigidas especificamente ao objeto de sua prestação laboral). E mais. É preciso que não haja coerção sobre o conteúdo da declaração do empregado, deixando claro que a recusa, por ela mesmo[53], não culminará na demissão. Mesmo assim, o aproveitamento destes depoimentos está

52. MOOSMAYER, 2013, p. 140.

53. O que não impede a demissão se, após finalizada a investigação interna, houver prova suficiente da infração cometida pelo empregado. O conteúdo da proibição, a nosso ver, recai apenas na obrigatoriedade da declaração. Ou seja, somente o fato de optar pelo silêncio não é suficiente para justificar a demissão, pois, caso contrário, a prova seria proveniente da coação psicológica e não da espontaneidade, o que a tornaria ilegal.

submetido às limitações estabelecidas no artigo 155, do Código de Processo Penal, produzindo efeitos apenas de confirmadas em procedimento contraditório judicial.

4.3. Relativização da intimidade: o problema das expectativas de privacidade

A segunda questão, atinente ao aproveitamento da prova decorrente da investigação interna, diz respeito aos elementos de informação oriundos de medidas invasivas promovidas no curso da investigação interna. Nesse contexto, por exemplo, podemos relacionar a exigência feita em relação ao empregado de renúncia ao direito de sigilo dos correios eletrônicos, ou também, em certos casos, à renúncia ao direito de sigilo telefônico, muitas vezes postas pelas empresas como condição do contrato de trabalho. Em circunstâncias normais, tal prova, no âmbito do processo penal, passaria por inúmeros controles judiciais e legais. A estrutura regulamentar destas espécies de prova está na lei n. 9.296/96, que estabelece as regras para interceptação telefônica.

No caso de interceptação telefônica, por exemplo, somente seria admissível tal prova como lícita no processo penal se, cumulativamente, fosse demonstrada a presença de indícios mínimos de autoria na infração penal, a impossibilidade de se alcançar a prova por outros meios disponíveis e, por fim, que o crime apurado é punido com pena de reclusão. Tudo isso sem mencionar, especificamente, a necessidade estrita de observância de prazos razoáveis na condução da medida invasiva[54]. O mesmo não ocorre no âmbito das investigações internas, onde estes limites não necessitam ser observado, em princípio.

Assim, partindo-se da finalidade da norma restritiva, cujo objetivo é "[...] servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova"[55], a prova violadora de intimidade produzida na investigação particular em si, não parece ilícita. Ora, se a prova não partiu propriamente do Estado, como afirmar que houve a ilicitude por abuso do poder estatal? O uso da prova produzida pela própria empresa em prejuízo do empregado, por intermédio de uma interceptação privada, não acarretaria maior óbice em sua utilização para fins de incriminação. Porém, da mesma forma como ocorre no caso das entrevistas, o problema não é simplório.

54. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88-97.

55. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 367.

As indigitadas provas, como se observa, decorrem da violação da intimidade do trabalhador por parte da própria empresa. Aqui o problema transcende à questão da autoincriminação, como ocorre nas entrevistas, e atinge diretamente os limites da atividade investigativa empresarial na devassa dos dados do empregado. O debate, nessa esfera, pauta-se sobre as obrigações decorrentes do contrato de trabalho e o poder diretivo do empregador concomitantemente aos limites constitucionais da violação da intimidade, ainda que relativa ao ambiente laboral.

Para se buscar uma tentativa de resolução dessa questão, a doutrina propõe algumas hipóteses.

Segundo NIETO MARTÍN[56], o primeiro passo na apuração da licitude da medida invasiva perpassa pelo chamado *teste de proporcionalidade*. Esse juízo prévio, grosso modo, serviria como mecanismo de preservação da intimidade do empregado, ao mesmo tempo em que desempenharia a função de "juízo de garantias" da investigação interna. Com isso, antes da adoção de qualquer medida invasiva, o responsável pelo procedimento deve apurar a necessidade do meio de prova – e justificar tal necessidade – a partir do esgotamento de outros mecanismos menos invasivos e com conteúdo semelhante, como seria o caso, por exemplo, da análise do histórico de sítios eletrônicos acessados pelo funcionário em substituição à devassa das mensagens eletrônicas.

Mas somente o teste de proporcionalidade não é suficiente para assegurar a higidez da prova e, por conseguinte, sua licitude diante do direito constitucional à intimidade. É preciso que a prova seja vista a partir das *expectativas de privacidade* do empregado[57]. Isso quer dizer, em linhas gerais, que os requisitos do *teste de proporcionalidade* deverão ser mais rigorosos na medida em que as *expectativas de intimidade* sejam maiores para aquele determinado contexto.

A intimidade do empregado, nessas situações, será menor na mesma proporção em que for cientificado sobre as possibilidades de ser alvo de monitoramentos e quebras de sigilo. E tal ciência, como destacada NIETO MARTÍN[58], não pode cingir-se a simples comunicações pretéritas, feitas há anos, no momento da assinatura do contrato de trabalho, é preciso que a ciência seja atual, constante e ostensiva.

56. NIETO MARTÍN, 2015, p. 247.
57. NIETO MARTÍN, 2015, p. 247-249.
58. Ibid., p. 247.

Algumas situações, nesse contexto, podem ser destacadas. A violação de caixas de correio eletrônico, v.g., não se mostraria ilícita quando precedida de intensa e constante cientificação dos empregados sobre a possibilidade de acesso aos dados em caso de instauração de procedimentos internos de investigação. Nesse caso, não se abriria espaço para uma ampla expectativa de intimidade por parte do funcionário e, nessa extensão, não poderia ser invocada violação de seus direitos.

Por outro lado, existem situações em que as expectativas de intimidade são elevadas, mesmo no ambiente empresarial. Nessas hipóteses, o respeito à intimidade se torna impeditivo à invasão, sob pena de completa ilicitude da prova. Um exemplo disso reside na proteção dos ambientes cedidos pela empresa para *armazenamento de bens pessoais* dos funcionários, como é o caso de armários e gavetas. A despeito do ambiente físico pertencer à empresa, é legítimo ao empregado possuir expectativa de privacidade sobre esses espaços, porquanto destinados especificamente à guarda de seus objetos pessoais, os quais não se confundem com os objetos da empresa e, por isso mesmo, a garantia de sua proteção pode ser oponível ao próprio empresário[59]. Ademais, são espaços especialmente cedidos pelo empregador para que os funcionários possam desenvolver sua intimidade no interior do ambiente empresarial. Esses espaços de armazenamento, a propósito, não se restringem aos ambientes físicos. A mesma proteção é dada aos ambientes virtuais. Por exemplo, a cessão de um espaço nos computadores para que os funcionários guardem informações pessoais, ainda que depositados em sistema gerido pela empresa, permitem ao empregado criar expectativas de privacidade sobre eles, pois não se confundem com os interesses da empresa e tampouco com a prestação laboral.

O quadro posto, como se depreende, permite afirmar que seria possível advogar pela possibilidade de utilização da prova pelas autoridades estatais e pela própria empresa, enquanto meio de defesa. Contudo, somente é admissível o traslado de seu conteúdo se, diante de um juízo de garantias mínimas, ficar sedimentado que, naquele contexto específico, o empregado não detinha expectativas de privacidade (decorrente da contínua e constante cientificação) e, principalmente, que o uso do mecanismo probatório foi adotado como *ultima ratio* diante do esgotamento dos demais meios de obtenção da informação, dentro de um teste de proporcionalidade, compreendendo-se como satisfeitas as garantias constitucionais de respeito e preservação da intimidade e privacidade.

59. NIETO MARTÍN, 2015, p. 248.

5. Considerações finais

Os acontecimentos políticos e sociais vivenciados pelo Brasil na última década produziram reflexos no processo penal, dentre eles está o aproveitamento de material probatório produzido em investigações internas empresariais como prova. A manifestação criminal em organizações empresariais complexas, marcadas pela divisão de trabalho e delegação de funções trouxe uma nova realidade a ser trabalhada pelo direito penal, figuras como a responsabilidade por omissão imprópria, princípio da confiança e deveres internos de controle e vigilância demandam a revisão da aplicabilidade de conceitos dogmáticos, o mesmo ocorre com o processo.

Dentre as figuras que exigem uma adequação do processo penal à realidade dos crimes corporativos, aqueles cometidos em benefício de empresas, pode-se destacar a investigação interna. Utilizada como meio de exercício do dever de vigilância empresarial, nos últimos anos, e mais propriamente após a entrada em vigor da Lei anticorrupção no Brasil, a investigação interna constitui um relevante meio de defesa para empresas e seus membros de alto escalão contra acusações por condutas ilícitas praticadas por seus componentes em benefício da organização. Esta característica é estimulada por lei e tem por fundamento trazer resultados não só para a empresa como também ao Estado na difícil tarefa de promover investigações dentro destas organizações complexas. Contudo, o aproveitamento destas investigações como prova em processo penal não pode ser feito sem atentar-se à sua relação com as garantias processuais.

Há um manifesto conflito entre o caráter privado das investigações internas, realizadas de forma parcial com objetivo de produzir material de defesa para a empresa e apontar responsáveis por fatos ilícitos e a natureza pública da investigação criminal produzida pelos órgãos de persecução penal. O aproveitamento de documentos e informações fornecidos pela empresa beneficiária de um ilícito, a partir de uma investigação interna pelas autoridades públicas como prova em processo penal deve passar por uma filtragem à luz das garantias processuais. Os prontos mais relevantes, neste caso, serão estabelecer critérios para a instauração de investigações internas, os limites a utilização de prova oral produzida nas investigações e os limites das provas obtidas mediante quebra de privacidade e intimidade.

Não se pode admitir como prova informações colhidas a partir de investigações instauradas sem indícios mínimos de irregularidade, é necessário que a investigação interna seja precedida de critérios de proporcionalidade, com verossimilhança das ilicitudes a serem investigadas. O aproveitamento de depoimentos e entrevistas produzidas na investigação interna exige a plena advertência do

depoente, seja de seus direitos, da finalidade de seu depoimento ou dos objetivos pretendidos pela empresa com a investigação, respeitando-se a garantia fundamental de não autoincriminação. Por fim, as informações e documentos obtidos na investigação interna por meio de mitigação de privacidade e intimidade do empregado poderão ser utilizadas como provas em processo penal quando produzidas dentro de critérios de necessidade, respeitada a expectativa de privacidade.

Sem negar de forma absoluta o valor probatório das investigações internas no processo penal, o que iria de encontro com os fundamentos pragmáticos e político-criminais dos estímulos estatais a tais investigações, é necessário que seu aproveitamento respeite as garantias processuais, sob pena de possibilitar ao Estado a utilização transversa de meios de investigação a ele negados. Desta forma, respeitadas as garantias de não autoincriminação e proteção à intimidade e à privacidade, principalmente, poderão os documentos e informações colhidas pela empresa ser utilizados como indícios ou provas no processo penal.

Referências

BARDÓN, Carolina Bolea. Responsabilidad penal de las personas físicas. Delegación en funciones. Deberes de control y vigilancia. In: *Manual de derecho penal, económico y de empresa:* parte general y parte especial:(adaptado a las LLOO 1/2015 y 2/2015 de Reforma del Código Penal): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. t. II. Valência: Tirant lo Blanch, 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação telefônica.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito de trabalho.* 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: una aproximación tópica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis. NIETO MARTÍN, Adán Nieto (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

ESTRADA i CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. Derechos de los trabajadores y deberes del empresario. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). *El Derecho Penal en la era Compliance*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas*. In: CIIDPE, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa: Responsabilidad penal en el ámbito de las responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo. In: MIR PUIG,

Santiago; LUZON PEÑA, Diego-Manuel (dir.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1996.

GRECO, Luís; CARACAS, Christian. Internal investigations e o princípio da não auto-incriminação. In: LOBATO, José Danillo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (orgs.). *Comentários ao direito penal econômico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico:* Parte General y Especial. Buenos Aires-Montevidéu: B de F, 2014.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa. In: NIETO MARTÍN, Adán (dir.) et al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa:* Parte General adaptada a la L. O. 1/2015. 5. ed.Valência: Tirant lo Blanc, 2016.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El Criminal Compliance desde la Perspectiva de la Delegación de Funciones. In: *Estudios Penales y Criminológicos,* V. XXXV, 2015, p. 745.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa. In: *Revista de derecho (Valparaíso),* n. 40, 2013.

MONTIEL, Juan Pablo. Sentido y Alcance de las Investigaciones Internas en la Empresa. In: MIR PUIG, Santiago; MIRENTXU CORCOY, Bidasolo; Gómez Martín, Víctor (dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance:* Programas de prevención, detección y reacción penal, Montevidéu-Buenos Aires: B de F, 2014, p. 496.

MONTIEL, Juan Pablo. Lineamientos de Integridad: breves reflexiones generales del documento y consideraciones específicas sobre las capacitaciones, las investigaciones internas y el oficial de cumplimiento In. MONTIEL, Juan Pablo. *Reporte en Compliance:* Lineamientos de Integridad. Buenos Aires: Crimint, 2018.

MOOSMAYER, Klaus. Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales. In. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013.

NANDAYAPA, Carlos Faustino Natarén. El criminal compliance en México: un enfoque crítico desde los principios del proceso penal. In: *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa,* v. 5, n. 10, 2018.

NIETO MARTÍN, Adán. Introducción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Investigaciones internas. In. NIETO MARTÍN, Adán et al. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valência, Tirant Lo Blanch, 2015.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal*: Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico. Montevidéu-Buenos Aires: BdeF, 2014.

SAHAN, Oliver. Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. In: KUHLER, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBIGA GIMENO, Iñigo Ortiz (ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madri: Edisofer, 2016.

SCHUNEMANN, Bernd. *Responsabilidad penal en el marco de la empresa*. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. In: ADPCP, V. LV, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico:* Parte General y Especial. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A delação nos sistemas punitivos contemporâneos, de Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner – *RBCCrim* 128/65-89 (DTR\2017\223);
- *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001, de Márcio Adriano Anselmo – *RT* 979/53-67 (DTR\2017\1047);
- Corrupção empresarial: a sucessão da responsabilidade nas operações societárias lesivas à administração pública, de Felipe Palhares – *RDPriv* 67/343-388 (DTR\2016\21946); e
- Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no sistema de justiça federal, de Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski e René Mallet Raupp – *RBCCrim* 124/143-181 (DTR\2016\24297).

"Eu sei o que vocês fizeram no verão passado": o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal

"I know what you did last summer": the use of spy software as a means of obtaining criminal evidence

Eduardo Bolsoni Riboli

Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais, pela Universidade de Coimbra (Portugal), em 2017. Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil), em 2017.Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil), em 2013. Investigador do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa. Advogado.
eduardoriboli@gmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.03.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal; Digital

Resumo: A mudança para uma sociedade da informação, cada vez mais vinculada ao ciberespaço, apresenta novos desafios em matéria de produção probatória. Diante da existência de uma criminalidade que adota formas cada vez mais organizadas, internacionalizadas e informatizadas, da potencial relevância das informações contidas em sistemas informáticos e das dificuldades impostas à investigação criminal por medidas antiforenses, mostra-se necessária a superação da deficiência apresentada pelos métodos de investigação tradicionais, os quais não foram inicialmente previstos para alcançar informações contidas em sistemas informáticos. Neste contexto, o uso de *software* de espionagem surge como um meio (oculto) de obtenção de prova capaz de superar os desafios decorrentes nova realidade. Contudo, o amplo leque de

Abstract: The shift to an information society, increasingly linked to cyberspace, presents new challenges to the production of evidence. With criminals now increasingly organized, internationalized and computerized, the potential relevance of information contained in computer systems and the difficulties imposed to criminal investigation by anti-forensic measures makes it is necessary to overcome the deficiency presented by traditional methods that were not originally intended to achieve information contained in computer systems. In this context, the use of spy software emerges as a (hidden) means of obtaining evidence capable of overcoming the challenges from this new reality. However, the wide range of functions it can perform makes it one of the most damaging investigation methods currently available, since it can violate

funções que pode executar o torna um dos mais lesivos métodos de investigação existentes atualmente, pois capaz de violar múltiplos direitos fundamentais do indivíduo investigado, característica que reclama minuciosa regulamentação legal. Com o amparo de exemplos doutrinários, estatísticos, legislativos e jurisprudenciais estrangeiros e brasileiros, o presente estudo tem como finalidade examinar as peculiaridades deste novo meio de obtenção de prova, demonstrar e analisar a sua implementação e as suas consequências jurídico-legais em sistemas jurídicos estrangeiros, e, a partir desta análise, verificar a sua (in)aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: *software* de espionagem – *software* – Meio de obtenção de prova – Método oculto de investigação.

multiple fundamental rights of the person under investigation, a characteristic that demands detailed regulation. With the support of foreign and Brazilian doctrinal, statistical, legislative and jurisprudential examples, this study aims to examine the peculiarities of this new means of obtaining criminal evidence, demonstrate and analyze its implementation and legal consequences in foreign legal systems, and, from this analysis, verify its applicability in the Brazilian legal system.

Keywords: Spy software – Malware – Means of obtaining evidence – Hidden method of investigation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Equação do problema: da necessidade de superação da deficiência apresentada pelos meios de obtenção de prova tradicionais. 3. Métodos ocultos de investigação. 4. O *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal. 4.1. O *software* de espionagem. 4.2. Natureza jurídica e restrições a direitos fundamentais. 5. O uso de *software* de espionagem para fins investigativos no estrangeiro. 5.1. O *Bundestrojaner* e as pronúncias do Tribunal Constitucional Alemão quanto ao uso de *softwares* de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico alemão. *5.1.1. A decisão de 31 de janeiro de 2007 do BGH.* 5.1.2. A decisão de 27 de fevereiro de 2008 do BverfG. 5.1.3. As alterações legislativas à BKAG decorrentes da decisão de 27 de fevereiro de 2008 do BVerfG. 5.1.4. A decisão de 20 de abril de 2016 do Primeiro Senado do BVerfG. 5.1.5. O uso de *software* de espionagem no atual ordenamento jurídico alemão: o § 49 da BKAG. 5.2. O *captatore informatico* italiano e as decisões de 26 de maio de 2015 e de 28 de abril de 2016 da Corte Suprema di Cassazione. 5.3. O *dispositif technique* francês. 5.4. O uso de *software* de espionagem para fins investigativos no ordenamento jurídico espanhol. 5.5. O uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico português. 5.6. O entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de métodos ocultos de investigação criminal. 6. O uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde as últimas décadas do século XX, a evolução tecnológica e científica e o processo de mundialização foram, e ainda são, responsáveis por reestruturar

incontornavelmente a forma como vivemos no mundo atual. As constantes transformações ocasionadas por estes dois fenômenos são de indiscutível valor social, os avanços tecnológicos e informáticos ampliaram e agilizaram os canais de comunicação e de transporte, revolucionando, assim, a economia, a circulação de pessoas, de bens e de informação. Vivemos hoje na denominada "sociedade da informação"[1], uma dinâmica em que o fluxo constante de informação e conhecimento são recursos fundamentais e desempenham papéis centrais na orientação do comportamento social e político, em especial mediante o uso de sistemas informáticos e de ferramentas como a Internet, *WhatsApp*, *Facebook*, *Twitter* etc. A Internet e as tecnologias informáticas modificaram o paradigma das novas sociedades[2]: tudo está em constante (e rápida) mudança.

Apesar de significar um grande avanço para a sociedade em geral, a proliferação de sistemas informáticos e dispositivos eletrônicos e a rapidez e anonimato do ambiente digital[3] acabaram também por estimular o desenvolvimento de novas práticas delitivas[4]. O aproveitamento destes recursos não somente permitiu a origem de novas práticas criminosas, voltadas para o ambiente digital – os chamados *cibercrimes* –, como também viabilizou que crimes tradicionais ultrapassassem a barreira física e adentrassem a esfera virtual, tanto para a sua consumação quanto para auxiliar a sua prática, a exemplo dos crimes relacionados à pornografia infantil, à extorsão, ao tráfico de drogas e a violações de direito autoral. As novidades tecnológicas são cada vez mais assimiladas ao aprimoramento

1. VERVAELE, J. A. E. Surveillance and Criminal Investigation: Blurring of Thresholds and Boundaries in the Criminal Justice System?. In: GUTWIRTH, S.; LEENES, R.; HERT, P. D. (Ed.). *Reloading Data Protection*: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2014, p. 118-119.
2. CAIADO, Nuno. Vigilância electrónica e prova: estudo de um caso e algumas reflexões. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coords.). *Direito da Investigação Criminal e da Prova.* Coimbra: Almedina, 2014, p. 252.
3. O conceito de *ambiente digital* compreende os dados informáticos que são criados, processados, armazenados e que podem ser identificados em sistemas informáticos, podendo ser acessados de forma direta ou remota (RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital.* Coimbra: Almedina, 2017, p. 37; SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (Coord.). *Prueba y Proceso Penal* (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 150).
4. BRÁS, José. *Investigação criminal*: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 291.

de práticas ilícitas[5], a criminalidade também se adaptou e se moldou aos novos fluxos informacionais e comunicacionais, adotando formas mais organizadas, internacionalizadas e informatizadas.

No capítulo seguinte, verificaremos a necessidade de superação da deficiência apresentada pelos métodos de investigação tradicionais e analisaremos como o *software* de espionagem é capaz de superar os desafios decorrentes da evolução tecnológica. Em seguida, com o auxílio de diferentes exemplos doutrinários, estatísticos, legislativos e jurisprudenciais estrangeiros e brasileiros, analisaremos as peculiaridades inerentes ao este novo meio de obtenção de prova, mormente a sua lesividade a direitos fundamentais, e analisaremos a sua aplicabilidade e suas consequências jurídicas nos ordenamentos jurídicos alemão, italiano, francês, espanhol, português e brasileiro.

2. Equação do problema: da necessidade de superação da deficiência apresentada pelos meios de obtenção de prova tradicionais

A mudança para uma sociedade da informação, cada vez mais vinculada ao ciberespaço, apresenta novos desafios para os órgãos policiais, para as autoridades judiciais e para o sistema jurídico de cada país, especialmente quanto à obtenção de prova penal em ambiente digital. As diferentes possibilidades de obter, guardar e processar dados em sistemas informáticos desafiam o modo como as autoridades policiais e judiciais operam em matéria de investigação criminal[6], pois os métodos tradicionais de obtenção de prova mostram-se cada vez mais inadequados para a consecução de dados que não mais se encontram em um local físico, mas sim em um ambiente digital.

Atualmente, a prova digital não é unicamente relevante à investigação de cibercrimes[7], ela ganha cada vez mais destaque na averiguação de crimes cometidos no mundo *físico*. Informações digitais contidas em dispositivos eletrônicos, sistemas informáticos e redes de comunicação podem fornecer dados valiosos para as autoridades encarregadas pela investigação criminal, como a localização

5. MARTINS, A. Lourenço. Novas tecnologias, investigação criminal e o cidadão em vias de transparência. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017. V. II. p. 495-496.
6. VERVAELE, J. A. E. Op. cit., p. 118-119.
7. SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. Op. cit., p. 151.

de um suspeito no momento do crime, a comunicação estabelecida com coautores, a documentação de práticas criminosas ou informações sobre transações relacionadas a uma prática ilícita.[8]

A fim de frustrar a intrusão estatal, a detecção e o monitoramento de determinadas atividades em ambiente digital, foram desenvolvidas ferramentas denominadas *medidas antiforenses*, as quais consistem em técnicas e programas informáticos que ocultam a identidade do usuário e a informação transmitida ou armazenada em um sistema informático.[9] As medidas antiforenses são múltiplas[10], porém a que apresenta mais desafios à investigação criminal no ambiente digital é a criptografia[11], definida por MARCO GERCKE como uma "técnica que transforma um texto simples em um formato obscuro através da utilização de um algoritmo"[12]. Atualmente, os *softwares* destinados à encriptação de dados são múltiplos, de fácil instalação – com exemplares até mesmo gratuitos – e não possuem restrições quanto aos dados a serem codificados, podem ser utilizados para proteger todas as informações contidas no sistema, o tráfego de dados do dispositivo[13] (dados enviados e recebidos), e comunicações por VoIP[14]. Além

8. FORGÓ, Nikolaus; HAWELLEK, Christian; KNOKE, Friederike; STOKLAS, Jonathan. The Collection of Electronic Evidence in Germany: A Spotlight on Recent Legal Developments and Court Rulings. In: CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; FORGÓ, Nikolaus (Org.). *New Technology, Big Data and the Law.* Singapore: Springer Nature, 2017, p. 253.
9. CONLAN, Kevin; BAGGILI, Ibrahim; BREITINGER, Frank. Anti-forensics: Furthering digital forensic science through a new extended, granular taxonomy. *Digital Investigation*, Amsterdam, New York, v. 18 (Supplement), p. 566-575, 2016, p. 566.
10. São múltiplas as medidas antiforenses, sendo as mais comuns aquelas que permitem uma comunicação anônima no ambiente digital, como a ocultação do endereço MAC ou IP do dispositivo eletrônico utilizado, o uso de e-mails falsos e a ocultação, eliminação ou encriptação de dados digitais (GERCKE, Marco. *Understanding Cybercrime*: A Guide for Developing Countries. Geneva: International Telecommunication Union, 2011, p. 142-144).
11. CARRELL, Nathan E. Spying on the mob: *United States v. Scarfo* – a constitutional analysis. *Journal of Law, Technology & Policy*. Champaign, v. 2002, n. 1, p. 193-214, 2002., p. 195-197.
12. Tradução livre. No original: "[T]echnique of turning a plain text into an obscured format by using an algorithm" (GERCKE, Marco. Op. cit., p. 146).
13. GERCKE, Marco. Op. cit., 2011, p. 146.
14. De acordo com Steven Bellovin *et al.,* VoIP (*Voice over Internet Protocol*) é uma operação de comunicação por áudio que emula uma ligação telefônica tradicional através do protocolo de Internet (BELLOVIN, Steven; BLAZE, Matt; BRICKELL, Ernest; BROOKS,

da dificuldade em decifrar o documento devido à sua codificação, os conteúdos criptografados somente podem ser acessados através do fornecimento de uma senha específica, o que acaba por dificultar ainda mais a obtenção de dados potencialmente relevantes para a investigação de uma prática criminosa.

Além das medidas antiforenses, a própria infraestrutura das (novas) tecnologias de comunicação também se revelam como obstáculos à investigação criminal em ambiente digital. Sistemas de comunicação óptica, o uso de computação em nuvem e a conexão à Internet através de uma rede sem fios são apenas alguns exemplos de tecnologias que obstaculizam a atividade investigativa, pois impossibilitam o monitoramento constante do investigado em virtude do meio utilizado, da dificuldade em localizar o aparelho eletrônico monitorado ou ainda em razão da potencial múltipla e simultânea invasão de privacidade de virtualmente incontáveis pessoas (neste último caso, fazemos menção à conexão à Internet de modo *wireless* por meio de um *router*, em que diferentes indivíduos conectam-se a um único aparelho – *router* – para obter acesso à Internet, partilhando todos a mesma conexão e o mesmo IP).[15]

O ingresso na atual era digital da informação apresenta, portanto, entraves para os sistemas jurídicos de diferentes países em matéria de investigação criminal e produção probatória[16]. Diante da potencial relevância das informações contidas em sistemas informáticos e das dificuldades impostas à investigação criminal pelas medidas antiforenses e pela infraestrutura das tecnologias de informação e comunicação, demonstrou-se necessária a superação da deficiência apresentada pelos meios de obtenção de prova tradicionais, os quais não foram inicialmente previstos para alcançar informações contidas em sistemas informáticos.

Destarte, mostra-se necessário que os Estados ponderem sobre a eficácia dos meios de obtenção de prova à disposição em seu ordenamento jurídico e

---

Clinton; CERF, Vinton; DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan; PETERSON, Jon; TREICHLER, John. *Security Implications of Applying the Communications Assistance to Law Enforcement Act to Voice over IP*. Columbia: Columbia University Academic Commons, 2006. Disponível em: [https://doi.org/10.7916/D8VT1ZV7]. Acesso em: 23.11.2018, p. 2-3).

15. POOL, R. L. D.; CUSTERS, B. H. M. The Police Hack Back: Legitimacy, Necessity and Privacy Implications of The Next Step in Fighting Cybercrime. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Deventer, v. 25, n. 2, p. 123-144, 2017, p. 130.

16. MASON, Stephen. Towards a Global Law of Electronic Evidence? An Exploratory Essay. *Revista de Concorrência e Regulação,* Lisboa, A. VI, n. 23-24, p. 239-262, 2015, p. 239-240.

idealizem novos métodos capazes de ultrapassar os desafios erigidos pelas evoluções decorrentes da sociedade *mundializada* da informação, de modo a cumprir o seu dever de zelo pela segurança dos seus cidadãos, e, ao mesmo tempo, o dever de zelo pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos investigados.

Surgem, assim, em diferentes ordenamentos jurídicos[17], novos meios de obtenção de prova que visam se adequar à essa nova realidade, como é o caso do uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova. Não obstante, como será verificado, o seu uso depende de previsão legal por ter a capacidade de impactar de maneira profunda os direitos fundamentais do indivíduo investigado[18].

3. Métodos ocultos de investigação

É neste cenário de evolução tecnológica e científica, de assimilação de novas tecnologias por criminosos e de necessidade de criação de ferramentas eficazes para fins investigativos que ganham destaque os chamados *métodos ocultos de investigação*. Os métodos ocultos de investigação são métodos de obtenção de prova operados sem o conhecimento do indivíduo investigado[19], característica que – ao menos em teoria – garante mais eficácia à investigação criminal, dada a capacidade de obtenção de informações de difícil alcance por métodos tradicionais e também a possibilidade de recolher dados antes de sua ocultação ou destruição. Interceptações telefônicas, escutas ambientais, recurso a agentes infiltrados, localização por GPS e intromissão no correio eletrônico são alguns dos métodos ocultos de investigação mais conhecidos e utilizados hodiernamente.

17. Como nos ordenamentos jurídicos alemão, italiano, francês, espanhol e português, os quais serão abordados no presente estudo.

18. FORGÓ, Nikolaus *et al*. Op. cit., p. 253.

19. "[O]s métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam. Que, por causa disso, continuam a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma 'inocente', fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente auto-incriminatório ou incriminatório daqueles que com elas interagem ou comunicam. De forma simplificada e reducionista, os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas – normalmente o suspeito – a 'ditar' inconscientemente para o processo 'confissões' não esclarecidas nem livres" (ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no Verão passado", a reforma do código de processo penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 105-106).

Por serem *ocultos*, os métodos ocultos de investigação criminal suscitam problemas jurídicos no plano da legalidade e licitude, sobretudo em virtude das evidentes implicações nos direitos fundamentais do indivíduo investigado e de pessoas que com ele interajam. De fato, grande parte da discussão doutrinária relacionada à temática gravita em torno da legalidade destes métodos frente à restrição que provocam a direitos fundamentais como a intimidade da vida privada; inviolabilidade de domicílio, das telecomunicações e da correspondência; direito à imagem; direito à palavra escrita e falada; direito ao silêncio, entre outros.[20]

As restrições a direitos fundamentais somente podem operar mediante uma interpretação objetiva e sistemática da Constituição[21]. Uma lei restritiva somente encontrará conformidade constitucional se a eventual restrição for adequada e justificada ante a necessidade de proteção ou promoção de um interesse constitucional, na medida da necessidade em questão[22]. Em matéria de métodos de obtenção de prova é, evidentemente, imperiosa a obediência ao princípio da legalidade[23], especialmente quando se tratar de um método *oculto* de investigação. Destacamos, porém, que a mera previsão legal mostra-se exígua, é indispensável a *densidade suficiente* da norma, com a efetiva clareza e determinação *precisa*[24] do

20. Sobre restrições a direitos fundamentais provocadas por diferentes modalidades de métodos ocultos de investigação criminal, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 97-120, 128-152, 194-227, 237 e ss.; VELANI, Luigi Gino. Trojan horse, strumenti investigativi e diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 173–179, 2016, p. 175; CUNHA, Paulo de Sá e; CHASTRE, Leonor. L'utilizzo del captatore informatico "Trojan Horse" nella procedura penale portoghese. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 183–185, 2016, p. 183; ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no Verão…* cit., p. 106-107 e ss.; RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal* – Tomo II – Bruscamente… A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. Cascais: Rei dos Livros, 2010, p. 471-472; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 234.

21. MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 463.

22. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 287.

23. CAIRES, João Gouveia de. O registo de som e imagem e as escutas ambientais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coords.). *Direito da Investigação Criminal e da Prova.* Coimbra: Almedina, 2014, p. 275.

24. MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 468.

seu conteúdo, "no mais alto grau"[25]. Imperiosa a inexistência de lacunas legislativas a serem preenchidas pelo poder estatal[26], de modo a garantir a determinabilidade, a transparência dos processos, a previsibilidade da atuação do Estado e a criação de condições de confiança e fiabilidade nas autoridades de controle[27]. Destaca-se que quanto maior o potencial lesivo da lei restritiva, mais preciso e densificado deve ser o seu diploma legal[28]. E mais, além de a restrição dever se limitar ao estrito necessário para salvaguardar outros interesses constitucionais, ela deve atender ao princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, não podendo o seu âmbito de aplicação extrapolar para além daquele campo em que foi inicialmente considerado necessário[29].

O grande risco que podem provocar a direitos fundamentais confere aos métodos ocultos de investigação um caráter de *excepcionalidade*. Por se tratarem de medidas excepcionais, os métodos ocultos de investigação devem necessariamente estar previstos em lei que os regulamente com a maior precisão possível, que detalhe *como e em que casos* os direitos fundamentais do investigado podem ser flexibilizados em favor do interesse da Justiça[30], que especifique "o fim e os

25. QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais* – Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 260.

26. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 290-291.

27. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 124; QUEIROZ, Cristina. Op. cit., p. 260; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 289-290. ANDRADE, Manuel da Costa. "*Bruscamente no Verão*… cit., p. 112.

28. QUEIROZ, Cristina. Op. cit., p. 261.

29. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 470.

30. MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 190.

    Conforme ensina Figueiredo Dias, "Tanto o legislador, como o aplicador do processo penal têm de ter clara consciência de que, *sempre* que se alargue ou estreite a consistência de um direito fundamental processualmente relevante, estar-se-á inversamente a estreitar ou alargar a consistência de direitos fundamentais conflituantes, seja de direitos do próprio Estado, de instituições, de corporações ou das vítimas reais e potenciais, que atuam no processo penal ou sofrem, direta ou indiretamente, as suas consequências. Por isso, a correta solução de um questionado problema processual penal tem como suposto decisivo que o aplicador leve previamente a cabo uma operação de *ponderação das valorações conflituantes*, para se decidir em princípio em favor de valoração que deva reputar-se preferível, por dominante" (DIAS, Jorge de Figueiredo. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (Também à luz

limites da intromissão"[31] estatal, devendo esta regulamentação estar sempre em conformidade com a Constituição[32].

A mera previsão legal de um método oculto de obtenção de prova é insuficiente, sendo também necessária a demonstração da necessidade de sua aplicação (como a elevada dificuldade de obtenção da prova ou o esgotamento de outros métodos de obtenção de prova) e de um juízo de proporcionalidade entre os interesses da Justiça e a restrição de direitos individuais[33], de modo a limitar a sua aplicação somente quando estritamente necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses previstos na Constituição, respeitando o núcleo inviolável dos direitos individuais em conflito e o princípio da subsidiariedade.[34] A autorização de tais medidas restritivas dependerá do mesmo juízo de proporcionalidade, devendo ser profundamente enraizada e confirmada a necessidade e a adequação do método a ser empregado[35]. Uma vez que a finalidade de busca da verdade em processo penal deve sempre ser constitucionalmente

---

da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, A. 146, n. 4000, p. 3-16, 2016, p. 9 – destaques no original).

31. ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no Verão*… cit., p. 113.

32. A restrição a direitos fundamentais, conforme observa Lenio Luiz Streck, depende da "obediência a um somatório de requisitos estabelecidos explicitamente na lei e na Constituição, além da observância dos princípios (explícitos e implícitos) da Lei Maior" (STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70).

33. MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito*… cit., p. 188 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no verão*… cit., p. 105 e ss; ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 1. ed. (reimpr.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 117-132, 209 e ss.; RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal*… cit., *passim;* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 3. ed., ver., actual. e aument. Coimbra: Edições Almedina, 2010. Tomo I. p. 448 e ss; PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 66.

34. "Só são aceitáveis como medidas excecionais de investigação criminal, cuja possibilidade de utilização precisa de estar coberta por uma previsão legal, além de que carece sempre da demonstração de que essa medida é necessária e proporcional no caso concreto" (MENDES, Paulo de Sousa. O processo penal entre a eficácia e as garantias. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coords.). *Direito da Investigação Criminal e da Prova*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 77).

35. CUNHA, Paulo de Sá e; CHASTRE, Leonor. Op. cit., p. 184.

orientada[36], somente a conformidade constitucional dos procedimentos penais[37] permite que ele seja conduzido por meios e formas processualmente válidas.

Em louvável síntese, Manuel Monteiro Guedes Valente ensina que os meios ocultos de obtenção de prova, em especial aqueles relativos ao "mundo digital", representam uma "elevada *danosidade social e lesividade* na restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais"[38] e por isso impõem ao legislador o dever de observância de princípios processuais, constitucionais e de política criminal: reserva de lei; segurança jurídica; determinabilidade; certeza; catálogo; dignidade da pessoa humana; legitimidade dos meios e eficácia dos fins; legalidade material ampla; culpabilidade; entre outros[39].

A lei restritiva deve ser densa suficiente para que haja a menor restrição possível a direitos fundamentais, tão mais densa quanto mais intrusiva a direitos individuais for a medida. Estas são características fundamentais no que diz respeito à utilização de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova, pois se trata de um método capaz de restringir uma ampla gama de direitos, liberdades e garantias fundamentais.

4. O *SOFTWARE* DE ESPIONAGEM COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA PENAL

Diante da pretensão de uma análise jurídica que pressupõe a ciência de conhecimentos específicos da área da informática, importante delinear as noções gerais e os conceitos técnicos aplicáveis a este ramo, os quais permitirão a compreensão da análise proposta, de modo a evitar a subsunção a outros meios de obtenção de prova.

4.1. O software *de espionagem*

Por "*software* de espionagem" compreende-se a categoria de programas informáticos desenvolvidos com a finalidade de extração de informações contidas

36. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 5. Esse é também o entendimento de GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, a. 2, n. 3, p. 397–441, 1992, p. 422.
37. CUNHA, Paulo de Sá e; CHASTRE, Leonor. Op. cit., p. 184.
38. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. O Reforço dos Princípios Constitucionais na Obtenção de Prova no Mundo Digital. *Corpus Delicti – Revista de Direito de Polícia Judiciária,* Brasília, v. 2, n. 3, p. 11-25, 2018, p. 15.
39. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *O Reforço dos*… cit., p. 15-23.

em um dispositivo eletrônico ou sistema informático sem o consentimento e o conhecimento do utilizador quanto à sua instalação e execução.[40] Embora existam diferentes espécies de *softwares* de espionagem[41] – cada qual com sua(s)

40. Cf. MARSHALL, Angus. *Digital Forensics* – Digital Evidence in Criminal Investigation. Chichester: Wiley-Blackwell, 2008, p. 66; BOLDT, Martin. *Privacy-Invasive Software* – Exploring Effects and Countermeasure, 2007. 138 f. Monografia de Licenciatura (Licenciatura em Ciência e Tecnologia da Computação) – Department of Systems and Software Engineering da Blekinge Institute of Technology, Karlskrona, 2007. Disponível em: [www.diva-portal.org/smash/get/diva2:837092/F ULLTEXT01.pdf]. Acesso em: 23.11.2018, p. 10; FILIOL, Eric. Computer viruses: from theory to application. Paris: Springer, 2005, p. 83.

41. Em que pese a doutrina tenha o costume de se referir somente aos cavalos de Troia, quando em abordagem a esta matéria, outras modalidades de *software* de espionagem também são úteis à investigação criminal, como os vírus, os *worms,* as *logic bombs,* os *rootkits,* os *keyloggers* e os *spywares*.

    O cavalo de Troia é uma espécie de *malware* que age da mesma maneira do estratagema homônimo utilizado pelos gregos durante a Guerra de Troia: engana o usuário-alvo ao disfarçar-se como se outro programa fosse (normalmente um anexo de mensagens de correio eletrônico ou então partes de páginas da *web* que contenham códigos mal-intencionados), a fim de ser instalado em um determinado dispositivo e então executar uma função oculta (CLOUGH, Jonathan. *Principles of Cybercrime.* Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 34; RAMALHO, David Silva. O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal. *Revista de Concorrência e Regulação,* Lisboa, A. IV, n. 16, p. 195-243, 2013, p. 202-203).

    Vírus são *malwares* programados para se integrar a outros programas instalados no sistema e assim se replicar de forma autônoma entre múltiplos computadores, com objetivos que variam entre a corrupção, alteração ou eliminação de dados e ficheiros do sistema, a instalação de outros *malwares* ou ainda a propagação ou execução de mais códigos infeciosos. Necessitam da atividade humana para a sua propagação (CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 33; BOLDT, Martin. Op. cit., p. 10; RAMALHO, David Silva. *O uso de*… cit., p. 205).

    Os *worms* são semelhantes aos vírus, ambos são programas que infectam um computador ao serem copiados e, então, executam uma função pré-programada. Os *worms*, entretanto, prescindem da atividade humana ou da infecção de outro programa para a sua propagação, já que se tratam de *softwares* autônomos autorreplicantes que se propagam por meios como a Internet, redes de telefonia móvel (GSM/GPRS/UMTS/HSDPA/LTE) e Bluetooth (GERCKE, Marco. Op. cit., p. 55; RAMALHO, David Silva. *O uso de*… cit., p. 205; CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 33).

    Por *logic bombs*, subentende-se pedaços de código inseridos em outros programas informáticos que ativam uma função maliciosa quando certos requisitos são cumpridos ou quando uma ação específica é executada (o chamado *trigger*, ou gatilho, em português).

função(ões) própria(s), por vezes desempenhando mais de uma função –, todos os *softwares* de espionagem compartilham a característica de ocultação de sua instalação e funcionamento, sendo normalmente – ao menos em um momento inicial – executados a partir de outro programa que seja útil ou inofensivo ao usuário[42].

Por se tratarem de programas informáticos de instalação sub-reptícia remota (através da Internet, mediante o anexo a um *e-mail*, por exemplo) ou física (mediante a inserção de um suporte físico como *pen drive*, discos externos, DVDs, entre outros)[43], a doutrina costumeiramente denomina-os por "cavalos de Troia"[44] ou *malware* (contração do termo *malicious software*)[45]. Optamos, contudo, pela terminologia "*software* de espionagem", em razão de (1) nem todo *malware* ser destinado à extração de informações digitais (alguns destinam-se a finalidades

As *logic bombs* não são autorreplicantes, servem para iniciar a ação danosa no dispositivo infectado, podendo esta variar entre extração ou exclusão de informações e criptografia de dados (FILIOL, Eric. Op. cit., p. 99-100).

Rootkits são *malwares* desenvolvidos para obter acesso privilegiado a um sistema informático protegido e posteriormente possibilitar a instalação oculta de outras modalidades de *malwares*, mascarando-os no sistema e prevenindo a sua detecção por *softwares* antivírus (CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 120; RAMALHO, David Silva. *O uso de*… cit., p. 204).

Keylogger é um tipo de *software* malicioso desenvolvido para capturar todas as teclas registradas pelo utilizador do dispositivo, independentemente em qual interface o indivíduo esteja utilizando o teclado, gravando, assim, palavras-passe, conversas, endereços etc. (CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 36).

Por fim, os *spywares* são *malwares* desenvolvidos para coletar informações e monitorar as atividades do usuário do dispositivo infectado, usualmente para fins comerciais. Os *spywares* também podem ser desenvolvidos para provocar o surgimento de anúncios *pop-up* indesejados, principalmente quando o usuário-alvo estiver a navegar na Internet. Podem também ser projetados para agregar outro *malware* à sua função de monitoramento, normalmente *keyloggers*. (CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 32 e 36; FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. Cybercrime. FBI.gov, Washington, [S.d.]. Disponível em: [www.fbi.gov/investigate/cyber]. Acesso em: 23.11.2018).

Apesar da semelhança entre os termos, os *spywares* não devem ser confundidos com o que aqui denominamos de *softwares* de espionagem.

42. VELANI, Luigi Gino. Op. cit., p. 174.
43. RAMALHO, David Silva. *O uso de*… cit., p. 205-207; CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 32.
44. O que pode ser alvo de confusão, já que os cavalos de Troia são apenas uma modalidade de *software* de espionagem, conforme verificado anteriormente (*vide* nota 41).
45. CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 33; BOLDT, Martin. Op. cit., p. 10.

comerciais como a reprodução de propagandas *pop-up*[46]); (2) os cavalos de Troia serem apenas uma das múltiplas modalidades de *software* de espionagem existentes; e (3) evitar a presunção de que todo *software* de espionagem é necessariamente ilegal, inadequado, errado ou *mal,* visto que, uma vez devidamente previsto no ordenamento jurídico e corretamente aplicado, revela-se uma valiosa ferramenta para fins investigativos (sendo, por vezes, inclusive adotado o termo *policeware*[47], o qual de certa forma expressa essa neutralidade e valia para a atividade investigativa).

As informações que podem ser obtidas por um *software* de espionagem são quase ilimitadas: senhas; arquivos (fotografias, áudios, documentos de texto, *logs* de atividade do sistema, entre outros); localização do usuário (através da tecnologia de GPS do aparelho, por exemplo); comunicações por áudio, vídeo e mensagem de texto; monitoramento em tempo real do usuário (através da captura de sons pelo microfone, imagens pela câmera e localização física pela tecnologia de GPS, sempre que o dispositivo possuir tais recursos); monitoramento em tempo real do conteúdo a ser digitado; monitoramento em tempo real de todas as atividades exercidas no aparelho; e até mesmo informações biométricas do usuário guardadas no sistema (impressão digital, reconhecimento facial ou identificação pela íris ou retina, sempre que o sistema possuir tais funções). Determinadas categorias de *softwares* de espionagem permitem, inclusive, que sejam efetuadas alterações no sistema infectado, viabilizando a corrupção de dados e a abertura de portas de entrada para a instalação de outras modalidades de programas espiões[48]. Apesar de os dados obtidos poderem ser salvos mediante qualquer tipo de suporte físico capaz de armazenar a informação, o seu acesso prescinde de uma recolha física, a consulta ou obtenção dos dados monitorados pode ser efetuada remotamente (através da Internet, por exemplo).

Em matéria de investigação criminal, o uso de *software* de espionagem pode permitir, em razão de sua natureza, o acompanhamento da prática de condutas

46. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. Op. cit.

47. LIPOVSKY, Robert. German Policeware: Use the Farce…er, Force…Luke. welivesecurity. [S. l.], 10 out. 2011. Disponível em: [www.welivesecurity.com/2011/10/10/german-policeware-use-the-farce-er-force-luke]. Acesso em: 11.11.2018; COMPUTER HOPE. Policeware. Computer Hope. Salt Lake City, 15 set. 2017. Disponível em: [www.computerhope.com/jargon/p/policewa.htm]. Acesso em: 11.11. 2018; e REIMER, Jeremy. The tricky issue of spyware with a badge: meet 'policeware'. ARS Technica, New York, 20 jun. 2007. Disponível em: [https://arstechnica.com/information-technology/2007/07/will-security-firms-avoid-detecting-government-spyware]. Acesso em: 11.11.2018.

48. FILIOL, Eric. Op. cit., p. 83; CLOUGH, Jonathan. Op. cit., p. 32 e 34.

ilícitas em tempo real. Não surpreende, portanto, que os *softwares* de espionagem sejam ferramentas valiosas a nível investigativo, pois permitem o acesso a uma ampla gama de informações, inclusive em tempo real, previamente a qualquer tentativa de ocultação ou eliminação dos dados contidos no dispositivo monitorado.

4.2. Natureza jurídica e restrições a direitos fundamentais

Face ao caráter sub-reptício de sua instalação e de seu funcionamento, o *software* de espionagem é classificado como um método oculto de investigação criminal. Apesar de guardar semelhanças com outros meios de obtenção de prova[49], mister ressaltar três peculiaridades que distinguem o *software* de espionagem dos demais métodos ocultos de investigação: (1) a possibilidade de instalação remota (embora possa também ser introduzido no sistema informático fisicamente); (2) o acesso à informação antes de sua destruição ou encriptação; e (3) a possibilidade de exercer, inclusive em cumulação, diferentes funções.

Contrário às limitações legais decorrentes do sistema jurídico do local onde está sendo efetuada a investigação, o limite material do *software* de espionagem é virtualmente ilimitado e depende apenas das finalidades para as quais foi programado e da estrutura física e informática do dispositivo monitorado. Trata-se de uma poderosa ferramenta de investigação que permite o acesso a uma ampla gama de informações sobre a vida do(s) usuário(s) do aparelho vigiado e também de terceiros que eventualmente se relacionem com o indivíduo investigado ou meramente manuseiem o dispositivo interceptado.

Evidentemente, o alcance deste meio de obtenção de prova também significa uma maior capacidade de ingerência do Estado na vida privada do indivíduo. Visto que a utilização de instrumentos informáticos se torna cada vez mais uma parte fundamental da vida das pessoas[50], é natural que a atenção investigativa seja voltada cada vez mais para as informações neles contidas. O poder de alcance em matéria investigativa, aliado à sua forma oculta de operação, torna o *software* de espionagem possivelmente o mais grave meio de obtenção de prova da atualidade, o que não o isenta, muito pelo contrário, de problemas de elevada complexidade acerca de sua regulamentação e de sua conformidade com valores fundamentais protegidos tanto a nível internacional quanto interno. Estamos perante

49. Em especial com as interceptações telefônicas e ambientais, em virtude das funções que o *software* de espionagem pode executar.

50. VELANI, Luigi Gino. Op. cit., p. 174.

um meio de obtenção de prova de singular força intrusiva, com profundos impactos nos direitos fundamentais do indivíduo e, consequentemente, nas garantias conferidas ao sujeito submetido à investigação criminal e ao processo penal.

A partir do momento em que o programa espião começa a capturar as informações contidas no dispositivo-alvo, aos investigadores abre-se a oportunidade de entrar em contato com plúrimas dimensões da vida do investigado: questões como seu estilo de vida, rotina, hábitos (culturais, religiosos etc.), lugares frequentados, ideologias políticas, orientação sexual, movimentações financeiras, interações com seus familiares, vida amorosa, práticas comerciais e sigilos profissionais.[51] Em razão da gravidade da medida, é inquestionável que o uso de *software* de espionagem para fins de obtenção de prova gera conflitos entre diferentes bens jurídicos e direitos fundamentais: segurança em processo penal; liberdade de expressão e informação; o direito à imagem; o direito à privacidade; o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência; o direito de autodeterminação e comunicação; o direito à palavra escrita e falada; o sigilo profissional; a integridade dos sistemas técnico-informacionais; e a autodeterminação informacional. Suscitam-se conflitos também no plano processual, com impactos no direito a recusar testemunho ou depoimento; no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*; e no direito ao silêncio.[52]

Acerta Juan Carlos Ortiz Pradillo ao afirmar que a utilização de *softwares* de espionagem ("programas informáticos denominados «espías» o «troyanos»"[53], como designa o autor) depende "de una *lex scripta, lex stricta y lex praevia*"[54], não sendo possível o emprego de qualquer método de investigação sem uma mínima base legal que regule as suas garantias, requisitos, alcances e limites, sob a escusa de ser incapaz de neutralizar os avanços da criminalidade no campo digital[55]. O autor repudia a aplicação analógica do *software* de espionagem com base em recortes de outros métodos de obtenção de prova e ainda atenta à necessidade de utilização deste método, uma vez devidamente regulamentado, da maneira mais racional possível, devido ao seu elevado potencial lesivo[56].

51. VELANI, Luigi Gino. Op. cit., p. 175.
52. *Vide* nota 20.
53. PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. La investigación del delito en la era digital: Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación. *Estudios de Progreso – Fundación Alternativas*, Madrid, n. 74, p. 1-60, 2013, p. 35.
54. Ibidem (grifos no original).
55. Idem, p. 35-36.
56. Idem, p. 36.

Em virtude de sua capacidade lesiva – superior às interceptações telefônicas ou escutas ambientais –, classificamos o *software* de espionagem como um método oculto *excepcionalíssimo* de investigação. Por esta razão, frisa-se a necessidade de especial atenção legislativa no ato de sua regulamentação, devendo-se observar os princípios da proporcionalidade, necessidade, adequação e subsidiariedade.

Ao nosso ver, é, em primeiro lugar, papel do legislador ponderar o âmbito de aplicação da medida, principalmente os delitos aos quais medida pode ser aplicável e o alcance do instrumento. Tratando-se de um método de investigação especialmente intrusivo, mostra-se também imprescindível a definição dos locais em que o *software* pode ser ativado; as funções a serem executadas; disposições sobre como deve ser feita a documentação de toda a aplicação da medida e dos resultados obtidos; bem como disposições sobre a preservação dos dados angariados, de modo a permitir à defesa o exercício do contraditório no momento oportuno e também verificar a existência de restrição infundada a direitos fundamentais do investigado. Mostra-se também necessária a previsão de controle da aplicação da medida por profissionais desvinculados das autoridades responsáveis por conduzir a investigação, de modo a permitir que sejam inspecionadas e removidas informações sobre o núcleo da vida privada do investigado.

Em um segundo momento, a exemplo dos ordenamentos estrangeiros que serão estudados em seguida, acreditamos ser imprescindível o requerimento do uso deste método de obtenção de prova pela autoridade responsável pela investigação criminal, requerimento que deve ser posteriormente analisado pela autoridade judicial competente, a qual deliberará – sempre fundamentadamente – sobre a aplicação da medida.

Por significar um avanço em matéria de investigação criminal e em virtude dos conflitos que o seu uso gera entre os interesses da Justiça e direitos individuais, diferentes países vêm implementando – com cautela e com a devida densificação normativa – o uso de *software* de espionagem como método de obtenção de prova em seus ordenamentos jurídicos, de modo a permitir a sua aplicação da maneira menos intrusiva possível a direitos e liberdades fundamentais.

5. O uso de *software* de espionagem para fins investigativos no estrangeiro

Embora não seja o objetivo da presente pesquisa realizar um estudo de direito comparado, imprescindível examinarmos exemplos do uso de *software* de espionagem como método de obtenção de prova penal em sistemas jurídicos

estrangeiros para o correto enquadramento e compreensão da problemática aqui abordada, exemplos que além de expor as peculiaridades jurídicas deste instrumento também permitirão que analisemos a sua aplicabilidade no processo penal brasileiro.

5.1. O Bundestrojaner *e as pronúncias do Tribunal Constitucional Alemão quanto ao uso de* softwares *de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico alemão*

Talvez o exemplo mais paradigmático de implementação de uso de *software* de espionagem para fins de investigação criminal seja o exemplo alemão.[57]

O sistema jurídico alemão possui uma distinção entre as categorias de medidas que podem ser tomadas pelos órgãos de polícia e autoridades judiciais, as quais são divididas de acordo com seu propósito: medidas *preventivas* e medidas *investigativas*. As medidas *preventivas* dizem respeito às ações adotadas com a finalidade de evitar perigos e prevenir ameaças (como prevenir a prática de um crime ou a sua continuidade). Por sua vez, as medidas *investigativas* são aquelas referentes à investigação criminal *post factum* – ou seja, medidas praticadas após a consumação de um delito –, não mais se preocupando com a sua prevenção, mas sim com a coleta de provas suficientes capazes de fundamentar uma ação penal. As medidas investigativas requerem, no mínimo, as mesmas garantias e salvaguardas das medidas preventivas, porém, usualmente, reclamam garantias adicionais ou o preenchimento de requisitos mais estritos para a sua aplicação. Os requisitos e garantias implementados na lei para medidas preventivas servem, portanto, como requisitos mínimos para o estabelecimento de medidas investigativas, como se fossem um ponto de partida para a implementação destas.[58]

A legislação alemã mais relevante no contexto das tecnologias digitais é a *Bundeskriminalamtgesetz* ("BKAG"), que conta com diferentes disposições acerca de medidas preventivas que podem ser executadas pela agência federal de investigações alemã (*Bundeskriminalamt*, "BKA"), principalmente na área de combate ao terrorismo. Entre outras disposições, a BKAG prevê a utilização de tecnologias

57. Para mais informações sobre o *software* de espionagem para fins investigativos na Alemanha, cf. FORGÓ, Nikolaus; HAWELLEK, Christian; KNOKE, Friederike; STOKLAS, Jonathan. The Collection of Electronic Evidence in Germany: A Spotlight on Recent Legal Developments and Court Rulings. In: CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; FORGÓ, Nikolaus (Org.). *New Technology, Big Data and the Law. Singapore*: Springer Nature, 2017, p. 251–279.

58. FORGÓ, Nikolaus *et al*. Op. cit., p. 256-258.

avançadas para a infiltração em sistemas informáticos e para a interceptação de telecomunicações previamente a tentativas de encriptação, através do uso de *softwares* ocultos no sistema a ser monitorado (em seu § 49, o que corresponde ao § 20k da antiga versão da BKAG). Já as medidas investigativas são regidas pelo Código de Processo Penal alemão (*Strafprozessordnung*, "StPO"), o qual, até o presente momento, não prevê a possibilidade de utilização do *software* de espionagem para fins investigativos, submetendo este instrumento ao regime das interceptações (§ 100 StPO).[59]

5.1.1. A decisão de 31 de janeiro de 2007 do BGH

Embora não tão célebre quanto as decisões posteriormente proferidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 31 de janeiro de 2007 o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*, "BGH") proferiu a primeira decisão de uma Corte Superior alemã sobre medidas investigativas de infiltração em sistemas informáticos[60]. Apesar de a problemática suscitada à Corte não tratar especificamente sobre o uso de *software* de espionagem, mas sim de uma espécie de busca *online*[61], o entendimento do Tribunal mostra-se relevante para o presente estudo em razão de o meio empregado ter sido considerado ilegítimo (1) por ausência de previsão legal e (2) por não se enquadrar no regime de buscas previsto para o mundo físico (§ 102 StPO), visto que o referido dispositivo não viabilizava buscas efetuadas de maneira oculta. Na mesma decisão, o BGH também reconheceu que o modo oculto utilizado na busca a tornava mais intrusiva que uma busca regular, sendo ilegítima a concatenação de elementos de bases legais diversas para proceder à viabilização de uma nova medida não estabelecida no código de processo penal.[62]

5.1.2. A decisão de 27 de fevereiro de 2008 do BverfG

Suspeita-se que as primeiras tentativas de utilização de *softwares* de espionagem para fins investigativos na Alemanha remontam a meados de 2006, quando

59. Idem, p. 259.

60. StB 18/06, 31. Januar 2007. Disponível em: [http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2007&Sort=3&anz=16&pos=0&nr=38779&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf]. Acesso em: 21.11.2018.

61. Espécie de intrusão em tempo real no sistema monitorado, ou então em sistemas que contenham informações de interesse para a investigação criminal, sem necessidade, em regra, de instalação de programa para invadir o sistema investigado.

62. FORGÓ, Nikolaus *et al*. Op. cit., p. 261-262.

a instalação de um cavalo de Troia foi requisitada judicialmente por um Procurador da República para fins de investigação de condutas relacionadas com terrorismo.[63] Esta tentativa pioneira restou frustrada. Pouco tempo depois, em 20 de dezembro de 2006, o monitoramento secreto remoto mediante o uso de programa espião foi viabilizado por uma alteração na Lei de Proteção da Constituição da Renânia do Norte-Vestfália, que possibilitou a espionagem, monitoramento e controle do sistema informático visado, desde que o programa fosse limitado à colheita e verificação de informações em casos de suspeita de ameaça à livre ordem democrática fundamental ou à continuada existência ou segurança da Federação[64].

O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, "BVerfG") foi incitado a se pronunciar acerca da constitucionalidade da alteração da referida lei e do uso de *softwares* de espionagem como meio de obtenção de prova penal, proferindo julgamento em 27 de fevereiro de 2008[65]. Em sua decisão, o Tribunal Constitucional entendeu que a alteração legislativa violou o direito fundamental ao sigilo das telecomunicações previsto no artigo 10.º, n. 2, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, sob a justificativa de que a proteção conferida pelo artigo 10.º também se estende a telecomunicações que utilizem sistemas de tecnologia da informação conectados à Internet. Entretanto, a Corte afirmou que o referido direito fundamental visaria proteger o sigilo frente à obtenção de informações de telecomunicações por terceiros, enquanto o sigilo das telecomunicações entre partes *in personam* não estaria no âmbito de proteção daquele direito fundamental.

Na mesma ocasião, o Tribunal Constitucional reconheceu que o uso de tecnologias informáticas é crucial para o desenvolvimento do indivíduo e que o legislador alemão não teria como prever a criação destas novas tecnologias e a sua adoção em massa pela população, razões que revelaram aos julgadores a necessidade de proteção constitucional da integridade do sistema informático, dos dados armazenados e transmitidos. Foi então originado um *novo direito fundamental*: a *confidencialidade e integridade de sistemas informáticos*. O Tribunal Constitucional entendeu que este novo direito fundamental decorre dos direitos à personalidade e à dignidade da pessoa humana e tem como finalidade proteger o interesse

63. RAMALHO, David Silva. *O uso de*… cit., p. 216-217.

64. Idem, p. 217-218.

65. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07 – Rn. (1-333). Disponível em: [www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html]. Acesso em: 21.11.2018.

do usuário em garantir que os dados criados, processados e armazenados pelo sistema informático acobertados pelo seu âmbito de proteção restassem confidenciais. A Corte também decidiu que este direito fundamental não é ilimitado, podendo ser flexibilizado por razões justificadas de prevenção ou para investigações criminais e, por fim, entendeu que ao se comunicar via Internet – fornecendo, assim, voluntariamente dados ou comunicações aos provedores de acesso à Internet –, o indivíduo permite que tais dados sejam analisados e não pode confiar que eles não sejam monitorados. Nesse sentido, o Tribunal entendeu que as autoridades responsáveis pela investigação estavam autorizadas a empregar medidas investigativas em ambiente digital desde que as informações estivessem disponíveis publicamente.

Por fim, restou assentado que o uso de *software* de espionagem para fins investigativos – do modo como regulamentado até então no ordenamento jurídico alemão – violava direitos e princípios fundamentais, em especial o direito geral à personalidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da proporcionalidade e a falta de salvaguardas suficientes para proteger a área central da vida privada. Reconheceu-se a inconstitucionalidade do dispositivo introduzido na Lei de Proteção da Constituição da Renânia do Norte-Vestfália e foram estabelecidas diretrizes constitucionalmente orientadas para uma futura regulamentação do uso de *softwares* de espionagem em investigações criminais (com especial destaque para a necessidade de assegurar que os dados colhidos referentes ao núcleo da vida privada fossem descartados). A decisão representou um marco no direito alemão e foi considerada um avanço[66] por originar um novo direito fundamental (até aquele momento, o último julgamento que havia dado origem a um novo direito fundamental fora proferido em 1983, ocasião em que foi identificado e reconhecido o direito à autodeterminação informativa) e pelo fato de o Tribunal Constitucional ajustar a realidade jurídica à realidade técnica ao ter em consideração os desenvolvimentos tecnológicos e os seus impactos na sociedade.

5.1.3. As alterações legislativas à BKAG decorrentes da decisão de 27 de fevereiro de 2008 do BVerfG

Seguindo as orientações oriundas da decisão de 27 de fevereiro de 2008 do BVerfG, em 25 de dezembro de 2008 a *Bundeskriminalamtgesetz* foi atualizada e, entre outras alterações, introduziu-se no ordenamento jurídico alemão a possibilidade de uso de *softwares* de espionagem para fins de prevenção e investigação

66. FORGÓ, Nikolaus *et al*. Op. cit., p. 269.

de crimes relacionados ao terrorismo[67]. Na versão de 2008, em seu § 20k e seguintes, a lei estabelecia os parâmetros para o funcionamento do *software*, instrumento restrito a casos excepcionais: em linhas gerais, além de depender de autorização judicial, deveria estar presente algum perigo concreto para um interesse legal, como ameaças à integridade física, vida ou liberdade de um ou mais indivíduos ou então graves ameaças ao Estado alemão.

Em outubro de 2011, o grupo ativista *Chaos Computer Club* (CCC) divulgou documentos comprovando o uso de um *software* espião pelos órgãos de polícia criminal alemães em investigações em ambiente digital, uma espécie de cavalo de Troia cumulado com outras funções, o qual restou conhecido como *Bundestrojaner*[68]. O programa, suspeito de ter sido utilizado antes mesmo da decisão de fevereiro de 2008, era uma verdadeira amálgama de *malwares*, pois permitia aos investigadores não somente monitorar a comunicação eletrônica enviada e recebida pelo dispositivo investigado como também efetuar capturas de tela, examinar, explorar e até mesmo manipular programas e dados digitais.[69] Por estar em desconformidade às orientações do Tribunal Constitucional e ao ordenamento jurídico alemão, o *Bundestrojaner* teve de ser reformulado e o seu desenvolvimento somente foi concluído em fevereiro de 2016.

5.1.4. A decisão de 20 de abril de 2016 do Primeiro Senado do BVerfG

Após a regulamentação do uso de programa espião como meio de obtenção de prova e da revisão de alguns de seus preceitos normativos, foi a vez da BKAG ser alvo de críticas e ações judiciais questionando a sua constitucionalidade. O Primeiro Senado da Corte Constitucional combinou as referidas ações e as julgou em 20 de abril de 2016[70], ocasião em que, entre outras deliberações, decidiu sobre a compatibilidade do novo instrumento de investigação com os direitos

67. FORGÓ, Nikolaus *et al*. Op. cit., p. 269; RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de*… cit., p. 329.

68. CHAOS COMPUTER CLUB. Chaos Computer Club analyzes government malware. Chaos Computer Club, [S.l.], 08 out. 2011. Disponível em: [https://ccc.de/en/updates/2011/staatstrojaner]. Acesso em: 23.11.2018; RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de*… cit., p. 329.

69. WEBER, Rolf H.; HEINRICH, Ulrike I. *Anonymization*. London, Heidelberg, New York, Dordrecht: Springer, 2012, p. 60-62.

70. BVerfG, Judgment of the First Senate of 20 April 2016 – 1 BvR 966/09 – paras. (1-360). Disponível em: [www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609en.html]. Acesso em: 21.11.2018.

fundamentais (1) à autodeterminação informativa; (2) à confidencialidade e integridade de sistemas informáticos; (3) à inviolabilidade do domicílio e (4) ao sigilo das telecomunicações.

Na decisão, o Tribunal observou que, em muitos aspectos, as alterações legislativas que dizem respeito ao poder de investigação da agência federal de investigações alemã (BKA) não respeitaram o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito). Em razão dos poderes conferidos à BKA possibilitarem uma grave interferência na privacidade do indivíduo investigado, capazes de afetar uma ampla gama de direitos fundamentais, eles deveriam estar submetidos aos seguintes critérios: (1) limitação à proteção ou reforço de um direito ou interesse legal substancial; (2) exigência de que a ameaça a esse direito ou interesse seja suficientemente previsível; (3) extensão a terceiros no entorno da pessoa investigada somente sob determinadas e limitadas circunstâncias; (4) exigência, na maior parte dos casos, de regras e precauções específicas para a proteção do núcleo da vida privada, bem como das pessoas sujeitas a sigilo profissional; (5) garantia da transparência, da proteção jurídica individual e do controle de supervisão e (6) dever de apagar os dados obtidos.

Na mesma ocasião, o Tribunal também decidiu que as disposições que conferem poderes à BKA para executar medidas de espionagem devem respeitar os princípios da reserva da lei e da segurança jurídica. O acesso aos sistemas informáticos foi considerado pelo Tribunal Constitucional Alemão uma das mais sérias e graves interferências à privacidade. O BVerfG salientou que a lei deve ser suficientemente clara para permitir que os cidadãos possam prever o modo e a possibilidade de ingerências em seus direitos, além de servir para limitar os poderes das próprias autoridades responsáveis pela investigação e permitir um controle judicial eficaz. Tais princípios devem ser estritamente observados pela BKA, visto que o caráter oculto do meio de investigação impossibilita o escrutínio pelo investigado sobre a legalidade da medida e do modo como está sendo executada pelo(s) investigador(es).

Principalmente por essas razões, o BVerfG decidiu que as disposições contidas no § 20k da BKAG referentes às precauções quanto à proteção ao núcleo da vida privada do investigado não estavam em conformidade com os direitos fundamentais à autodeterminação informacional e ao sigilo das telecomunicações, razão pela qual declarou a sua inconstitucionalidade. Determinou-se a revisão da legislação até 30 de junho de 2018 e, enquanto isso, a aplicação da medida deveria ser realizada em conformidade com a Lei Fundamental, conforme decidido pelo BVerfG no julgamento de 20 de abril de 2016.

Quanto às precauções em relação à proteção do núcleo da vida privada, a Corte decidiu e orientou que o conteúdo dos dados obtidos através da espionagem em sistemas informáticos deve ser verificado para que possíveis informações sobre o núcleo da vida privada sejam inspecionadas e removidas, preferencialmente por profissionais independentes da BKA (não envolvidos com a investigação e com a tomada de decisões). O BVerfG contestou o prazo de armazenamento dos protocolos que documentavam a exclusão dos dados, contidos no § 20k (7), 8, da BKAG (que estipulam o dever de guardar os referidos protocolos até, no máximo, o fim do ano subsequente). De acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, esta disposição não atendia ao requisito constitucional de protocolar a exclusão de uma forma que viabilize um controle posterior pelo(s) investigado(s).

Em suma, no julgamento de 20 de abril de 2016, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu que todos os poderes investigativos e de vigilância contestados nas ações que questionaram a constitucionalidade das regulamentações da BKAG careciam de disposições suplementares que assegurassem a sua proporcionalidade, suprimindo, de certo modo, a tentativa de expansão destes meios de investigação.

As medidas investigativas requerem salvaguardas e garantias semelhantes ou superiores às aplicáveis às medidas preventivas. O monitoramento e a busca de dados em ambiente digital não estão vedados às autoridades responsáveis pela investigação criminal, especialmente quando os dados possam ser obtidos publicamente. Quando a informação for de acesso público, a utilização do *Bundestrojaner* para fins investigativos não impacta nenhum dos direitos fundamentais previamente abordados. Contudo, quando se tratar de medidas que monitorem informações particulares, devem ser observados os estritos requisitos legais da BKAG, somados às orientações do Tribunal Constitucional Alemão, de modo a respeitar o núcleo da vida privada, os direitos fundamentais e as garantias processuais do(s) investigado(s).

Com as decisões de 27 de fevereiro de 2008 e 20 de abril de 2016 proferidas pelo Tribunal Constitucional, restou consolidada a jurisprudência da Corte no que diz respeito à exigência de regulamentação e ao cumprimento de requisitos legais para a utilização de meios ocultos de investigação. Por conseguinte, compreende-se ser insuficiente a mera previsão legal do instrumento, é preciso que ele seja devidamente regulamentado, com todas as particularidades referentes à sua instalação e funcionamento. Uma vez que, até o momento, inexiste regulamentação sobre o uso de *software* de espionagem no StPO, o seu uso para fins investigativos somente pode ocorrer mediante a estrita observância às disposições

da BKAG, com atenção às particularidades do instrumento, e às orientações do BverfG, no que diz respeito ao seu emprego para fins investigativos.

5.1.5. O uso de software *de espionagem no atual ordenamento jurídico alemão: o § 49 da BKAG*

A BKAG foi revisada em 1º de junho de 2017 e a sua nova versão entrou em vigor em 25 de maio de 2018. Em sua atual versão, o uso de *software* de espionagem encontra-se previsto no § 49, dispositivo revisado de acordo com as recomendações do Tribunal Constitucional. De acordo com as disposições do § 49 da BKAG, o uso do *Bundestrojaner* (1) é permitido em casos em que haja fundada suspeita (atual ou futura) de ameaça à integridade física, à vida ou à liberdade de uma pessoa e de ameaça aos fundamentos ou existência de um país ou da humanidade (§ 49 (1)); (2) deve se restringir às mudanças essenciais no sistema investigado necessárias para a obtenção das informações (devendo tais mudanças serem revertidas no final da medida, conforme dispõe o § 49 (2)); (3) é restrito a casos de criminalidade grave e terrorismo (§ 49 (3)); (4) depende de requisição das autoridades responsáveis pela investigação e de autorização judicial, devendo em ambos os casos ser realizada a descrição da pessoa à qual a medida é direcionada – com o seu nome e local de residência sempre que possível –, a descrição *mais precisa possível* do sistema informático no qual o *software* espião será instalado, a natureza, extensão e duração da medida, os fatos e as razões que fundamentam a sua aplicação (§ 49 (5) e (6)); (5) tem duração máxima de três meses, podendo este prazo ser prorrogado por um igual período, desde que presentes os mesmos pressupostos que autorizaram a medida (§ 49 (6), n.os 3 e 4); (6) é inadmissível quando significar uma intrusão excessiva na área nuclear da vida privada (§ 49 (7), 1); (7) está submetido a medidas que assegurem, o quanto possível, que informações sobre a área nuclear da vida privada não sejam coletadas (§ 49 (7), n. 2); (8) implica que todas as informações pertinentes sejam diretamente submetidas à autoridade judicial competente, a qual deliberará de imediato sobre a usabilidade ou eliminação dos dados (com a inadmissibilidade e imediata eliminação de dados que digam respeito à área nuclear da vida privada) (§ 49 (7), n.os 3, 4 e 5); (9) deve ser devidamente documentado (tanto a aplicação da medida quanto a eliminação dos dados obtidos), documentação esta somente utilizável para finalidades de proteção de dados, devendo ser eliminada em até seis meses após notificação ou determinação judicial (§ 49 (7), n.os 6, 7 e 8); (10) em caso de perigo iminente, deve ser supervisionado por dois oficiais da agência federal de investigações devidamente instruídos (§ 49 (8)).

5.2. *O* captatore informatico *italiano e as decisões de 26 de maio de 2015 e de 28 de abril de 2016 da Corte Suprema di Cassazione*

O Supremo Tribunal de Cassação italiano também teve a oportunidade de se manifestar sobre o uso de *softwares* de espionagem como meio de obtenção de prova.[71]

Em 26 de maio de 2015, a Corte Suprema di Cassazione[72] pronunciou-se sobre o uso de *software* de espionagem para fins investigativos, em um caso em que o programa havia sido instalado no *smartphone* de um suspeito para monitorar o tráfego de dados do dispositivo e as comunicações do investigado com terceiros (mediante a ativação do microfone e da câmera de vídeo). Naquela ocasião, a Suprema Corte salientou a inviolabilidade da liberdade e do sigilo das comunicações, preceitos constitucionais que somente poderiam ser limitados por um ato judicial devidamente fundamentado e em conformidade com as garantias estabelecidas na legislação italiana. A ativação do microfone do *smartphone* por um *software* espião foi encarada pela Corte como uma espécie de interceptação ambiental, a qual somente poderia ser compatível com os ditames constitucionais quando os locais em que a função pudesse ser acionada fossem precisamente especificados pela autoridade judiciária, de modo a impedir que a interceptação acompanhasse o indivíduo em todos os lugares em que carregasse consigo o dispositivo monitorado. Quanto à ativação da câmera do dispositivo, restou decidido que as imagens e gravações poderiam ser acessadas desde que respeitassem a privacidade do investigado e não dispusessem sobre conteúdo relacionado ao seu domicílio.

O uso de um *software* de espionagem (ou *captatore informatico*, conforme posteriormente denominado pela doutrina e pela jurisprudência italiana) para fins investigativos foi considerado uma técnica de colheita de prova especialmente

71. Para mais informações sobre o uso *software* de espionagem no ordenamento jurídico italiano, cf. FELICIONI, Paola. L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma. *Processo Penale e Giustizia*. Torino, n. 5, p. 118-138, 2016; FILIPPI, L. L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 179–181, 2016; VELANI, Luigi Gino. Trojan horse, strumenti investigativi e diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 173–179, 2016.

72. Suprema Corte di Cassazione, sezione VI penale, sentenza 26 maggio 2015 (dep. 26 giugno 2015), n. 27100. Disponível em: [www.penale.it/page.asp?IDPag=1201]. Acesso em: 05.12.2018.

grave, com particularidades específicas que ultrapassam a mera interceptação comum. De acordo com a Corte Suprema di Cassazione, o desrespeito aos preceitos constitucionais e às orientações referidas no julgamento mencionado culminam inevitavelmente na inadmissibilidade da prova. Restou, assim, consagrado que a interceptação de comunicações mediante o emprego de um *software* de espionagem e ativação de funções como microfone e câmera do dispositivo poderia ser efetuada somente com fundamentação judicial, em observância à privacidade do indivíduo e aos seus demais direitos, garantias e liberdades individuais.

No ano seguinte, na decisão n. 26889 de 28 de abril de 2016, a Corte Suprema di Cassazione[73] versou sobre a legitimidade da interceptação de conversas e comunicações entre presentes mediante o uso de um *captatore informatico* em crimes relacionados à criminalidade organizada e à máfia. A discussão foi originada a partir de um caso em que as conversas de um indivíduo foram interceptadas e monitoradas através da instalação oculta de uma modalidade de *software* de espionagem para investigar atividades potencialmente relacionadas à criminalidade organizada. A Suprema Corte de Cassação ressaltou a gravidade do uso do *captatore informatico* como meio de obtenção de prova, porém nesta ocasião ampliou o seu âmbito de aplicação: permitiu o seu uso no domicílio do indivíduo investigado e em locais de residência privada quando se tratar de investigação de atividades relacionadas à criminalidade organizada e ao terrorismo; e, mesmo que não seja verificado algum tipo de atividade criminosa, entendeu ser dispensável, nos casos que envolvam criminalidade organizada e terrorismo, a especificação dos locais em que a medida poderia ser executada.

As decisões da Corte Suprema di Cassazione suscitaram extensa discussão doutrinária[74] em razão de terem sido pioneiras em viabilizar o uso do *captatore informatico* como meio de obtenção de prova no processo penal italiano. As discussões gravitaram em torno da potência invasiva e captativa do instrumento e da

73. Suprema Corte di Cassazione, sezione unite penali, sentenza 28 aprile 2016 (dep. 01 giugno 2016), n. 26889. Disponível em: [www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2016/07/cass-pen-sez-un-2016-26889.pdf]. Acesso em: 05.12.2018.

74. Cf. BENE, Teresa. La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale. *Processo Penale e Giustizia*, Torino, n. 1, p. 7-17, 2018; FILIPPI, L. L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 179–181, 2016; e FELICIONI, Paola. L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma. *Processo Penale e Giustizia*, Torino, n. 5, p. 118-138, 2016, especialmente p. 120.

alta possibilidade de restrição de direitos fundamentais e garantias processuais decorrentes do uso do *software* de espionagem, compressões que podem superar o benefício dos resultados obtidos, de forma a não justificar a adoção deste meio de obtenção de prova para todo e qualquer tipo de crime.

A utilização de *softwares* de espionagem para fins de investigação criminal na Itália somente foi regulamentada a partir das reformas do regime de interceptações promovidas pela Lei 103, de 23 de Junho de 2017 e pelo Decreto Legislativo 216, de 29 Dezembro de 2017. Foi o Decreto Legislativo 216, a partir da sua entrada em vigor em 28 de janeiro de 2018, o responsável por introduzir, regulamentar e dispor sobre a adequação do uso de *software* espião como meio de obtenção de prova no direito processual penal italiano.

Atualmente, o *captatore informatico* encontra-se previsto no n. 2 do artigo 266 do Código de Processo Penal italiano e as regulamentações para o seu uso dispostas nos artigos 267 a 270 e 271 e seguintes do mesmo Diploma. Em geral, o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal na Itália (1) é permitido nos crimes relacionados à criminalidade organizada, ao terrorismo e aos crimes contidos no catálogo do artigo 266, n. 1 do Código de Processo Penal (tráfico de estupefacientes, crimes relacionados a armas e explosivos, abuso de informação privilegiada, manipulação de mercado, entre outros); (2) depende de requisição do Ministério Público e de autorização judicial devidamente fundamentada (a requisição do Ministério Público deve demonstrar a existência de significativos indícios de crime e suficientes motivos que justifiquem a imprescindibilidade do instrumento para a investigação, bem como indicar a modalidade de *captatore informatico* a ser empregado e a duração da medida, a qual não pode exceder quinze dias; enquanto a autoridade judicial deve fundamentar suficientemente a autorização da medida, indicando as funções a serem ativadas pelo programa espião, os casos em que podem ser ativadas, além da necessidade de deliberação sobre a prorrogação do instrumento por períodos subsequentes, de até quinze dias cada, mediante requisição do órgão ministerial); (3) deve ser amplamente documentado em relação ao seu uso, aos dados obtidos e às requisições e autorizações da medida, informações que devem ser armazenadas em sua totalidade e de forma sigilosa pelo Ministério Público (podendo ser acessadas pelo juiz e pelo defensor do acusado) até o trânsito em julgado da ação, momento em que os registros devem ser eliminados de qualquer suporte físico ou digital; (4) pode interceptar o fluxo de comunicações telefônicas e telemáticas do dispositivo monitorado; (5) deve respeitar a inviolabilidade do domicílio do investigado, a não ser que haja fundados motivos que levem a crer que a atividade criminosa esteja ocorrendo naquele local (à exceção de investigação de delitos

relacionados ao terrorismo ou à criminalidade organizada, casos em que a interceptação pode ultrapassar a esfera de privacidade e inviolabilidade do domicílio do investigado); (6) deve se restringir a dados importantes para a investigação, com a consequente exclusão de dados irrelevantes, sobretudo os dados pessoais definidos como sensíveis pela lei.

5.3. *O* dispositif technique *francês*

O uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico francês está regulamentado nos artigos 706-102-1 a 706-102-9 do Código de Processo Penal.[75] O *dispositif technique*, como tratado pela legislação francesa, é um instrumento voltado à investigação de crimes relacionados à criminalidade e delinquência organizada, os quais são previstos no extenso catálogo contido nos artigos 706-73 e 706-73-1 do Código de Processo Penal. O *dispositif technique* tem como objetivo o acesso (em qualquer local e sem o consentimento do investigado), a obtenção, o armazenamento e a transmissão de todos os dados contidos no sistema informático ou no aparelho eletrônico monitorado, inclusive com a possibilidade de monitoramento em tempo real dos caracteres introduzidos no sistema vigiado, do seu tráfego de dados e das comunicações audiovisuais transmitidas e recebidas pelo sistema (artigos 706-102-1 e 706-102-2 do Code de Procédure Pénale).

A utilização deste meio de obtenção de prova depende de requisição do Ministério Público e de posterior autorização judicial. Sob pena de nulidade das provas colhidas, o artigo 706-102-3 do Code de Procédure Pénale estabelece que a decisão judicial que autorizar a medida deve especificar a infração que motiva o uso deste meio de obtenção de prova, a localização exata ou a descrição detalhada do sistema informático a ser vigiado e a duração das operações, que pode variar entre o período máximo de um mês nos casos estabelecidos no artigo 706-102-1 do referido diploma legal (podendo ser prorrogado, somente uma vez, nas mesmas condições) e o período máximo de quatro meses nos casos estabelecidos no

75. Para um estudo mais aprofundado do sistema de interceptação de comunicações francês e uma análise sobre o uso do *dispositif technique* no processo penal francês, cf. FÈVRE, Paul Le. Il regime della captazzione dei dati informatici nel diritto francese. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 181-183, 2016; HUYGHE, François-Bernard. *Les Écoutes Téléphoniques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009; GUERRIER, Claudine. *Révision du code de procédure pénale 2016*: le nouveau régime des interceptions électroniques. [S. l.]. Disponível em: [www.juriscom.net/wp-content/uploads/2016/10/20161026penalcomm.pdf]. Acesso em: 05.12.2018.

artigo 706-102-2 do mesmo diploma (renovável sob as mesmas condições, não podendo exceder dois anos).

O *software* espião francês pode ser instalado remota ou fisicamente (artigo 706-102-5 do Code de Procédure Pénale), devendo, neste último caso, respeitar o horário das buscas ou das visitas domiciliares estabelecido no artigo 59 do mesmo diploma legal (não pode, portanto, ser instalado fisicamente entre às 21h e 6h). É proibida a instalação do *dispositif technique* em sistemas informáticos ou aparelhos eletrônicos de escritórios de advogados, médicos, jornalistas, notários, oficiais de justiça, juízes ou parlamentares (parágrafo 3.º do artigo 706-102-5 do Code de Procédure Pénale). Finda a ação penal, e a pedido do Ministério Público, deve ser elaborada minuta da operação de destruição dos registros dos dados informáticos obtidos (artigo 706-102-9 do Code de Procédure Pénale).

5.4. *O uso de* software *de espionagem para fins investigativos no ordenamento jurídico espanhol*

Na Espanha, o uso de *software* de espionagem está previsto no n. 1 do artigo 588 *septies a*[76] e também ao longo dos artigos 588 *septies a*, *b* e *c* do Capítulo IX da Ley de Enjuiciamiento Criminal, o qual trata dos "Registros remotos sobre equipos informáticos".[77]

Conforme o catálogo do n. 1 do artigo 588 *septies a* da Ley de Enjuiciamiento Criminal, a medida é reservada aos "delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales"; "delitos de terrorismo"; "delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente"; "delitos contra la

76. "Artículo 588 septies a. Presupuestos. 1. El juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, *así como la instalación de un software*, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos (…)" (grifo nosso).

77. Para mais informações sobre o uso *software* de espionagem no ordenamento jurídico espanhol, cf. COLOMER, Juan-Luis Gómez. El processo penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción. *InDret*, Barcelona, n. 1, p. 1-59, 2017; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. La investigación del delito en la era digital: Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación. *Estudios de Progreso – Fundación Alternativas*, Madrid, n. 74, p. 1-60, 2013.

Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional"; e "delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación".

O n. 2 do artigo 588 *septies a* da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe que a decisão judicial que autorizar a medida deve especificar (1) os computadores, dispositivos eletrônicos, sistemas informáticos e demais meios informáticos de armazenamento de dados e outros conteúdos digitais alvo(s) da medida; (2) o alcance do instrumento e a modalidade de *software* de espionagem a ser utilizada; (3) a forma como os dados serão apreendidos; (4) os agentes autorizados para a execução da medida; e (5) a forma como, quando necessária, deve ser efetuada a conservação da cópia e da integridade dos dados obtidos.

Consoante o artigo 588 *septies c* da Ley de Enjuiciamiento Criminal, a medida terá duração máxima de um mês, prorrogável por períodos iguais até o máximo de três meses.

Ressalta-se que o uso de *software* espião deve respeitar as disposições comuns a todos os métodos de interceptação contidas nos artigos 588 *bis a* a 588 *bis k*, da Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desta maneira, a utilização do artifício de obtenção de prova em questão está sujeita à ponderação de autorização judicial pautada em princípios constitucionais e processuais, como os princípios da "especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad"[78], de maneira que a medida apenas poderá ser adotada caso os interesses afetados não sejam maiores que os resultados positivos ao interesse público e de terceiros, sendo que a valoração do interesse público deve se basear em questões como a gravidade do fato, a existência de suficientes indícios de prática ilícita e a relevância do resultado perseguido com a restrição do(s) direito(s) em conflito[79]. O uso de *software* de espionagem deve acuradamente ser documentado[80] e, ao final da execução da medida, todos os registros originais devem ser eliminados dos sistemas eletrônicos e informáticos utilizados na sua execução[81], com a destruição das cópias dos dados que restaram preservados após transcorridos cinco anos desde a data da execução da sentença condenatória, da data de absolvição, ou a partir da data em que o delito ou a pena tenha prescrito, desde que a conservação dos dados não seja mais considerada necessária pelo Tribunal[82].

78. Artigo 588 *bis a*, n. 1, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
79. Artigo 588 *bis a*, n. 5, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
80. Artigo 588 *bis c*, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
81. Artigo 588 *bis k*, n. 1, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.
82. Artigo 588 *bis k*, n. 2, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5.5. *O uso de* software *de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico português*

Como modo de ultrapassar os obstáculos decorrentes da proliferação de práticas ilícitas e do aumento do fluxo informacional em ambiente digital, o legislador penal português editou a Lei 109/2009, de 15 de Setembro, autointitulada "Lei do Cibercrime"[83].

O artigo 19.º da Lei do Cibercrime – o qual regulamenta as ações encobertas em ambiente digital – prevê em seu n. 2 que: "Sendo necessário o recurso a *meios e dispositivos informáticos* observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a intercepção de comunicações"[84]. Embora viabilize a utilização de *meios e dispositivos informáticos* para fins investigativos, a Lei do Cibercrime não especifica o que ambos os termos significam. A ampla margem de interpretação aberta pela terminologia escolhida pelo legislador ("meios e dispositivos informáticos") suscitou recente discussão doutrinária acerca da regulamentação do uso de *softwares* de espionagem para fins investigativos em Portugal. Embora a temática ainda não tenha sido alvo de maior reflexão da doutrina portuguesa, para determinados autores[85] o uso de *softwares* de espionagem como meio de obtenção de prova estaria legitimado nos moldes da atual previsão legal. Para outros[86], a carência de efetiva densificação normativa – com todo o detalhamento de seu funcionamento e documentação quanto ao seu uso, retenção e destruição dos dados obtidos – impede que este método oculto de investigação seja utilizado em Portugal, o que o tornaria um método proibido de prova frente à inexistência de salvaguardas capazes de limitar a restrição de diferentes direitos e liberdades individuais.

---

83. RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 338 e ss.; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p. 225 e ss.; RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. *Galileu – Revista de Direito e Economia,* Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018; RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal* – Bruscamente… A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. Cascais: Rei dos Livros, 2010.

84. Destaques nossos.

85. Cf. RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de*… cit., p. 338 e ss.; RODRIGUES, Benjamim Silva. Op. cit.; e NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. Op. cit., p. 225 e ss.

86. RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Op. cit., p. 68 e ss.

5.6. *O entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria de métodos ocultos de investigação criminal*

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabelece, no n. 2 do seu artigo 8.º, a necessidade de previsão legal para que se proceda à restrição de direitos fundamentais inerentes à vida privada e familiar e determina os casos em que podem ser flexibilizados pelo poder estatal[87].

Em apertada síntese, no entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, como inicialmente ventilado no caso *Amann v. Switzerland*[88] e desde então reforçado em posteriores julgamentos e publicações[89], a lei doméstica restritiva de direitos fundamentais precisa ser dotada de qualidade (*quality of law*): a lei restritiva deve ser precisa, acessível, previsível e proporcional. Os cidadãos devem ter acesso ao conteúdo da legislação, não somente para terem conhecimento dos casos em que seus direitos podem ser flexibilizados como também para viabilizar a identificação dos poderes de investigação à disposição do Estado e das salvaguardas para impedir o seu uso arbitrário. Para tanto, é indispensável não somente a publicação da lei como também a sua escrupulosa precisão, devendo ser redigida com texto claro e regras detalhadas, sobretudo no que tange

87. Artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar): "1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros".

88. Caso em que o requerente, cidadão suíço, questionou a compatibilidade do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem com uma interceptação realizada em uma ligação telefônica profissional sua e a posterior criação de um cadastro contendo informações suas pelo Ministério Público suíço (Amann v. Switzerland, n. 27798/95, 16 de fevereiro de 2000).

89. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life. European Court of Human Rights. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf]. Acesso em: 19.12.2018; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; COUNCIL OF EUROPE; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. Handbook on European data protection law – 2018 edition. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Ver também POOL, R. L. D.; CUSTERS, B. H. M. Op. cit., p. 132 e ss.

aos métodos ou tecnologias que podem ser empregados na restrição de direitos e liberdades individuais. A legislação deve também respeitar os princípios da proporcionalidade, necessidade e subsidiariedade, instruções que, no que interessam ao presente estudo, refletem a necessidade de sopesar se o poder investigativo verdadeiramente contribui para a persecução penal, se o mesmo resultado pode ser alcançado com meios menos intrusivos e se a interferência com o direito à privacidade e outros direitos e garantias é proporcional ao objetivo alcançado.

No caso *Weber and Saravia v. Germany*[90], o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabeleceu requisitos mínimos para que fosse verificada a *quality of law* de normas referentes à vigilância secreta, de modo a impedir abusos das autoridades responsáveis pela aplicação deste tipo de medidas. A Corte estabeleceu que somente há *quality of law* quando presentes seis requisitos mínimos: (1) previsão dos casos de admissibilidade da interceptação de comunicações (catálogo de crimes que admitem este meio de investigação); (2) definição das pessoas que podem ter suas comunicações interceptadas; (3) duração da medida e o seu limite; (4) procedimentos a serem observados no momento da análise, uso e preservação dos dados obtidos; (5) precauções a serem tomadas na partilha dos dados obtidos com outras partes; e (6) disposições sobre a possibilidade ou o dever de eliminação do material obtido e destruição do suporte físico em que os dados (e/ou cópias) foram preservados. A partir da publicação do julgamento do caso *Weber and Saravia v. Germany*, este passou a ser o entendimento adotado pelo Tribunal em suas posteriores decisões em matéria de interceptação de comunicações.

Em 15 de dezembro de 2015, no julgamento do caso *Roman Zakharov v. Russia*[91], os requisitos mínimos estabelecidos no caso *Weber* foram reforçados. O conceito de *previsibilidade* necessária para o preenchimento da *quality of law* foi atualizado, o Tribunal passou a entender que no contexto de interceptação de comunicações

90. Caso em que os requerentes questionaram, no que interessa ao presente estudo, a compatibilidade de uma alteração legislativa na Alemanha que havia ampliado os poderes de interceptação de comunicações (Alteração da Lei de 13 de Agosto de 1968 – *Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses* –, promovida pela "Lei de Combate ao Crime" – *Verbrechensbekämpfungsgesetz* – , de 28 de Outubro de 1994) com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Weber and Saravia v. Germany, n. 54934/00, 29 de junho de 2006).

91. Caso em que o requerente questionou, no que concerne ao presente estudo, a compatibilidade do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem com a instalação, pela agência de inteligência russa, de equipamentos que permitiam o monitoramento e interceptação de comunicações diretamente nos sistemas das operadoras de telefonia móvel russas (Roman Zakharov v. Russia, n. 47143/06, 04 de dezembro de 2015).

a lei restritiva de direitos deve ser suficientemente clara para dar aos cidadãos uma adequada indicação das circunstâncias e das condições em que as autoridades públicas estão autorizadas para aplicar tais medidas, devendo o texto legal indicar, com suficiente clareza, qualquer tipo de discrição conferida às autoridades no momento de sua aplicação, para que o indivíduo possa se proteger de arbitrariedades.

No recente julgamento do caso *Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*[92], julgado em 13 de setembro de 2018, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ressaltou a importância da *quality of law* em medidas restritivas de direitos, em especial quando o método de investigação for oculto e capaz de alcançar e captar diferentes informações sobre a vida privada do vigiado, como as diferentes modalidades de interceptação de comunicações. Para que haja conformidade com a Convenção, o Tribunal ressaltou a necessidade de *boa qualidade* da lei interna, em observância aos preceitos da ordem jurídica interna e ainda aos requisitos mínimos do caso *Weber*, da previsibilidade atualizada em *Zakharov* e dos demais entendimentos jurisprudenciais do Tribunal acerca da *quality of law*.

6. O uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico brasileiro

Embora não desconheçamos as discussões doutrinárias acerca da interceptação de fluxos comunicacionais telefônicos e telemáticos (neste último caso especialmente as controvérsias acerca da interceptação/monitoramento de *e-mail,* mensagens instantâneas, comunicações criptografadas mediante uso de *WhatsApp, Telegram, Blackberry Messenger,* entre outras discussões) e a novel previsão legal de atuação de agentes infiltrados em ambiente digital (Lei 13.441/2017, a qual alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para prever a infiltração de agentes de polícia na Internet com finalidade de investigação de delitos contra a dignidade sexual de criança e de adolescente), em respeito à temática proposta

92. Caso em que foram reunidas e julgadas três queixas em que os requerentes insurgiram-se, no que interessa ao presente estudo, quanto à escala dos sistemas de vigilância do Reino Unido e sua intromissão nos direitos à privacidade dos cidadãos britânicos, alegando violação ao artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom, n.os 58170/13, 62322/14 e 24960/15, 13 de setembro de 2018). Para uma análise do referido julgamento e de suas implicações no direito europeu, cf. RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares d*e espionagem. *Galileu – Revista de Direito e Economia,* Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018.

ater-nos-emos à análise acerca da possibilidade de uso de *softwares* de espionagem para fins de investigação criminal no Brasil.[93]

O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal estabelece que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", regra que também encontra dispositivo congênere no artigo 157 do Código de Processo Penal: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Destarte, no Brasil, assim como nos ordenamentos jurídicos anteriormente mencionados, os meios (ocultos) de obtenção de prova também dependem de previsão legal constitucionalmente orientada para que possam ser aplicados na investigação criminal ou na instrução processual penal, de modo a garantir "à sociedade o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais e reduzir ao máximo a incidência de abusos e desvios de poder"[94]. Este raciocínio decorrente da Constituição Federal e da lei processual penal permite-nos concluir que além de o ordenamento jurídico brasileiro exigir conformidade constitucional em matéria de métodos de obtenção de prova, uma vez violadas disposições constitucionais no momento da produção probatória – mormente a restrição de direitos fundamentais – restará caracterizada a ilicitude do meio de obtenção de prova, a qual se estenderá à prova produzida[95]. Conforme ensina Gössel, a inobservância às orientações constitucionais e infraconstitucionais faz surgir a existência de uma proibição de valoração[96], o que acarreta, ao nosso ver, a inevitável consequência de proibição de apreciação das informações obtidas mediante este invasivo método.

---

93. Sobre as discussões citadas e outras observações e críticas doutrinárias pertinentes à temática de interceptação de comunicações e métodos ocultos de obtenção de prova, cf. ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil*: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017; e PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

94. TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova ilícita. *Direito & Justiça,* Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, 2018, p. 160.

95. GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 2013, p. 340; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 621; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Versão digital. São Paulo: Atlas, 2017, Capítulo 9.1.4.1, §§ 5º, 6º, 10º e 11º; TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Op. cit., p. 160-181, 2018, p. 163-164; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2016, Capítulo 5.5.

96. GÖSSEL, Karl-Heinz. Op. cit., p. 410 e 427. Este também é o pensamento partilhado por Figueiredo Dias (DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 8).

Por força do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal[97], o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas são invioláveis, somente são admitidas restrições para fins de investigação criminal ou instrução processual penal caso haja (prévia) previsão legal e ordem judicial. Qualquer medida que vise interceptar fluxos comunicacionais deve ser encarada, portanto, como exceção à regra constitucional de sigilo, desde que devidamente prevista em lei e autorizada pela autoridade judicial. A Constituição Federal também assegura a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; a inviolabilidade do domicílio; e a presunção de inocência (artigo 5º, incisos X, XI e LVII, respectivamente, da Constituição Federal), direitos e garantias diretamente afetados pela quebra do sigilo de correspondência e das comunicações.

Foi com a finalidade de conferir a conformidade constitucional necessária à regulamentação de um meio de obtenção de prova que restringe o sigilo de correspondências e dos fluxos comunicacionais (e, consequentemente, outros direitos, garantias e liberdades fundamentais) que o legislador brasileiro editou a Lei 9.296/96 (denominada "Lei de Interceptações Telefônicas"). Restaram estabelecidas, com o advento da Lei 9.296/96, as regras atinentes à interceptação telefônica e telemática no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu artigo 1º, a Lei 9.296/96 dispõe que: "A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça", estendendo as suas regras também "à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática" (parágrafo único do artigo 1º da referida Lei) e prevendo o funcionamento dos referidos métodos de obtenção de prova nos dispositivos seguintes. O Conselho Nacional de Justiça editou, em 09 de setembro de 2008, a Resolução 59/2008[98], com a finalidade de disciplinar, uniformizar e aperfeiçoar o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática, de modo a assegurar a preservação do sigilo das informações obtidas

97. Artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

98. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução59/2008. CNJ. Brasília, 09 set. 2009. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n59-09-09-2008-presidncia.pdf]. Acesso em: 20.01.2019.

mediante interceptação de comunicações, a eficiência da medida, a proteção a direitos fundamentais e o controle da quantidade de interceptações requeridas e autorizadas.

Nesta senda, em um primeiro momento o uso de *software* de espionagem para fins de obtenção de prova parece encontrar previsão legal em virtude das disposições contidas no artigo 1º e no parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96, por simples raciocínio lógico decorrente da capacidade de o programa espião poder interceptar comunicações telefônicas e telemáticas.

Contudo, afastamos a subsunção do *software* de espionagem aos demais métodos ocultos de investigação criminal, em especial a interceptação telefônica, a interceptação telemática ("tradicional") e as escutas ambientais. As múltiplas funções que podem ser desempenhadas por um *software* de espionagem[99], aliadas ao seu modo de instalação e obtenção das informações – remota ou fisicamente – e à possibilidade de monitoramento oculto em tempo real de *toda a atividade* a ser executada no sistema informático ou dispositivo eletrônico interceptado impedem que este meio de obtenção de prova seja submetido ao mesmo regime daqueles métodos de investigação criminal. Impede, também, que este método de investigação seja admitido como um meio de prova inominado, uma vez que, conforme ensina Aury Lopes Júnior, "o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal"[100], não podendo "ser admitida uma prova 'disfarçada' de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas"[101], visto que os limites constitucionais e processuais inerentes à produção probatória devem sempre ser respeitados.

Nenhum dos métodos de investigação criminal anteriormente citados tem a capacidade de obter tamanha gama de informações sobre o investigado. O *software* de espionagem, como já verificamos, é um meio de obtenção de prova *excepcionalíssimo*, não se resume à interceptação telefônica ou telemática. Ele é constituído, na verdade, por um amálgama de funções, o que representa um potencial de restrição de plúrimos direitos, liberdades e garantias, lesividade indiscutivelmente superior a qualquer outro método oculto de investigação.

---

99. Relembramos: ativação da *webcam*, microfone e/ou GPS (em qualquer hora e qualquer local, inclusive em tempo real); interceptação de chamadas telefônicas; colheita de dados; acesso a dados antes de tentativas de encriptação; acesso a dados de informação biométrica, entre diversas outras funcionalidades mencionadas nos capítulos anteriores.

100. LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., Capítulo 5.2.

101. Ibidem.

O extremo potencial lesivo inerente ao uso de *software* de espionagem e a ausência de regulamentação específica impede que reconheçamos a possibilidade de utilização deste meio de obtenção de prova no Brasil. Até a edição de regulamentação *dotada de qualidade*, com efetiva densificação normativa, o uso de *software* de espionagem no ordenamento jurídico brasileiro merece ser reconhecido como um método proibido de prova. Esta nossa interpretação está alicerçada em dois fundamentos.

Primeiro, em razão da já mencionada impossibilidade de subsunção deste método a outras modalidades de meio de obtenção de prova. Por poder desempenhar múltiplas funções, o *software* de espionagem representa uma grave interferência na privacidade do indivíduo investigado, capaz de restringir múltiplos direitos e liberdades individuais. Por força constitucional, processual e pela sistemática inerente aos métodos ocultos de investigação, o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova depende de "prévia, escrita, estrita e certa"[102] regulamentação, nos moldes da *quality of law* defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. As lacunas ou o silêncio da lei não podem ser superadas mediante analogia[103], somente deve ser admitida a aplicação de um novo meio de investigação após a sua prévia, explícita e autônoma legitimação legal[104]. Costa Andrade já alertara acerca dos problemas provocados por lacunas e incongruências normativas no que tange à regulamentação de meios ocultos de investigação[105].

---

102. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 66

103. ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos Ocultos de Investigação (Plädoyer para uma teoria geral." In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.). *Que futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 541.

104. ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no Verão*… cit., p. 113.

105. "O caos revela-se também e sobretudo na circunstância de não ser possível encontrar no direito português um princípio de *sistema,* menos ainda de um sistema equilibrado e, como tal, alinhado segundo as exigências decorrentes da Constituição da República. Tomado no seu conjunto, o direito português dos meios ocultos de investigação caracteriza-se pelas lacunas e descontinuidades, incongruências e inconsistências e, sobretudo, por insustentáveis contradições e assimetrias normativas, axiológicas e político-criminais. São, por exemplo, frequentes e comuns as situações em que se faz depender o recurso a um dado meio oculto de um conjunto de pressupostos ou requisitos mais largo e exigente do que aqueles de que depende a admissibilidade de um outro meio comparativamente menos gravoso e invasivo. E, por isso, em clara e frontal violação do princípio constitucional da *proporcionalidade*" (ANDRADE, Manuel da Costa. "*Bruscamente no Verão*… cit., p. 109 – destaque no original).

Uma vez que as próprias interceptações telefônicas e telemáticas são objeto de crítica doutrinária[106] quanto à carência de regulamentação de sua forma de execução na Lei de Interceptações Telefônicas, impossível admitir que a regulamentação (in)existente na Lei 9.296/96 possa ser aplicada aos *softwares* de espionagem. Diferentemente do que verificamos em análise às legislações alemã, italiana, espanhola e francesa, bem como ao pertinente entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição legal que detalhe os procedimentos de instalação do *software* espião; o seu âmbito de aplicação; o seu funcionamento; a obtenção, conservação e eliminação dos dados angariados; as pessoas que podem ter suas comunicações interceptadas; a duração e limite da medida; e a partilha dos dados obtidos.

Segundo, porque inexistindo regulamentação adequada sobre seu modo de execução, documentação e preservação dos dados, nega-se a imprescindível atenção à cadeia de custódia das provas obtidas mediante este método oculto de obtenção de prova[107]. A elevada lesividade do *software* de espionagem a direitos fundamentais impõe que todo o seu procedimento e a sua aplicação sejam não apenas regulamentados como também documentados e preservados, de modo a garantir a legalidade da medida e das informações por ela obtida e para que seja possível, no momento oportuno, assegurar à defesa o conhecimento das fontes de prova[108] e o exercício do seu direito ao contraditório, ou seja, "para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico"[109]. Neste sentido, a imprescindibilidade da regulamentação legal deste meio de obtenção de prova decorre também por razões de segurança jurídica.

A inexistência de uma regulamentação acerca do uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova no direito brasileiro é duplamente preocupante. Primeiramente porque já há indícios do interesse das autoridades policiais

106. Questão acuradamente analisada recentemente em SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, 2017.

107. Sobre a necessidade de cuidado à cadeia de custódia, em especial no que toca às provas obtidas por métodos ocultos, cf. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

108. PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 79

109. LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., Capítulo 5.8.

e agências de inteligência brasileiras em investir em programas espiões e indícios da aplicação deste método de obtenção de prova no Brasil[110]. O "Sistema Nacional de Controle de Interceptações" do Conselho Nacional de Justiça[111] aponta que em 2018 foram autorizadas 220.380 interceptações telefônicas na justiça estadual e 15.535 na justiça federal, e monitorados 10.229 endereços eletrônicos na justiça estadual e 1.711 na justiça federal. Frente ao significativo número de interceptações telefônicas e telemáticas realizadas em 2018 e o interesse das autoridades policiais e agências de inteligência brasileiras em adquirir e utilizar *softwares* de espionagem para a obtenção de prova penal, mostra-se imperiosa a regulamentação deste método oculto de obtenção de prova, de modo a impedir qualquer tipo de arbitrariedade e limitações desnecessárias a direitos e liberdades individuais.

A segunda preocupação decorre também da utilidade que este novo método de obtenção de prova representa em matéria de investigação criminal. Em que pese tenha a capacidade de provocar inúmeras restrições a diferentes direitos fundamentais, é inegável que o *software* de espionagem tem a capacidade de garantir mais eficácia à prevenção criminal e à persecução penal, por possibilitar o acesso a uma ampla gama de informações (inclusive o acompanhamento de

110. "Notícias mais recentes reforçam o interesse em tecnologias de infiltração – *malwares* – para coleta de dados. Em julho de 2015, a empresa italiana [Hacking Team] especializada em vender 'soluções' de vigilância, isto é, *software* de espionagem eletrónica, para autoridades estatais do mundo inteiro foi *hackeada*. Com isso, vieram a público documentos (sem autenticidade confirmada) que indicam que diversas autoridades policiais brasileiras, o exército, a ABIN, e até a Procuradoria Geral da República, estariam na lista de clientes da empresa. A evidência mais concreta que existe diz respeito aos contatos feitos com a empresa pela Polícia Federal: há troca de e-mails, relatos da realização de treinamento e até certificado de entrega de produto. Em resposta à pedido de acesso à informação feita pela jornalista João Paulo Vicente, da Motherboard, a Polícia Federal não confirmou a cooperação com o *Hacking Team* nem o uso de programas de monitoramento, respondendo que estas são informações sigilosas; afirmou, entretanto, que ações de infiltração poderiam ser autorizadas pela Lei de Interceptações (…). De fato, em um dos e-mails, há referência a uma ordem judicial que autorizaria a polícia a utilizar a ferramenta de infiltração por até 15 dias, mesmo prazo previsto na Lei de Interceptações" (ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. Op. cit., p. 45-46).

O e-mail divulgado pela WikiLeaks pode ser consultado em WIKILEAKS. Hacking Team – RE: BRENDA Operation. WikiLeaks, [S.l.], [S.d.]. Disponível em: [www.wikileaks.org/hackingteam/emails/emailid/921908]. Acesso em: 23.01.2019.

111. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Interceptações Telefônicas – relatório de quantitativos. CNJ. Brasília, [S. d.]. Disponível em: [www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php]. Acesso em: 20.01.2019.

práticas ilícitas em tempo real) e obtê-las antes de qualquer tentativa de ocultação ou eliminação (ou seja, antes de aplicadas medidas antiforenses). Contudo, o seu uso depende de regulamentação prévia e de um juízo de admissibilidade norteado pelos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade da medida. Em tempos em que a criminalidade se torna cada vez mais organizada, internacionalizada e *informatizada* – a exemplo dos *cibercrimes* e da ameaça terrorista –, e diante da possibilidade de cada vez mais informações sobre práticas ilícitas *tradicionais*[112] serem armazenadas em sistemas informáticos e dispositivos eletrônicos, o *software* de espionagem surge como uma importante ferramenta investigativa.

Conclusão

O processo penal deve se ajustar e enfrentar os novos desafios decorrentes da evolução tecnológica e científica. A crescente utilização das tecnologias informáticas para fins ilícitos impõe novos obstáculos à persecução penal no campo da produção probatória em ambiente digital. Surge, assim, a necessidade de criação de novos métodos de obtenção de prova que sejam capazes de alcançar a informação contida em sistemas informáticos. Um método relativamente novo e que tem se proliferado em solo europeu é o uso de *softwares* de espionagem para fins investigativos.

Por um lado, os *softwares* de espionagem são ferramentas de grande valia para a investigação criminal, pois permitem o acesso a uma ampla gama de informações previamente a qualquer tentativa de ocultação ou destruição, por serem instalados de maneira sub-reptícia e sem o consentimento do usuário do sistema informático monitorado. Por outro lado, o instrumento possui um alto custo: é capaz de acessar todos os dados contidos no sistema informático em que for instalado, as informações que podem ser obtidas mediante a utilização de um *software* de espionagem são quase ilimitadas.

O *software* de espionagem é um método oculto de investigação *excepcionalíssimo*. O seu potencial lesivo reclama a estrita observância aos princípios da necessidade, proporcionalidade, adequação e subsidiariedade no momento da requisição, admissibilidade e aplicação da medida.

Em que pese seja necessária uma adaptação do processo penal frente à constante evolução e mutabilidade das tecnologias de informação, tal adaptação deve ser realizada em obediência aos preceitos estipulados pela Constituição.

112. Todas as condutas criminosas praticadas fora do contexto do ambiente digital.

O uso de *software* de espionagem carece, atualmente, de regulamentação legal no ordenamento jurídico brasileiro. Inexiste previsão legal que atenda e regulamente as especificidades pertinentes ao uso deste novo método investigativo, ao contrário do que ocorre com outros métodos ocultos de investigação como as interceptações telefônicas e telemáticas, e ao contrário do que já ocorre em sistemas jurídicos estrangeiros. No que tange ao uso de *software* de espionagem, o ordenamento jurídico brasileiro não possui lei dotada de qualidade capaz de delinear a determinabilidade e a transparência do funcionamento deste instrumento, a previsibilidade da atuação do Estado e a criação de condições de confiança e fiabilidade nas autoridades de controle. Neste âmbito, o seu uso arbitrário além de ilegal ainda causa insegurança jurídica, pois impede o escrutínio da atividade investigativa em sede judicial. Diante da valia deste novo instrumento de investigação, é imperiosa a sua regulamentação, pautada em uma real ponderação que tenha como base um crítico juízo de proporcionalidade entre os interesses da persecução penal, as finalidades da política criminal, os direitos fundamentais do investigado e o caráter subsidiário desta medida *excepcionalíssima*, para que haja plena adequação aos princípios e orientações constitucionais e processuais penais.

Ante a inexistência de uma regulamentação legal constitucionalmente orientada e suficientemente densificada, o uso de *softwares* de espionagem deve ser considerado um método de prova proibido, com a inevitável consequência de proibição de valoração das informações obtidas mediante este invasivo instrumento. Este deve ser o entendimento no que diz respeito à sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro.

É sempre necessário lembrar que o uso de *software* de espionagem é talvez o mais grave método de investigação existente atualmente. Um instrumento ardiloso com evidentes e graves danos e com resultados incertos e imprevisíveis. Os métodos de obtenção de prova precisam de acompanhar o desenvolvimento tecnológico e social, porém esta evolução deve ser parcimoniosa para evitar a queda ao abismo infindável do securitarismo e suas arbitrariedades. A evolução em matéria probatória deve sempre ser pautada em conformidade com as orientações constitucionais, para que possa ser assegurada a proteção dos direitos fundamentais e das liberdades individuais.

Referências bibliográficas

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. *Vigilância sobre as comunicações no Brasil*: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no Verão passado", a reforma do código de processo penal*: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos Ocultos de Investigação (Plädoyer para uma teoria geral." In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.). *Que futuro para o Direito Processual Penal?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 525-551.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. 1. ed. (reimpr.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BELLOVIN, Steven; BLAZE, Matt; BRICKELL, Ernest; BROOKS, Clinton; CERF, Vinton; DIFFIE, Whitfield; LANDAU, Susan; PETERSON, Jon; TREICHLER, John. *Security Implications of Applying the Communications Assistance to Law Enforcement Act to Voice over IP*. Columbia: Columbia University Academic Commons, 2006. Disponível em: [https://doi.org/10.7916/D8VT1ZV7]. Acesso em: 23.11.2018.

BENE, Teresa. La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale. *Processo Penale e Giustizia,* Torino, n. 1, p. 7-17, 2018.

BOLDT, Martin. Privacy-Invasive Software – Exploring Effects and Countermeasure, 2007. 138 f. Monografia de Licenciatura (Licenciatura em Ciência e Tecnologia da Computação) – Department of Systems and Software Engineering da Blekinge Institute of Technology, Karlskrona, 2007. Disponível em: [www.diva-portal.org/smash/get/diva2:837092/F ULLTEXT01.pdf]. Acesso em: 23.11.2018

BRÁS, José. *Investigação criminal*: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 59/2008. CNJ. Brasília, 09 set. 2009. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n-59-09-09-2008-presidncia.pdf]. Acesso em: 20.01.2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Interceptações Telefônicas – relatório de quantitativos. CNJ. Brasília, [S. d.]. Disponível em: [www.cnj.jus.br/interceptacoes_tel/relatorio_quantitativos.php]. Acesso em: 20.01. 2019.

CAIADO, Nuno. Vigilância electrónica e prova: estudo de um caso e algumas reflexões. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coords.). *Direito da Investigação Criminal e da Prova*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 237-253.

CAIRES, João Gouveia de. O registo de som e imagem e as escutas ambientais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coords.). *Direito da Investigação Criminal e da Prova*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 273-298.

CARRELL, Nathan E. Spying on the mob: *United States v. Scarfo* – a constitutional analysis. *Journal of Law, Technology & Policy*, Champaign, v. 2002, n. 1, p. 193-214, 2002.

CHAOS COMPUTER CLUB. Chaos Computer Club analyzes government malware. Chaos Computer Club, [S.l.], 08 out. 2011. Disponível em: [https://ccc.de/en/updates/2011/staatstrojaner]. Acesso em: 23.11.2018.

CLOUGH, Jonathan. *Principles of Cybercrime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

COLOMER, Juan-Luis Gómez. El processo penal español a comienzos del siglo XXI. Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción. *InDret*, Barcelona, n. 1, p. 1-59, 2017.

COMPUTER HOPE. Policeware. *Computer Hope*. Salt Lake City, 15 set. 2017. Disponível em: [www.computerhope.com/jargon/p/policewa.htm]. Acesso em: 11.11.2018.

CONLAN, Kevin; BAGGILI, Ibrahim; BREITINGER, Frank. Anti-forensics: Furthering digital forensic science through a new extended, granular taxonomy. *Digital Investigation*, Amsterdam, New York, v. 18 (Supplement), p. 566-575, 2016.

CUNHA, Paulo de Sá e; CHASTRE, Leonor. L'utilizzo del captatore informatico "Trojan Horse" nella procedura penale portoghese. *Parola alla Difesa,* Pisa, n. 1, p. 183–185, 2016.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (Também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência,* Coimbra, A. 146, n. 4000, pp. 3-16, 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life. European Court of Human Rights. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf]. Acesso em: 19.12.2018.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS; COUNCIL OF EUROPE; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Handbook on European data protection law* – 2018 edition. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION. Cybercrime. FBI.gov, Washington, [S.d.]. Disponível em: [www.fbi.gov/investigate/cyber]. Acesso em: 23.11.2018.

FELICIONI, Paola. L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma. *Processo Penale e Giustizia*. Torino, n. 5, p. 118-138, 2016.

FÈVRE, Paul Le. Il regime della captazzione dei dati informatici nel diritto francese. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 181-183, 2016.

FILIOL, Eric. *Computer viruses: f*rom theory to application. Paris: Springer, 2005.

FILIPPI, L. L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia. *Parola alla Difesa*, Pisa, n. 1, p. 179–181, 2016.

FORGÓ, Nikolaus; HAWELLEK, Christian; KNOKE, Friederike; STOKLAS, Jonathan. The Collection of Electronic Evidence in Germany: A Spotlight on Recent Legal Developments and Court Rulings. In: CORRALES, Marcelo; FENWICK, Mark; FORGÓ, Nikolaus (Org.). *New Technology, Big Data and the Law*. Singapore: Springer Nature, 2017, p. 251–279.

GERCKE, Marco. *Understanding Cybercrime*: A Guide for Developing Countries. Geneva: International Telecommunication Union, 2011.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, a. 2, n. 3, p. 397–441, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUERRIER, Claudine. *Révision du code de procédure pénale 2016: le nouveau régime des interceptions électroniques*. [S. l.]. Disponível em: [www.juriscom.net/wp-content/uploads/2016/10/20161026penalcomm.pdf] Acesso em: 05.12.2018.

HUYGHE, François-Bernard. *Les Écoutes Téléphoniques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LIPOVSKY, Robert. German Policeware: Use the Farce…er, Force…Luke. *welivesecurity*. [S. l.], 10 out. 2011. Disponível em: [www.welivesecurity.com/2011/10/10/german-policeware-use-the-farce-er-force-luke]. Acesso em: 11.11.2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARSHALL, Angus. *Digital Forensics* – Digital Evidence in Criminal Investigation. Chichester: Wiley-Blackwell, 2008.

MARTINS, A. Lourenço. Novas tecnologias, investigação criminal e o cidadão em vias de transparência. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* – Volume II. Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, p. 491-513.

MASON, Stephen. Towards a Global Law of Electronic Evidence? An Exploratory Essay. *Revista de Concorrência e Regulação,* Lisboa, A. VI, n. 23-24, p. 239-262, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. O processo penal entre a eficácia e as garantias. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALMEIDA, Carlota (Coords.). *Direito da Investigação Criminal e da Prova*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 67-80.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. Versão digital. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. La investigación del delito en la era digital: Los derechos fundamentales frente a las nuevas medidas tecnológicas de investigación. *Estudios de Progreso – Fundación Alternativas,* Madrid, n. 74, p. 1-60, 2013.

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

POOL, R. L. D.; CUSTERS, B. H. M. The Police Hack Back: Legitimacy, Necessity and Privacy Implications of The Next Step in Fighting Cybercrime. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Deventer, v. 25, n. 2, p. 123-144, 2017.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais* – Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RAMALHO, David Silva. *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

RAMALHO, David Silva. O uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal. *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, A. IV, n. 16, p. 195-243, 2013.

REIMER, Jeremy. The tricky issue of spyware with a badge: meet 'policeware'. *ARS Technica,* New York, 20 jun. 2007. Disponível em: [https://arstechnica.com/information-technology/2007/07/will-security-firms-avoid-detecting-government-spyware]. Acesso em: 11.04.2018.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. A utilização de novas tecnologias no âmbito da investigação criminal e as suas limitações legais: a interceptação de comunicações em massa e os *softwares* de espionagem. *Galileu – Revista de Direito e Economia,* Lisboa, v. XIX, n. 2, p. 49-77, 2018.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal* – Bruscamente… A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. Cascais: Rei dos Livros, 2010. Tomo II.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, 2017.

SERRANO, Nicolás González-Cuéllar. Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (Coord.). *Prueba y Processo Penal* (Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 149-181.

STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova ilícita. *Direito & Justiça,* Porto Alegre, v. 35, n. 2, p. 160-181, 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. O Reforço dos Princípios Constitucionais na Obtenção de Prova no Mundo Digital. *Corpus Delicti – Revista de Direito de Polícia Judiciária,* Brasília, v. 2, n. 3, p. 11-25, 2018.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. 3. ed., ver., actual. e aument. Coimbra: Edições Almedina, 2010. Tomo I.

VELANI, Luigi Gino. Trojan horse, strumenti investigativi e diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio. *Parola alla Difesa,* Pisa, n. 1, p. 173–179, 2016.

VERVAELE, J. A. E. Surveillance and Criminal Investigation: Blurring of Thresholds and Boundaries in the Criminal Justice System?. In: GUTWIRTH, S.; LEENES, R.; HERT, P. D. (Ed.). *Reloading Data Protection*: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer, 2014, p. 115-128.

WEBER, Rolf H.; HEINRICH, Ulrike I. *Anonymization*. London, Heidelberg, New York, Dordrecht: Springer, 2012.

WIKILEAKS. Hacking Team – RE: BRENDA Operation. *WikiLeaks*, [S.l.], [S.d.]. Disponível em: [www.wikileaks.org/hackingteam/emails/emailid/921908]. Acesso em: 23.01.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A infiltração de agentes em meio virtual sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise da Lei 13.441, de 8 de maio de 2017, de Greice Patrícia Fuller e Fábio Gallinaro – *RT* 995/175-193 (DTR\2018\19367); e
- Crimes informacionais: da compatibilidade internacional do ordenamento jurídico nacional e da proposta de reforma, de Eduardo Baker Valls Pereira – *RBCCrim* 112/263-295 (DTR\2015\1984).

Punição, verdade e prova: perspectiva crítica e transdisciplinar

Punishment, truth and proof: critical and transdisciplinary perspective

Elmir Duclerc Ramalho Junior

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Professor Adjunto de Processo Penal da Universidade Federal da Bahia. Ex-Presidente e Membro Fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCcrim). Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia.
educlerc@uol.com.br

Luiz Gabriel Batista Neves

Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor Substituto da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Vice-Diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCcrim). Advogado criminalista.
luizgabriel@hilariaoeneves.adv.br

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.03.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O artigo busca demonstrar como é possível a punição em um processo penal liberal e democrático, quais os níveis de exigências probatórias para que a hipótese acusatória permita a punição do sujeito em um processo penal. O marco teórico do trabalho está no garantismo penal de Ferrajoli e na teoria agnóstica de Zaffaroni, que se conecta com a instrumentalidade autoritária do processo penal. Com isso, é preciso reconhecer a busca por uma perspectiva crítica e integrada das ciências penais (ou do saber penal),

Abstract: The present article aims to demonstrate how it is possible to aply punishment to the people condemned for commiting crimes through a liberal and democratic criminal process, analyzing the required standard of proof is required. The theoretical basis of the work is the legal garantism theory, written by Luigi Ferrajoli, and the agnostic theory of punishment, by Eugenio Raúl Zaffaroni, which connects with the authoritarian instrumentalization of the criminal prosecution. In this sense, it is necessary to recognize

cujo desdobramento já escoa na visão mais moderna de descolonialidade. Desse modo, é possível perceber como a concepção dos *standards* probatórios, descolado da visão crítica que constitui a premissa teórica do presente trabalho, é tragado pelas brechas instrumentais e operacionais de um processo penal autoritário no Brasil, cujo o código de processo penal tem matrizes no fascismo italiano da década de 40 do século passado. Assim, o problema a ser investigado é como será possível a punição.

Palavras-chave: Garantismo penal – Teoria agnóstica – autoritarismo – *Standards* de prova – Descolonialidade.

the importance of a critical and integrated perspective of study of the criminal sciences (or criminal knowledge), whose unfolding is already flowing in the most modern view of decoloniality. It is possible to notice how a conception of standards of proof detached from the critical view that constitutes the theoretical premise of the present work, is obscured by instrumental and operational nuances of an authoritarian criminal prosecution in Brazil, whose code of criminal procedure has influences of the Italian fascism of the 40's of last century. Thus, the problem to be investigated is how to punish in a democratic an liberal state.

Keywords: Legal garantism theory – Agnostic theory of punishment – Authoritarism – Standards of proof – Decoloniality.

Sumário: 1. Introdução. 2. A verdade fática e os pressupostos epistemológicos do direito penal da modernidade metropolitana. 3. Perplexidades contemporâneas em torno do *in dubio pro reo*. 4. Descolonialidade e realismo marginal, para uma teoria crítica da prova. 5. Legitimação do poder punitivo e epistemologia penal transdisciplinar. 6. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O tema da prova tem estado sempre no centro das preocupações da doutrina, mas, sem dúvida alguma, ganhou maior relevo nos últimos anos, na exata medida em que foram sendo produzidos sucessivos abalos nos fundamentos da concepção liberal e democrática de processo penal, mediante o incremento de uma cultura autoritária que se alimenta, ainda, de categorias herdadas do processo civil (via a "teoria geral do processo[1]") e, já agora, da importação acrítica e parcial de elementos do direito norte-americano[2].

1. Que, depois das denúncias de sua insuficiência ao processo penal, teve a capacidade de se reinventar a partir de uma proposta (também insuficiente para o processo penal) filosófica, conforme se pode observar da obra de: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Sobre as críticas a este modelo filosófico é possível ver a posição de: NEVES, Luiz Gabriel Batista. *Culpabilidade, Física Quântica e Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 124-130. Na visão crítica da dogmática, é possível ver a posição de: DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
2. Como exemplos dessa importação estão os modelos de justiça negocial dos juizados especiais criminais, o instituto da delação premiada e o acordo de não-persecução penal

Tomando por referência o resgate empreendido por Luigi Ferrajoli do direito penal e processual penal da ilustração, pode-se observar que sua primeira preocupação é justamente a identificação dos pressupostos éticos-políticos e epistemológicos sobre os quais estaria fundado um sistema integrado e garantista responsável por conter o poder punitivo.

No plano dos pressupostos epistemológicos, a verdadeira crise paradigmática acima referida parece colocar em questão, acima de tudo, a ideia do *veritas, non auctoritas facit iudicium*, na medida em que expressa a necessidade de condicionar a imposição de uma pena criminal ao reconhecimento intersubjetivo (para além do solipsismo da autoridade do juiz[3]) dos pressupostos fáticos de uma condenação criminal, em um processo justo, com contraditório e ampla defesa.

O abalo que se produz nesse princípio pode ser observado: a) pela tentativa de relativização dos (já frágeis) standards probatórios que seriam suficientes para a condenação e; b) pela gradual introdução de mecanismos de negociação penal que tendem a substituir qualquer discussão processual sobre a verdade (*veritas*) por um ato de vontade das partes (*consensus*), homologado pelo órgão jurisdicional (*auctoritas*).

O presente trabalho tem por objetivo contribuir para um diagnóstico e propor alternativas para este cenário, tentando compreende-lo, entretanto, à luz das tensões seculares entre autoritarismo e democracia, como um fenômeno essencialmente "moderno", no âmbito do discurso jurídico penal, mas considerando um quadro mais ampliado, que tome em conta o tema da verdade no sentido mais abrangente possível, a partir da identificação de uma pergunta

(Resolução 181 do CNMP modificada pela Resolução 183/2018). Uma análise crítica dessa importação parcial desses institutos do direito norte-americano pode ser visto em: Vasconcellos, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015; RIOS, Lucas P. Carapiá. *Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência*. In: Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Volume II. Santiago: CEJA – JSCA, 2018.

3. Já que é preciso estar atendo a virada linguístico-ontológica na filosofia, conforme alerta: KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 198 e segs.; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Gedisa, 2000; HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte 1. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

guia que atravesse os limites disciplinares, dentro de uma concepção integrada de ciências criminais[4].

Observa-se que o que se pretende é enfrentar apenas o problema da letra "a", acima, deixando a questão da verdade e das soluções penais negociadas para outro trabalho.

2. A verdade fática e os pressupostos epistemológicos do direito penal da modernidade metropolitana

A noção de modernidade "metropolitana", mencionada no título deste tópico, faz referência expressa às teses (aqui incorporadas) de Henrique Dussel, sobre a construção da modernidade como um fenômeno essencialmente político de conquista militar, que acabou deslocando o centro do poder do sistema-mundo do Oriente para a Península Ibérica, primeiro, e, depois, para o Norte da Europa, vale dizer, para a Holanda e Inglaterra, entre os Séculos XV e XX[5].

Essa perspectiva do fenômeno moderno parece fundamental para entender o papel e os discursos construídos em torno da punição, no campo mais abrangente de um projeto dito civilizatório que, sob as mais diversas justificativas ideológicas e supostamente apoiado na razão iluminista, produziu e ainda produz dor e violência em níveis críticos, vale dizer, em níveis que justificam a sua exposição à crítica[6].

---

4. Nesse sentido, BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 155-158, propõe um modelo integrado de ciência penal; Zaffaroni, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 31-44, apesar de recusar a ideia de ciência, adere ao modelo de saber jurídico-penal integrado; No Brasil, CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-74, aponta o problema da fragmentação das ciências criminais (no sentido de direito penal e criminologia) e propõe uma construção transdisciplinar.
5. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 53-60.
6. Até porque, como adverte ZAFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; AKAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Direito Penal Brasileiro: teoria Geral do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 54, estimula-se a opinião pública para justificar a intervenção do poder punitivo como algo que é capaz de resolver os problemas sociais, pois "[...] a urgência em normatizar acelera a essência competitiva das agências políticas:

E é justamente a partir dessa compreensão do projeto da modernidade que melhor se pode compreender as suas contradições internas, inclusive no que se refere às ciências criminais, forjadas em um contexto crítico de disputa política entre a burguesia europeia emergente e as forças do *Ancient Regime*, mas logo em seguida capturadas e submetidas aos interesses de estabilização e controle social da burguesia vitoriosa e metropolitana do Século XIX. Nesse sentido, encontra-se a pesquisa de Ferrajoli sobre os pressupostos ético-políticos e epistemológicos do direito penal da ilustração.

A tradição jurídica ilustrada e liberal foi constituída principalmente no século XVIII sobre distintos filões[7] que, apesar de contraditórios, às vezes, e não univocamente liberais, deram origem a uma série de princípios garantistas que constituem um verdadeiro:

> "[...] esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad."[8]

Esse sistema, por ser um esquema ideal e, em grande parte, ideológico, apresenta algumas aporias lógicas, que têm ensejado sua desqualificação por setores da cultura jurídica, com consequências antigarantistas. Daí a necessidade já anunciada de fazer a sua revisão, começando pela identificação de seus elementos constitutivos: o convencionalismo penal e o cognoscitivismo processual.

O convencionalismo penal (expresso na máxima *auctoritas, non veritas, facit legem*) teria como corolário o princípio da estrita legalidade, e se desdobraria em duas condições: o caráter formal da definição da conduta desviante e o caráter empírico ou fático das hipóteses de conduta desviante legalmente definidas. Da primeira condição decorre não ser possível falar em ações ontologicamente desviantes, mas em ações indicadas pela lei como pressuposto necessário da aplicação

---

o recurso à vitimização primária é um dos principais métodos para obter prestígio e clientela dentro dessas agências, sendo empregado com freqüência proporcional à reafirmação do *mito de que renormatizar é resolver*".

7. As doutrinas dos direitos naturais, a filosofia racionalista e empirista, a doutrina política da separação de poderes, a ideia de contrato social, o positivismo jurídico, o Estado de Direito e as concepções utilitaristas da pena e do processo, por exemplo.

8. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

de uma pena (*nulla poena et nullum crimen sine lege* – princípio da legalidade). Da segunda condição decorre que a conduta desviante deve traduzir-se sempre em ações empíricas e objetivas, e nunca em aspectos subjetivos relativos ao *status* da pessoa (princípio da estrita legalidade – *nulla poena sine crime et sine culpa*).

O cognoscitivismo processual assenta-se na máxima *veritas, non auctoritas, facit iudicium* e tem como corolário o princípio da estrita jurisdicionalidade, a exigir "la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias em virtud de su carácter asertivo y suprueba empírica em virtud de procedimientos que permitan tanto laverificación como larefutación".[9] Isso significa que, para ser pressuposto da pena, o delito não deve ser apenas um fato univocamente descrito e denotado pela lei, mas deve sê-lo, também, pela hipótese acusatória formulada no caso concreto. Além disso, exige-se que tal hipótese seja concretamente submetida à verificação e exposta à refutação, de modo que só seja considerada como verdadeira se apoiada em provas e contraprovas. Note-se, assim, que do princípio da estrita jurisdicionalidade (*nulla culpa sine judicium*) resulta de um processo penal com um modelo normativo e teórico de processo de cognição e de comprovação, em que se exige um procedimento probatório de tipo indutivo, excludente de valorações e concentrado em asserções e negações das quais se extraiam os conceitos de verdade e falsidade processual. É claro que o modelo de epistemologia garantista de direito penal é em grande parte apenas ideal. Nunca se cumpriu e, certamente, nunca será cumprido na íntegra.

A existência de alguns espaços de poder na atividade judicante, denominados, em seu conjunto, de poder judicial, que podem ser reduzidos mediante a imposição e a observância das garantias processuais, mas nunca totalmente suprimidos.

É justamente aí, portanto, entre as margens de controle possível do poder judicial, que se localiza, no pensamento de Ferrajoli, a tensão que atravessa toda a história da modernidade jurídico-penal, entre autoritarismo e democracia, refletida também entre modelos gerais ou sistemas processuais antagônicos, que lhes são correspondentes (inquisitorial e acusatório).

A exposição crítica desses pressupostos, bem como dos pressupostos ético-políticos (justificação da pena nos moldes de um utilitarismo penal reformado), Ferrajoli avança para propor um decálogo de garantias que formam um sistema integrado de Direito Penal e Processual Penal, montado sobre uma concepção positivista (embora crítica) de direito e orientado pela aspiração de mínima intervenção possível na esfera de liberdade dos indivíduos.

9. Ibidem, p. 36.

De todas as questões relacionadas ao controle democrático da decisão penal, contudo, desde já é preciso sugerir uma atenção especial com aquelas relacionadas aos standards probatórios, vale dizer, com os critérios (estabelecidos *a priori*) para que seja possível reduzir os níveis de poder judicial no exato momento em que, resolvidas todas as questões relacionadas à admissibilidade do material probatório, o juiz é chamado a dizer se a acusação conseguiu ou não se desincumbir do ônus probatório, vale dizer, se os standards probatórios foram atingidos em nível suficiente ao afastamento da presunção de inocência do acusado para além da chamada dúvida razoável.

3. Perplexidades contemporâneas em torno do *in dubio pro reo*

O *in dubio pro reo*, como decorrência do princípio da presunção de inocência, tem sido discutido em diversas ordens, inclusive havendo doutrina que faça a sua distinção da própria presunção de inocência[10], o que causa debates acerca dos modelos teóricos em torno da condição de garantia do processo penal acusatório. Historicamente, é possível dizer que a presunção de inocência inexiste antes da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que causou uma revolução no direito processual penal[11]. Em uma lição mais recente, percebe-se que o conceito de standard de prova intersubjetivamente controlável surge como garantia processual da presunção de inocência[12].

É de acordo com essa perspectiva que a presunção de inocência será concebida, ao menos em parte da doutrina, como um direito fundamental, sendo o princípio do *in dubio pro reo* o seu significado – no sentido de que a "dúvida é um estágio intermediário no qual permanece a pessoa que, já tendo alguns conhecimentos sobre o objeto, não consegue atingir certeza"[13].

Para Jordi Ferrer Beltrán[14], atribuem-se à presunção de inocência diversas faces (de caráter processual e extraprocessual[15]). Na dimensão interna, de um

10. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Presunción de Inocencia y Prison sin Condena, em Detención y Prisón Provisional*. Madri: Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.
11. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77.
12. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma Concepção Minimalista e Garantista de Presunção de Inocência, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Dossiê: Prova Penal: Fundamentos Epistemológicos e Jurídicos. Trad. Janaína Matida. Porto Alegre, v. 4, n. 01, p. 149-182, 2018.
13. MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. Cit.*, 2010, p. 402.
14. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Op. Cit.*, 2018.

processo judicial na jurisdição penal, tem as seguintes características: (a) princípio informador do processo penal; (b) regra de tratamento processual; (c) regra probatória e; (d) regra de julgamento[16].

Nas duas primeiras hipóteses (a) e (b), impõe-se como um limite ao poder legislativo e como juízo que vai condicionar as interpretações acerca da norma processual penal (a)[17], sem deixar de ser um tratamento dirigido a qualquer pessoa que esteja em julgamento em um processo penal, ou seja, até que seja considerada culpada o tratamento a ser dirigido a qualquer um é de inocente (b). E sobre esta última surgem questionamentos de quando se inicia e quando se encerra essa proteção, havendo posições que exigem o trânsito em julgado das condenações e outras que admitem a perda da tutela após a sentença condenatória de primeiro grau[18].

Como regra probatória, teve seu desenvolvimento na Espanha e consiste na exigência de um procedimento probatório que possa permitir a desconstituição da própria presunção. Tem sido interpretada como decorrência de alguns tratados internacionais, como o Pacto de San José da Costa Rica, art. 8.2, e do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, art. 6.2, sendo compreendida como uma sequência de fases a serem ultrapassadas até se chegar à culpabilidade de um sujeito, a saber: (i) exige uma mínima atividade probatória; (ii) que constitua prova de autoria; (iii) realizada pelo órgão acusador; (iv) produzida em um juízo oral; (v) com o cumprimento das garantias constitucionais e legais[19]. Não é difícil perceber que muitas dessas garantias já estão protegidas por outros direitos ou outras dimensões da própria presunção de inocência, mas não é possível deixar de mencionar que "determinar quando a prova de autoria é suficiente para justificar a condenação é precisamente a função de um standard de prova"[20] que possui o requisito da fiabilidade da prova. Entre estas funções, a exigência da prova ser produzida pela acusação é a que melhor representa a regra probatória da presunção de inocência.

15. Nesse sentido: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Op. Cit.*, 2018, p. 154, diz que "As situações extraprocessuais nas quais a presunção de inocência seria aplicável poderiam ser de dois tipos: aquelas que implicam o poder sancionador do Estado, i.e., o procedimento administrativo sancionador, e as relações entre particulares."
16. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Op. Cit.*, 2018.
17. Ibidem, p. 156-158.
18. Ibidem, p. 158-162.
19. Ibidem, p. 163.
20. Ibidem, p. 164.

Por fim, as dimensões internas da presunção de inocência, como regra de julgamento, têm aplicação direta no âmbito da valoração da prova. Registra-se que a presunção de inocência, nessa condição, tem sido objeto de intensos debates, havendo mesmo quem sustente a distinção entre presunção de inocência e *in dubio pro reo*[21]. Nas palavras de Jordi "[...] o status de regra de julgamento à presunção de inocência, cuja função suporia a constitucionalização do standard de prova penal [...] imporia a obrigação de absolver se o resultado da valoração não alcança o standard de prova indicado"[22]. A indagação que surge é: qual é esse standard de prova? E mais: a que(m) serve essa cientificidade?

Surgem posições amplamente antagônicas para responder a estas perguntas, desde quem defende a íntima convicção (apreciação em consciência), como critério de valoração da prova, até aquela conforme a qual uma condenação só é possível além de toda dúvida razoável, demonstrando que a confusão entre presunção de inocência e standard de prova é um ponto crucial nesse debate. Até porque, se o standard, de um lado, é a busca por uma valoração racional da prova, é preciso reconhecer que, independentemente do standard que se adote, sempre existirá uma indeterminação sobre ele[23]. Em última análise, "a prova penal converte-se em chave explicativa de esquemas metodológicos diversos"[24].

Assim, a clássica distribuição do modelo anglo-saxão entre *burden of proof* e o *burden of producing evidence* serve muito mais para percepção do modelo de processo penal, para atribuição à acusação de se desincumbir do ônus de provar e para estabelecer uma assimetria dos respectivos standards de prova, entre defesa e acusação[25].

Por essa razão, aliás, é que o processo só alcança verdades relativas, onde é necessário "una precisión referente a este calificación"[26]. Não se remete aqui a ideia do relativismo subjetivo do juiz, com suas características e inferências pessoais,

21. Ibidem, p. 169-170.
22. Ibidem, p. 170.
23. Ibidem, p. 171-175.
24. PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos, a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 20.
25. Ibidem, p. 176-177.
26. TARUFFO, Michele. *La Verdad y Prueba Dentro el Proceso. In:* BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Maria del Carmen Vázquez; TARUFFO, Michele. *Teoria de la Prueba*. Bogotá: Tribunal Constitucional Plurinacional Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. p. 23.

psicológicas e culturais, onde cada sujeito pode crer em sua verdade individual. Esta verdade admitida no processo tem um sentido objetivo, assentada na qualidade e qualidade de informações sobre as quais se baseia o conhecimento dos fatos. Como afirma Taruffo, trata-se de um princípio epistemológico de caráter geral[27].

Pode-se perceber a natureza e as funções das provas no processo penal: de condicionar a atuação do juiz na análise do caso concreto. Nas palavras do autor: "Y es con base en las pruebas adquiridas para el proceso, y solamente éstas (estando en vigencia la prohibición del c.d. recurso a su "ciencia privada") *que el juez debe fundar una decisión relativa a la verdad de los hechos*"[28]. Até porque,

> "[...] se ve entonces que, para el juez, la prueba no tiene en absoluto una función meramente persuasiva, y tiene en cambio, una función esencialmente epistémica, tratándose del instrumento del cual él debe servirse para conocer la verdad relativa de los hechos de los que se trata"[29].

Nesse contexto, os standards probatórios, conhecidos também como modelos de constatação, que determinam quais os níveis de prova exigidos no processo penal, surgem inicialmente como um discurso técnico e científico que se visa diminuir as probabilidades de condenações equivocadas, os erros judiciais, mas que pode servir facilmente à operatividade instrumental do processo penal, como forma de justificar, em nome de um cientificismo, a produção de condenações que se baseia, em verdade, no livre convencimento do juiz, a partir de suas premissas e pré-compreensões, típicas de um modelo inquisitório. Deve-se concordar, portanto, com as advertências de Diego Dei Vecchi "he de manifestar mis dudas acerca de la posibilidad de contar con estándares de suficiencia objetivos [...], porque identificar estándares legislativos presupone la interpretación de enunciados jurídicos"[30].

Resta saber, portanto, em que medida toda a construção teórica que se tem empreendido em torno do tema, marcadamente na Europa e nos Estados Unidos, será realmente capaz de dar conta da tarefa de conferir sentido prático ao

27. Ibidem, p. 24.
28. Ibidem, p. 28.
29. Ibidem.
30. VECCHI, Diego Dei. *La Prueba Judicial como Conocimiento: una caracterización poço persuasiva*. In: Debatiendo com Taruffo. Org. Jordi Ferrer Beltrán e Camen Vázquez. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 290.

veritas, non acutoritas, facit iudicum, evitando o quanto possível o arbítrio judicial e preservando a lógica da atribuição do ônus da prova ao acusador e somente a ele.

A hipótese com a qual se trabalha, no particular, é que algo assim só será possível a partir de uma epistemologia transdisciplinar das ciências criminais, que não ignora ou despreza as suas matrizes centrais e metropolitanas, mas também não abre mão de considerá-las de maneira crítica, a partir de condicionantes da realidade periférica e colonial.

É o que se verá nos tópicos seguintes.

4. Descolonialidade e realismo marginal, para uma teoria crítica da prova

Dialogar com as matrizes europeias sem se deixar capturar por elas. É como se pode apresentar, de maneira hiper-sintética, a atitude epistemológica dos chamados *estudos descoloniais,* que têm em Enrique Dussel, talvez, o seu grande precursor, ao apresentar o saber filosófico moderno como resultado de uma história, não apenas da história da filosofia, à maneira de Heidegger, mas de uma história geral das sociedades humanas, marcada pela violência e pela dominação de poucos sobre muitos, e pelo estrangulamento (velamento) dos discursos filosóficos, da ciência, da cultura, das artes, enfim, dos modos de vida dos indivíduos e dos povos achados na condição de vítimas[31].

O primeiro passo é a desconstrução do esquema tradicional (ideológico) de estudo da história, dividida em fases evolutivas, bem como da própria concepção de modernidade, como um fenômeno exportado da Europa para o resto do mundo. Ao contrário, o que se sustenta é que a modernidade deve ser concebida como uma produção cultural do centro de um sistema-mundo, instituído a partir da expansão colonial europeia sobre as Américas, ainda no século XVI, que desloca o polo de poder global da Ásia para a Europa ocidental[32].

Um século depois do movimento de expansão ibérica, a hegemonia espanhola entrou em declínio em favor da Holanda (ex-província de Flandres, que se emancipou e se tornou independente da Espanha), já bem melhor estruturada, por diversas razões, para o desenvolvimento do capitalismo mercantil. Nos anos

31. DUSSEL, Enrique. *Op. Cit.*, 2002.

32. Ibidem, p. 57, "A Espanha estava preparada para se tornar o primeiro estado moderno; pelo descobrimento começa a ser o centro da sua primeira 'periferia' (Ameríndia)."

seguintes, a Inglaterra acabou sobrepujando a Holanda, dividindo a hegemonia europeia (e do próprio sistema-mundo) com a França.

O certo é que durante todo esse processo a Ameríndia desempenhou um papel fundamental, como vantagem estratégica, que assegurou, à Europa, uma posição de centralidade em relação ao Oriente e ao mundo muçulmano. Não é por acaso que a "primeira" modernidade hispânica tenha produzido, com absoluta primazia, uma reflexão filosófica de cunho humanista e renascentista, em que o processo expansionista está no centro das discussões[33].

O que ocorre na metade do século XVII é apenas a formação do paradigma científico decorrente das exigências de eficácia, simplificação e racionalização necessárias à gestão no novo sistema-mundo. A racionalização seria efeito e não causa. A própria noção de universalidade, tão cara à modernidade, é construída com base nas particularidades europeias, e o *ego cogito* da ontologia de Descartes é precedido do *ego conquiro* de Fernando Cortês (1521). Assim, a modernidade é algo que precisa ser recuperado, naquilo que for recuperável, negando-se a dominação e a exclusão do sistema-mundo. Nesse sentido, sua filosofia supõe a libertação das vítimas oprimidas e excluídas a partir de uma ética que não se pretende nem moderna nem pós-moderna (ambas eurocêntricas), mas *transmoderna*.

A ação globalizadora e excludente, ínsita à constituição e consolidação do sistema-mundo da modernidade, encontra um limite na própria resistência do outro, que constitui um ponto de partida da crítica que pretende conduzir à libertação. Daí decorre que "a filosofia europeia não é só produto exclusivo da Europa, mas é produção da humanidade situada na Europa como 'centro', e como contribuição das culturas periféricas que estavam num diálogo constitutivo [...]", de forma que "[...] a filosofia-centro e a filosofia-periferia (oprimida no sistema-mundo ou simplesmente excluída) são duas faces da filosofia na modernidade, e seus contradiscursos (tanto no centro como na periferia) são um patrimônio de todos os filósofos do mundo, não só dos europeus"[34]. Reconhecer o discurso do outro (vítimas oprimidas e excluídas) "já é o primeiro momento do processo ético de libertação da filosofia"[35].

---

33. Ibidem, p. 60, "a partir dos recursos teóricos que se tinha (a filosofia escolástica muçulmano-cristã e renascentista), a questão ético-filosófica central foi a seguinte: que direito tem o europeu de ocupar, dominar e gerir as culturas recentemente descobertas, militarmente conquistadas e que estão sendo colonizadas?"

34. Ibidem, p. 71-77.

35. Ibidem.

Na inequívoca esteira do pensamento dusseliano, constitui-se na América Latina, nos anos 1990, um grupo de intelectuais voltados ao estudo das ciências sociais, intitulado Grupo Modernidade/Colonialidade, focado no estudo das humanidades e a partir de uma perspectiva descolonial, cujos esforços teóricos envolvem, inclusive, a criação de interessantes categorias de análise, como, por exemplo, a ideia de "eurocentrismo":

> "[...] que, em uma primeira acepção, designa um modo de produzir conhecimento adequado às necessidades do capitalismo desenvolvido na Modernidade pela Europa e seus herdeiros (Estados Unidos como principal): a medição, quantificação, a objetivação a respeito do conhecedor (relação sujeito-objeto), com o fim de controlar as relações entre as pessoas e entre estas e a natureza, em especial a propriedade e os meios de produção e que, no mesmo sentido, naturaliza as experiências, identidades e relações históricas da colonialidade e da distribuição geocultural do poder capitalista mundial nos moldes estabelecidos pelo centro do Ocidente."[36]

No âmbito do saber penal, especificamente, o *realismo marginal* de Zaffaroni, ainda que de maneira não planejada e não declaradamente alinhada aos Estudos Descoloniais, não é outra coisa, senão isso: uma tentativa assumida de construção de um pensamento penal autenticamente latino-americano, que dialoga, mas não se deixa colonizar pelo pensamento penal (e suas matrizes filosóficas) produzido no centro do mundo e amplamente utilizado no processo de dominação colonial.

A exploração colonial e suas relações com o sistema de punição aqui imposto é denunciado logo de partida, quando se afirma que:

> "Há cinco séculos nosso território é submetido a um processo de atualização histórica incorporativa, como resultado de duas revoluções tecnológicas sucessivas: a mercantil (século XVI) e a industrial (século XVIII). Primeiramente, as potências ibéricas, como impérios mercantis salvacionistas, efetivaram nossa incorporação à civilização mercantil na forma de colonialismo e, em seguida, as potências europeias do norte praticaram o neocolonialismo que ainda perdura. Atualmente, o centro deslocou-se para a América do Norte, sendo já possível reconhecer que nos encontramos em meio a uma outra revolução, a tecnocientífica. O colonialismo e o neocolonialismo foram dois momentos diferentes – mas igualmente cruéis – de genocídio e etnocídio"[37].

36. Ibidem, p. 145.

37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, 1999, p. 118.

Tal contexto em todas as suas implicações estaria a impor a "urgência de uma resposta marginal à deslegitimação do sistema penal, pois já agora a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento"[38]. Contudo, "como dependemos de referências teóricas centrais e de seus elementos"[39], "lançar mão desses elementos, selecionando-os e combinando-os de acordo com algum critério que, em nosso caso, nos permita 'ver' os componentes teóricos – ou úteis – necessários para hierarquizar e defender a vida humana e a dignidade do homem"[40].

Trata-se de uma proposta realista, dentre outras razões, porque permite que aproxime os "fenômenos do sistema penal, evitando a reificação das categorias generalizantes interligadas pelas agências (como crime, droga etc.), que perdem sua utilidade como instrumentos de pensamento, tonando-se realidades inventadas que o obstaculizam"[41].

Por fim, interessa recolher, de Zaffaroni, algo sobre as dimensões jurídico-penal e político-criminal do realismo marginal. A primeira dimensão:

> "[...] parece mais complicada, uma vez que o discurso jurídico-penal deslegitima-se com a deslegitimação do próprio sistema penal. No entanto, este processo não impede a construção de um novo discurso jurídico-penal que aceite a deslegitimação do exercício do poder do sistema penal e que se limite a pautar as decisões das agências judiciais com o mesmo objetivo político de reduzir a violência, levando-se em conta a informação criminológica sobre a operacionalidade real dos sistemas penais"[42].

A essa altura, é possível concluir que tudo o que diz Zaffaroni sobre o papel do realismo marginal na reconstrução dos discursos jurídicos penais deve valer, também, à toda evidência para o campo mais específico dos discursos sobre o processo penal e, especialmente, sobre o ferramental tecnológico que herdamos e continuamos a receber, continuamente, dos países centrais (eurocentrismo), inclusive aqueles sofisticados elementos relacionados aos standards probatórios.

Assim, examinando panoramicamente o processo de formação do processo penal brasileiro, ao longo do século XX e início do século XXI, o que se observa,

38. Ibidem, p. 123.
39. Ibidem, p. 160.
40. Ibidem, p. 160-161.
41. Ibidem.
42. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, 2001. p. 172.

conforme o tirocínio de Ricardo Gloeckner[43], é que resulta da absorção acrítica de uma teoria (geral) do processo de matriz europeia e, o que é pior, impregnada de ideias radicalmente antidemocráticas, disfarçadas sob a capa de *tecnicismo* e *instrumentalidade eficientista.* Aliás, o significante *instrumentalidade* seria responsável por condicionar uma série de reformulações sobre o tecnicismo processual penal, a ponto de se questionar se seria possível falar dele de uma forma "divorciada" da semântica política autoritária, mesmo após o advento da Constituição de 1988.

O que se segue ao longo da obra do professor paranaense é a tentativa de identificar as principais fontes do discurso político no Brasil do início do Século XX (sobretudo a 2ª e a 3ª décadas), que era declaradamente autoritário, renegando, como "ideias fora de lugar" o liberalismo (conservador) que dava sustentação ao Império e à 1ª República, em nome de uma espécie de democracia autoritária, isto é, da implantação de um regime autoritário como uma etapa necessária à democracia, sob o argumento de acelerar o crescimento e a entrada do Brasil no rol de países civilizados.

No particular, são investigadas e expostas à crítica as trajetórias e ideias de intelectuais como Oliveira Vianna, Alberto Torres e Francisco Campos, com especial destaque deste último, figura absolutamente proeminente no Estado Novo de Vargas cujas atividades como homem de estado incluem a reforma do sistema de ensino nacional e de várias legislações, com uma ênfase toda especial no papel do Estado, no desenvolvimento nacional e, em termos de política criminal, na ideia (urgente) de *defesa social*, permitindo que o processo penal se tornasse um receptáculo desta ideologia, mediante o conceito de *instrumentalidade* do processo. Em síntese, seria possível afirmar que o processo penal seria um instrumento de defesa da sociedade contra o crime e esta seria a razão fundamental pela qual tal arquétipo normativo de instrumentalidade jamais poderia servir, simultaneamente, para a defesa de direitos e garantias fundamentais.

Resulta daí que será confiada ao juiz essa função extraprocessual de "combate" à criminalidade, mediante a utilização de categorias do direito processual penal, fundamentalmente: os poderes instrutórios do juiz e o princípio da livre apreciação da prova. Assim se compreende, aliás, o abandono da concepção "duelística" de processo em favor de uma concepção autoritária, cujo elemento chave é justamente esta aposta no magistrado como sujeito processual dotado de amplos poderes e pronto a garantir a sociedade os que ameaçam a sua segurança,

43. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal:* uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

algo que continua impregnado na forma de fazer processo penal, mesmo após o encerramento do ciclo autoritário de 1964 a 1985, que Gloeckner chama de "pós-acusatório" brasileiro, graças a ressignificações das práticas punitivas mediante operações de transformação semânticas ("eufemismos"), com fins ao reequilíbrio discursivo.

E seria justamente o conceito de instrumentalidade (em duplo sentido, como instrumentalidade do direito processual, em face do direito material, e como instrumentalidade do processo para fins – extraprocessuais – de efetividade do direito à segurança e à paz social), pretensamente neutro, do ponto de vista político, aquele que permite a sobrevivência de práticas autoritárias que mesclam um fascismo clássico com novas formas ou expressões do autoritarismo contemporâneo, reveladas, para o que interessa ao presente trabalho, em noções como "liberdade das provas", "verdade real" e "livre convencimento", que permitia ao juiz, este último, decidir de maneira não adstrita a determinadas regras valorativas estabelecidas a priori.

Tudo, portanto, na formação do processo penal brasileiro, parece andar na contramão do *veritas, non auctoritas facit iudicium*, mas é preciso ter muito cuidado, sempre, com a incorporação de teorias alienígenas (metropolitanas) que, a pretexto de critérios objetivos para conter o arbítrio judicial (standars probatórios), acabem, ao contrário, apenas consolidando e legitimando o arbítrio, repristinando o mecanismo de ocultação do autoritarismo sob a capa de soluções *técnicas*, sempre muito facilmente manipuláveis.

O que fazer para contornar este risco? Quais seriam, afinal, os pontos de partida para uma epistemologia garantista e comprometida com a realidade brasileira latino-americana?

5. Legitimação do poder punitivo e epistemologia penal transdisciplinar

A questão da legitimação do poder punitivo, como se viu, está presente no pensamento de praticamente todos os autores aqui citados. De Gloeckner, por exemplo, apreende-se como o autoritarismo penetra justamente em razão da manipulação ideológica do significante "técnico" e "neutro" da instrumentalidade, que submete de vez o processo penal a finalidades relacionadas às políticas públicas (autoritárias) de segurança, vale dizer, que atribuem à pena e ao processo uma função de defesa social.

Do pensamento de Ferrajoli, viu-se como, antes mesmo de iniciar a exposição daquilo que seria um sistema principiológico e garantista e integrado de direito

penal e processual penal, trata de discutir não apenas os seus pressupostos epistemológicos, mas também os seus fundamentos ético-políticos, fazendo uma longa crítica das teorias da pena, para acolher, ao final, uma concepção utilitarista reformada, em que a pena servirá para evitar novos delitos pela ameaça prévia de vingança púbica contra quem os comete, bem como para evitar a vingança privada e desproporcional praticada contra o suposto autor do delito.

Uma pergunta acerca da "pena" conecta claramente os vários trabalhos aqui desfilados, o que reforça a ideia de que o processo seria uma espécie de condição objetiva de punibilidade do direito penal[44], relevando a dialogicidade que existe entre ambos (contingentemente diferenciados)[45].

Observa-se, por exemplo, que os fundamentos epistemológicos do garantismo, na forma como anunciados por Ferrajoli, se relacionam ao direito material (convencionalismo penal) e, ao mesmo tempo, ao direito processual (cognoscitivismo processual) de uma maneira quase que geometricamente interdependente. De igual forma, na concepção de Ferrajoli é o exercício pleno da defesa (pela possibilidade de refutação da acusação) que justifica a exigência de clareza, objetividade e comprovabilidade empírica das definições legais de crime.

Em suma, inúmeros outros exemplos poderiam ser citados para demonstrar que não se pode mais pensar em uma epistemologia da prova, isoladamente, mas de uma epistemologia penal, mais abrangente, que seja capaz de responder às questões que estão hoje contingentemente separadas entre o direito penal e o direito processual penal[46] e atravessadas, nos dois sentidos propostos, pela ideia (autoritária) de instrumentalidade.

Mais do que isso, a referência (direta ou indireta) à legitimação da punição criminal, indispensável até mesmo para dar sentido às questões dogmáticas, sugere uma necessária aproximação com as disciplinas penais de viés crítico (*zetetico*, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Junior), o que permite falar numa

44. PASTOR, Daniel R. *Tensiones: ¿Derechos Fundamentales o persecución penal sin limites?*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

45. Esta interligação entre direito e processo penal não pode se confundir com o sistema integral desenvolvido por: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de derecho penal:* delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

46. Ainda sobre a relação dialógica entre direito e processo penal deve-se citar: QUEIROZ, Paulo; VIERA, Antonio. Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal. In: *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (org.). Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

epistemologia penal ainda mais abrangente, capaz de transitar por estes dois universos (dogmático e crítico).

Algo assim, aliás, já vem sendo reivindicado por importantes setores do pensamento penal pátrio, que denunciam a fragmentação absolutamente contingente das ciências criminais, que acabam hierarquizadas e dominadas pela dogmática penal, da qual todos os demais saberes (o processo penal instrumental, inclusive) se tornam auxiliares, marcadamente as disciplinas ou saberes não dogmáticos, isto é, a criminologia e a política criminal[47].

Dentre os problemas decorrentes dessa diferenciação contingente das ciências criminais, Segundo CARVALHO, "[...] a desagregação das disciplinas que compõem as ciências criminais gerou incapacidade de diálogo e desenvolvimento simétrico de institutos"[48], até porque "inviabilizou a diluição da crítica criminológica no interior das disciplinas dogmáticas, reforçando, na criminologia institucional e no direito penal, a perspectiva correcionalista"[49], defensivista, pode-se acrescentar.

Daí que:

> "Os dispositivos do Código Penal relativos às consequências jurídicas do crime, reproduzidos nos currículos das Faculdades de Direito e nos livros didáticos, são estruturados a partir da enunciação dos fundamentos do *ius puniendi*, procurando estabelecer a opção normativa estatal aos interrogantes porque punir? No entanto diferentemente da eleição legislativa da Reforma Penal de 1984, com a elaboração do Código Penal e da Lei de Execução Penal, a Constituição não projetou nenhuma finalidade à pena [...]. É possível dizer, inclusive, que a Constituição de 1988 assumiu teoria agnóstica da pena, direcionada à redução dos danos produzidos pelo *potestas puniendi*. Perceptível, assim, nas fundações da penalogia contemporânea, a dissociação do modelo oficial com a formatação constitucional"[50].

A reconstrução integrada do saber penal, portanto, será capaz de produzir uma nova relação (necessariamente não hierarquizada), entre dogmática e crítica, girando em torno desse tema (a punição) e de uma pergunta fundadora, que possa ser desdobrada em tantas quantas exigir o processo contingente e

47. CARVALHO, Salo. *Op. Cit.*, 2015. p. 33-74
48. Ibidem, p. 20.
49. Ibidem.
50. Ibidem, p. 25.

inevitável de diferenciação disciplinar, mas exigirá, também (e aqui talvez esteja a tese central do trabalho), a construção de uma epistemologia única para o enfrentamento de tais questões.

Por tudo que se disse até aqui, contudo, uma dita epistemologia deve dialogar com ideias vindas de fontes *metropolitanas,* mas fazer delas a devida filtragem, ancorando-se, ao contrário, na realidade, vale dizer, na forma como opera o sistema penal no contexto do mundo periférico e colonizado, o que pode ficar mais claro a partir de um *diálogo* entre as ideias de Ferrajoli Zaffaroni.

Um ponto comum entre os autores citados é a compreensão do direito penal e o processo penal como instrumentos de contenção do poder punitivo. Ambos apontam na direção de um minimalismo penal, só que, enquanto o primeiro entende que a intervenção penal precisa ser mínima para estar legitimada, o segundo entende que a intervenção precisa ser mínima e progressivamente contida até o completo desaparecimento, justamente por não gozar de qualquer justificação racional.

Embora rejeite fundamentações de viés retributivista, justamente por não encontrar nelas qualquer traço de racionalidade, Ferrajoli acaba retornando a elas quando sugere que a pena criminal serviria para desestimular novos crimes, de um lado, e para evitar linchamentos desproporcionais, de outro. Existe uma lógica de meios e fins totalmente compatível com a racionalidade moderna e utilitarista que adota, mas o seu argumento, examinado mais de perto, revela uma lógica retributivista, pois para que cumpra a sua função alegadamente racional de evitar novos crimes e evitar a vingança privada, o que se apresenta é justamente a substituição de uma vingança privada e incontrolável por uma vingança pública e supostamente proporcional à ofensa. Em última análise, o que torna possível a prevenção é a admissão prévia de uma retribuição, vale dizer, de uma vingança, e a pena acaba explicada apenas como instrumento necessário a assegurar a obediência dos súditos ao soberano, pela ameaça de imposição de dor, com finalidades de controle social.

6. Considerações finais

No tópico 3, acima, apresentou-se a problemática dos *standars* probatórios e os esforços teóricos (sobretudo na literatura europeia e estadunidense) que se tem empreendido no sentido de construí-los a partir de critérios objetivos, tendo em mente questão fundamental sobre em que medida é possível limitar o arbítrio judicial na decisão das causas penais, conferindo sentido prático, ao princípio do *in dubio pro reo*.

Mas quando, afinal, será possível dizer que se está além ou aquém da *dúvida razoável*? A construção de critérios objetivos, sejam eles quais forem, não significa um retorno ao sistema das provas taxadas, que exoneram o acusador de se desincumbir do seu ônus? Ditos critérios objetivos não serão sempre falíveis? Não haverá, sempre, o risco de erro judiciário?

Para Ferrajoli, o livre convencimento do juiz, fonte de tantos problemas, decorre da própria presunção de inocência e deve ser entendido apenas como uma vedação às chamadas *provas legais* ou *tarifadas*. A pena deve ser decorrência do fato delituoso provado, e não de um fato probatório. Isso equivale a dizer que, no processo criminal, nenhuma prova deve ser considerada, aprioristicamente, como suficiente para a condenação, porque, de outro modo, o juiz estaria obrigado a condenar e o autor estaria sendo dispensado do seu ônus. Pense-se, por exemplo, no art. 28, § 2º da Lei 11.343/06, que estabelece critérios para que alguém que é surpreendido na posse de substância entorpecente possa ser considerado usuário ou traficante.

Note-se, porém, que nem toda exigência legal no sentido de que estes ou aqueles fatos só possam ser considerados provados mediante certos e determinados meios (o laudo cadavérico, como prova da morte, por exemplo) constitui violação ao princípio da presunção de inocência, visto que funcionam exatamente como obstáculos ao ônus de provar a tese acusatória, visto que, nesses casos, não se cogita de violação à presunção de inocência, mas, ao contrário, de reforço desta garantia, na medida em que a lei passa a exigir a existência de meios específicos de prova para que se possa cogitar como provado determinado fato histórico[51].

Assim, as provas legais negativas constituem uma garantia processual do acusado contra convicções errôneas ou arbitrárias acerca de sua culpabilidade e asseguram, normativamente, a imprescindibilidade da produção deste elemento probatório, previsto em lei, para superar o imperativo do estado de inocência e, desse modo, autorizar uma decisão que não seja absolutória.

À vista do que já foi abordado, portanto, pode-se dizer que as tentativas de construir (ou desconstruir, em certos casos) *standards* probatórios a acabam apenas repristinando, ainda que de uma maneira mais sofisticada, o problema (insolúvel) da eliminação (total) dos poderes do juiz de decidir, ao fim e ao cabo, se as teses fáticas ficaram efetivamente provadas ou não.

A insistência nisto, por outro lado, parece uma tentativa de reformular, também sobre bases mais sofisticadas, o sistema das "provas legais positivas", na

51. FERRAJOLI, Luigi. *Op. Cit.*, 2006. p. 141.

medida em que propõe critérios a partir dos quais os acusadores estariam desonerados do ônus probatório e o juiz deveria condenar. Propõe-se, no particular, invocar a mesma lógica das provas legais negativas, isto é, qualquer que seja o conjunto de critérios de convencimento eleito, o ônus de convencer o juiz não pode depender exclusivamente deles, mas do efetivo convencimento subjetivo da pessoa ou do colegiado que irá decidir. O preenchimento de algum barema de *standards* seria sempre algo necessário, mas nunca suficiente para a condenação, sob pena de violação ao estado de inocência.

É bem verdade que se estaria diante de espaços de poder que, por mais restringidos que sejam, não serão jamais eliminados, de forma que a construção cada vez mais elaborada de *standards* só pode fazer sentido se tiver por escopo criar limites ao arbítrio punitivo, mas mantendo a porta sempre aberta para o ceticismo dos juízes que, mesmo diante de uma prova consentânea com algum conjunto objetivos de requisitos exigidos para uma condenação, não se sintam seguros para dizer que estão convencidos.

Esta porta aberta ao ceticismo é a única atitude racionalmente justificável, sobretudo em face do referencial teórico que forja o presente trabalho, que parte de uma atitude cética em relação à própria pena, ou, pelo menos, à pretensão de justificá-la racionalmente.

Referências bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, *introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma Concepção Minimalista e Garantista de Presunção de Inocência, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Dossiê: Prova Penal: Fundamentos Epistemológicos e Jurídicos. Trad. Janaína Matida. Porto Alegre, v. 4, n. 01, p. 149-182, 2018.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DUCLERC, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação:* na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal:* uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte 1. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Presunción de Inocencia y Prison sin Condena, em Detención y Prisón Provisional*. Madri: Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. *Culpabilidade, Física Quântica e Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PASTOR, Daniel R. *Tensiones: ¿Derechos Fundamentales o persecución penal sin limites?*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistemas de Controles Epistêmicos, a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIROZ, Paulo; VIERA, Antonio. Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal. In: *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (Org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

RIOS, Lucas P. Carapiá. Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência. In: *Desafiando a Inquisição*: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. II. Santiago: CEJA – JSCA, 2018. v. 2.

TARUFFO, Michele. *La Verdad y Prueba Dentro el Proceso*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Maria del Carmen Vázquez; TARUFFO, Michele. Teoria de la Prueba. Bogotá: Tribunal Constitucional Plurinacional Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VECCHI, Diego Dei. La Prueba Judicial como Conocimiento: una caracterización poço persuasiva. In: *Debatiendo com Taruffo*. Org. Jordi Ferrer Beltrán e Camen Vázquez. Madri: Marcial Pons, 2016.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Gedisa, 2000.

WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg. *El sistema integral de derecho penal:* delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid: Marcial Pons: 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; AKAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Direito Penal Brasileiro:* teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A legislação "antidroga" latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário, de Eugenio Raúl Zaffaroni – *RT* 679/447-454 (DTR\1992\164);
- Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas, de Jardel Luís da Silva e Yuri Felix – *RBCCrim* 111/209-226 (DTR\2015\243);
- Frantz Fanon e criminologia crítica: pensar o estado, o direito e a punição desde a colonialidade, de Jonhatan Razen Ferreira Guimarães e Marcos Vinícius Lustosa Queiroz – *RBCCrim* 135/307-341 (DTR\2017\5640);
- Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *habeas corpus* 126.292, de Emetério Silva de Oliveira Neto – *RBCCrim* 142/133-170 (DTR\2018\10713); e
- O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre os planos de admissibilidade e valoração do material probatório, de Clarissa Diniz Guedes e Stela Tannure Lea – *RT* 240/15-39 (DTR\2015\805).

O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro

The necessary development of evidentiary standards compatible with Brazilian criminal procedure

Guilherme Brenner Lucchesi

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). *Master of Laws* pela Cornell Law School (EUA). Graduado em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da UFPR. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico, Gestão 2017/2019. Coordenador da Pós-graduação à distância em Direito Penal e Processo Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Secretário-geral do Instituto dos Advogado do Paraná, Gestão 2019/2021. Advogado criminalista em Curitiba. Habilitado para o exercício profissional da advocacia em Nova York, EUA.
guilherme@lucchesi.adv.br

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 17.03.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal; Constitucional

Resumo: Este artigo tem como foco a prova no direito processual brasileiro. Pretende, a partir da análise da relação entre carga da prova, presunção de inocência e decisão judicial, estabelecer matrizes para o desenvolvimento de critérios de controle da valoração judicial de provas – os chamados *standards* probatórios – compatíveis com o processo penal brasileiro em todas as etapas da formação da convicção judicial. Entende-se que a temática da prova como elemento de convicção capaz de sobrepor o estado originário de incerteza que marca a persecução penal deve ser analisada em cada fase do processo judicial, desde o juízo de admissibilidade da acusação até a sentença de mérito, passando por outras decisões como a decretação de medidas coercitivas e a decisão de pronúncia nos casos de competência

Abstract: This article focuses on evidence in Brazilian criminal procedure. Starting from the analysis of the relation between burden of proof, presumption of innocence and judicial decision-making, the article intends to establish frameworks for the development of criteria for controlling the judicial evaluation of evidence – the so-called evidentiary standards – that are compatible with Brazilian criminal procedure at all stages of the formation of judicial conviction. It is understood that the thematic of evidence as an element of conviction capable of overriding the originating state of uncertainty that marks criminal justice should be analyzed at every phase of the proceeding, starting from the admissibility of prosecution up to the sentence on the merits, permeating other rulings such as the

Lucchesi, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 165-188. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

do Tribunal do Júri. A partir de tal análise, desenvolvida a partir de revisão bibliográfica nacional e comparada, busca-se afirmar a presunção de inocência como garantia vigente ao longo de todo o processo penal, com influência sobre a construção de cada decisão no processo, conforme a carga probatória à acusação em cada fase processual.

Palavras-chave: Direito processual penal – *Standards* probatórios – Presunção de inocência – Carga probatória – Decisão judicial.

determination of coercive measures and the admissibility of trial by jury. From this analysis, done through the review of Brazilian and comparative law scholarship, it is sought to affirm the presumption of innocence as a guarantee in force throughout the entire proceeding, with influence over the construction of every decision along the trial, according to the evidentiary burden imposed on the prosecution in each stage of the proceeding.

Keywords: Criminal procedural law – Evidentiary standards – Presumption of innocence – Burden of proof – Judicial decision.

Sumário: 1. Introdução. 2. Um ponto de partida: a utilização de *standards* probatórios da tradição *common law* no direito brasileiro. 3. Prova além de dúvida razoável: um *standard* probatório possível?. 4. Carga da prova e sua influência na convicção judicial. 5. Presunção de inocência: obstáculo entre dúvida e certeza. 6. Conclusão. Referências.

> "The Anglo-American method of collecting and presenting evidence not only deviates from ordinary decision-making, but it also strikes discordant notes with arrangements recommended by a model of inquiry aimed at obtaining only accurate, trustworthy knowledge."
>
> Mirjan R. Damaška

1. Introdução

É preciso estabelecer regras para o controle do convencimento judicial a respeito de provas, os chamados *standards* probatórios, no processo penal. Tais regras são de fundamental importância para distribuir a carga da prova em cada etapa do processo, de modo a estabelecer o quanto deve ser demonstrado pela acusação para vencer o estado original de incerteza que marca a persecução penal[1] e o que deve ser demonstrado pela defesa para obter uma decisão judicial favorável. Isto se aplica evidentemente na sentença de mérito, mas também é necessário estabelecer critérios para cada fase processual, notadamente a decretação de medidas cautelares, o juízo de admissibilidade da acusação e a decisão de pronúncia.

1. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das probas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 17.

A fim de bem desenvolver esse objetivo, para fornecer parâmetros adequados para a proposição de *standards* probatórios adequados às especificidades do processo penal brasileiro, rompendo com uma tradição de desnecessária adaptação daquilo que fora desenvolvido para o direito processual civil, é necessário estabelecer importantes premissas. No capítulo 2, será demonstrado como a proposição de *standards* probatórios no Brasil costuma ser atravessada pela perspectiva do direito da tradição *common law*, nem sempre compatível com a realidade processual pátria. No capítulo 3, analisaremos o *standard* de *proof beyond a reasonable doubt* no seu sistema jurídico de origem e as suas limitações para pronta incorporação ao direito processual penal brasileiro. No capítulo 4, pontuaremos a importância desempenhada pela carga da prova a fim de delimitar o objeto da decisão judicial que será submetida a um mecanismo de controle. No capítulo 5, a decisão judicial será analisada sob o prisma da presunção de inocência, enquanto categoria vigente durante todo o processo penal, e não apenas no julgamento final de mérito. Por fim, na conclusão, apresentaremos os parâmetros que devem ser adotados para o desenvolvimento de uma teoria dos *standards* probatórios genuinamente desenvolvida para o processo penal brasileiro.

2. UM PONTO DE PARTIDA: A UTILIZAÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS DA TRADIÇÃO *COMMON LAW* NO DIREITO BRASILEIRO

Chama atenção a existência de decisões judiciais que visam incorporar ao direito processual penal brasileiro regras relativas aos *standards* probatórios oriundas de outras tradições jurídicas[2]. O Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades, já proferiu decisões aludindo à necessidade de demonstração de determinado fato para além de qualquer dúvida razoável[3], regra própria

2. Sobre a distinção entre as tradições *common law* e *civil law*, ver MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 23 e seguintes.

3. STF, 1ª T., HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 19.12.1996, p. 51766 ("Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente – e além de qualquer dúvida razoável –, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54."); STF, 1ª T., AP 521/MT, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 54, 22.03.2016 ("A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição

da tradição *common law*. Inclusive, o *standard* probatório de *proof beyond reasonable doubt* integrou a fundamentação do voto do ministro Luiz Fux no julgamento da Ação Penal 470/MG, conhecido como o caso "Mensalão", tendo consignado:

> "O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'".[4]

É certo que, dentro do sistema de persuasão racional de valoração das provas, deve se buscar alguma instrumentação jurídica capaz de efetuar o controle da convicção judicial formada em determinado caso concreto.[5] Nesse sentido, é importante perquirir qual seria o *standard* apropriado para a valoração de provas no processo penal brasileiro, que esteja compatível com as regras estabelecidas na legislação processual penal, em especial nos incisos do art. 386 do CPP. O que não se pode admitir é que o critério de *proof beyond reasonable doubt* seja

---

prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o "*standard*" anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional."); STF, 1ª T., AP 580/SP, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 139, 23.06.2017 ("A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard* anglo- saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) e que foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.").

4. STF, Tribunal Pleno, AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22.04.2013, fl. 53120 (Voto do Min. Luiz Fux, p. 16).

5. KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. 2001. p. 15-16. Ricardo Jacobsen Gloeckner (*Autoritarismo e processo penal*: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 412) observa quão frouxo é o controle sobre a decisão judicial a partir do comentário de Romeu Pires de Campos Barros a respeito do sistema de "livre convencimento", para quem "o livre convencimento do magistrado estaria limitado 'pela consciência do juiz na responsabilidade de sua função'" (Ibid.).

simplesmente transplantado[6] de modo acrítico para o direito brasileiro, sem a devida verificação de compatibilidade de suas bases com as regras que regem o direito processual penal brasileiro. Tendo em vista, ademais, que a maior parte dos estudos teóricos sobre o tema na tradição *civil law* se deram no âmbito do direito processual civil[7], é preciso que, partindo daquilo que é possível se aproveitar de estudos anteriores[8], se busque a construção de uma teoria de *standards* probatórios própria para o direito processual penal.

Deve-se sublinhar, ainda, o fato de a discussão a respeito de *standards* probatórios permanecer demasiadamente vinculada ao julgamento de mérito feito na sentença, deixando de lado o fato de haver diversos momentos em que o magistrado deve decidir com base na prova no processo penal. Dentre estas, surge com maior relevância, como mencionado acima, a decretação de alguma medida cautelar pessoal[9] (arts. 312 e 313, CPP), o juízo de admissibilidade da acusação (arts. 395, 396 e 396-A, CPP) e a decisão de pronúncia (arts. 413, 414 e 415, CPP). A incompreensão a respeito da distribuição da carga probatória nestas fases processuais e o grau de convicção pelo juízo diante do estado inicial de incerteza levam à infeliz confusão a respeito do conteúdo da presunção de inocência no processo, abrindo margem para a criação da estranha figura do "princípio" *in dubio pro societate*.[10]

6. WATSON, Alan. *Legal transplants*: An approach to comparative law. 2. ed. Athens: University of Georgia, 1993.

7. Cite-se, por todos, TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: O Juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 250-256; Id., Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, Washington, n. 51, p. 659-677, 2003.

8. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 142: "Devemos trabalhar sem preconceitos e utilizar tudo aquilo de realmente útil, venha do processo civil ou de quem quer que seja. Só não cabe malabarismo lingüístico [sic], contorcionismos para uma adaptação impossível."

9. Como observa Gloeckner (Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 261-287), é preciso repensar o modelo de decretação de prisões processuais para evitar que o mesmo magistrado que determine alguma medida cautelar seja o mesmo que posteriormente julgue o mérito, pois haverá uma tendência confirmatória de uma decisão por outra. Tais observações serão levadas em conta ao longo da pesquisa, de modo a nortear a análise quanto à possibilidade de se desenvolver um modelo de *standard* probatório para tais decisões.

10. Segundo Gloeckner (*Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 407), advém

3. Prova além de dúvida razoável: um *standard* probatório possível?

Muito se discorre a respeito do *standard* de *proof beyond reasonable doubt* no direito americano, olvidando-se tratar de apenas um dos *standards* probatórios em matéria criminal, aplicável somente por ocasião da sentença. A fim de analisar a suficiência de elementos de convicção trazidos pela acusação – seja para expedir algum mandado de prisão ou de busca, seja para instaurar um processo pelo *Grand Jury*[11] – utiliza-se outro *standard* probatório, chamado *probable cause*.

O direito americano tem se tornado inspiração frequente da doutrina e da jurisprudência brasileira. Verifica-se verdadeiro processo de "americanização" por que tem passado o mundo ocidental desde o fim da Segunda Guerra Mundial.[12] O chamado "American way of life" tem se expandido para as mais diversas áreas da vida ocidental, tendo exercido notável influência, também, nos ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles países da tradição *civil law*.[13] O que se iniciou com a "americanização" do direito constitucional, rapidamente se expandiu para o direito privado e direito processual, e hoje o direito americano vem exercendo fortes influências até mesmo no direito penal substantivo[14].

---

da finalidade social da prova e dos poderes instrutórios do juiz o diferimento do *in dubio pro reo* para o final do processo, após o esgotamento dos meios probatórios pelo magistrado. A respeito da discussão referente à aplicabilidade da regra *in dubio pro societate*, ver MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 412-424; BRETAS, Adriano. *Apontamentos de Processo Penal*. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2018. p. 258-290.

11. Com relação aos modelos de instauração de processo criminal nos Estados Unidos e a figura do *indictment*, ver ALEXANDER, Richard P.; PORTMAN, Sheldon. Grand Jury Indictment Versus Prosecution by Information – An Equal Protection-Due Process Issue. *Hastings Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 997-1016, mar. 1974.

12. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, n. 9, p. 258-301, 2008. p. 262.

13. MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: A study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*. Berkeley, v. 3, n. 2, p. 383-448, 2003. p. 1; LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. p. 1-2. Sobre o processo de americanização do processo penal italiano, ver AMODIO, Ennio. *Processo penale diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003. p. 226-230.

14. Ver, por todos, MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. Com relação à adoção do elemento *recklessness* como figura intermediária

No âmbito do direito processual penal, é inegável que institutos processuais americanos foram incorporados pelo processo penal brasileiro. Temas como o *due process of law*[15] e a *exclusionary rule of evidence*[16] foram elevados no Brasil ao *status* de garantias individuais positivadas nos incisos LIV e LVI, respectivamente, do

entre dolo e culpa, ver BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.viii. Para um crítica à influência do direito penal americano na dogmática penal brasileira, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

15. Ver o capítulo 29 da *Magna Charta Libertatum* ("No freeman shall be taken or imprisoned, or disseised of his free tenement, liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any wise destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, unless by lawful judgment of his peers, or by the law of the land. To no one will we sell, deny or delay right or justice." Em tradução livre: "Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça") e a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América ("No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation." Tradução livre: "Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.")

16. Regra de inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, bem como de provas derivadas de provas ilícitas (*fruit of the poisonous tree doctrine – Silverthone Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)), implícita e decorrente de violação à 4ª e à 5ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos, aplicável tanto no âmbito federal (*Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914)) quanto estadual (*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)). Para uma compreensão global da *exclusionary rule* nos Estados Unidos, ver RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p.121-124.

art. 5º da Constituição da República. Com as profundas mudanças que o sistema processual penal brasileiro vem sofrendo a partir da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal[17] em face da introdução do mecanismo da colaboração (delação?) premiada, caminha-se rumo a um modelo de justiça negociada, diferente do sistema processual penal americano[18], mas certamente nele inspirado.[19]

Ainda que não se possa defender a simples incorporação do *standard* de *probable cause* ao direito processual penal brasileiro[20], trata-se de um modelo importante de

17. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998. p. 183-186.

18. A colaboração premiada, prevista em diversos diplomas processuais penais brasileiros, mas efetivamente institucionalizada pela Lei 12.850, de 2013, pouco se assemelha à figura do *plea bargain* existente nos Estados Unidos, contudo apresenta semelhanças com o modelo de *testimonial immunity*, pelo qual se pode compelir uma testemunha a abrir mão de seu direito ao silêncio ao conferir a ela imunidade com relação a eventuais crimes confessados em seu depoimento. Sobre o *plea bargain* em um contexto, comparado, ver LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Sobre o *testimonial immunity*, ver KOONTZ, Hal M.; STODEL, Jeffrey C. The Scope of Testimonial Immunity under the Fifth Amendment: *Kastigar v. United States*. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 6, n. 2, p. 350-383, 1973. É importante observar que não há nada nos Estados Unidos semelhante às situações presenciadas no Brasil, em que o colaborador, em troca da delação, negocia as regras aplicáveis ao regime *sui generis* de sua própria pena, sem qualquer espécie de previsão legal, como é o caso do "regime domiciliar fechado" (Autos 5002400-74.2015.4.04.7000/PR) ou o "regime domiciliar diferenciado substitutivo do regime semiaberto" (Autos 5027422-37.2015.4.04.7000). Em crítica ao modelo brasileiro de delação premiada, ver AMARAL, Augusto Jobim do. A Delação nos Sistemas Punitivos e seus reflexos no Brasil. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 73-90.

19. Para uma visão crítica da chamada "americanização à brasileira" do processo penal, ver MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; AZEVEDO, Gabriella Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 227-240.

20. Já se vê, no entanto, decisões que mencionam "causa provável" como fundamento para decretar medidas coercitivas, sem especificar a origem do termo ou o que esta expressão significaria no contexto processual penal brasileiro, no âmbito da chamada

flexibilização do módulo da prova conforme o estágio processual, que pode servir de inspiração para o desenvolvimento de *standards* próprios para a valoração da prova em cada fase processual.

É preciso estabelecer critérios objetivos para o controle da valoração da prova, não apenas na sentença de mérito, como em todas as fases processuais em que o juízo valora provas referentes ao mérito do caso penal. O grau de convicção varia conforme cada etapa do processo. Da mesma forma, varia também a carga probatória atribuída à acusação. Não há uma regra clara delimitando o conteúdo da decisão judicial e cada fase processual, sendo necessário o desenvolvimento deste estudo para permitir maior e mais rigoroso controle sobre a valoração das provas, evitando-se decisões que venham a indevidamente deferir medidas constritivas em desfavor do acusado sem a devida demonstração probatória por parte da acusação. Ao mesmo tempo, busca-se autonomizar o estudo dos *standards* probatórios em relação à abordagem americana, de modo a somente aproveitar aquilo de verdadeiramente útil e compatível com a realidade jurídica brasileira.

Em que pese a inspiração para a construção de um modelo de *standard* probatório no Brasil pareça ser o direito processual penal americano, a partir da formulação de um anunciado do *standard* de *proof beyond reasonable doubt*, trata-se de um modelo inadequado, pois o processo se desenvolve de maneira diversa nos Estados Unidos e no Brasil. A pesquisa atravessa, portanto, o estudo macrocomparado[21] entre o direito processual penal americano, incluindo aí a disciplina do direito das provas[22] e o direito processual penal brasileiro.

O perigo de uma abordagem descomprometida com uma metodologia comparada adequada fica claro a partir de um estudo dos professores americanos

operação "Lava Jato" (*v.g.* Autos 5004872-14.2016.4.04.7000/PR e Autos 5037800-47.2018.4.04.7000/PR).

21. A respeito da distinção entre microcomparação, feita entre sistemas de uma mesma tradição jurídica, e macrocomparação, para sistemas de tradições jurídicas distintas, ver SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001. p. 47.

22. A ressalva é importante, visto que há um ramo independente de estudo na tradição *common law* chamado "Evidence Law" ou "Law of Evidence", em que se estuda a disciplina legal das provas para todas as espécies processuais. Ver FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. New York: Oceana, 1996. p. 115. Para uma visão comparada do "Evidence Law", a partir de uma perspectiva da tradição *civil law*, ver DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 7-25.

Kevin M. Clermont e Emily Sherwin. Os autores, partindo de uma análise da legislação processual alemã e do sistema de convicção íntima do direito francês, defendem que os sistemas processuais da tradição *civil law* utilizam o mesmo *standard* probatório para casos cíveis e criminais, o qual, para eles, se mostra semelhante ao *standard* de *proof beyond reasonable doubt*.[23]

Em dura crítica ao texto de Clermont e Sherwin, Michele Taruffo refuta a ideia de que os sistemas da *civil law* utilizam algo semelhante ao *proof beyond reasonable doubt*, nem em casos criminais, muito menos em casos cíveis.[24] Analisando o princípio de convicção íntima na França, Taruffo aponta que tal sistema de valoração da prova se contrapõe ao sistema de prova legal ou tarifária, mas não adere

23. CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A Comparative View of Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, Washington, v. 50, p. 243-275, 2002. p. 246: "For the standard of proof on the criminal side [...] the Continentals set a high standard, requiring what some call une intime conviction, or an inner, deep-seated, personal conviction of the judge. This high criminal standard, whatever one chooses to call it, has its champions, who claim its superiority over the common-law standard of beyond a reasonable doubt, seeing it as clearer, as more focused on a subjective belief, or as more squarely imposed on the prosecution. In actual practice, however, the civil-law and common-law standards for criminal cases are likely equivalent. Much more surprisingly, the Continentals employ the same high standard on the civil side, and indeed in all courts including their administrative courts. The party who bears the burden in a civil case must satisfy the judges, to the point of intime conviction, of the existence of the pertinent fact. Our concern in this article lies with this marked difference from the common-law standard of preponderance of the evidence." (Em tradução livre: "Para o *standard* da prova no lado criminal [...] os continentais estabeleceram um alto padrão, exigindo o que alguns chamam de convicção íntima, ou uma convicção interna, profunda e pessoal do juiz. Esse alto *standard* criminal, seja lá o que se queira chama-lo, tem seus defensores, que reivindicam sua superioridade sobre o *standard* da *common law* de prova para além de dúvida razoável, vendo-o mais claro, mais focado em uma crença subjetiva ou mais diretamente imposto sobre a acusação. Na prática, no entanto, os *standards* da *common law* e da *civil law* para casos criminais são provavelmente equivalentes. Muito mais supreendentemente, os continentais empregam o mesmo *standard* elevado no lado civil e, de fato, em todos os tribunais, incluindo os tribunais administrativos. A parte que arcar com o ônus em um processo civil deve satisfazer os juízes, até o ponto de condenação, da existência do fato pertinente. Nossa preocupação neste artigo reside nessa diferença marcante do *standard* da *common law* de preponderância da prova.") Os autores argumentam em seu artigo que os sistemas processuais da *civil law* deveriam buscar um *standard* inferior para o julgamento de casos cíveis, semelhante ao *standard* americano de *preponderance of evidence*.

24. TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, Washington, n. 51, p. 659-677, 2003. p. 665.

a qualquer *standard* probatório específico.[25] O sistema de convicção íntima não necessita estar baseado em qualquer grau particularmente elevado de provas, basta que produza alguma certeza moral subjetiva para o julgador, tratando-se da consciência pessoal do magistrado, e não de uma exigência de demonstração substancial por aquele que detém o ônus da prova.[26] A incompreensão de Clermont e Sherwin, respeitados professores da Universidade Cornell nos Estados Unidos, a respeito do conteúdo do sistema de convicção íntima, acreditando tratar-se de um *standard* elevado de prova, demonstra a importância de bem compreender categorias e institutos oriundos de tradição jurídica distinta.

Para que se possa analisar adequadamente a temática do *proof beyond reasonable doubt*, é preciso primeiro compreender o sistema jurídico em que tal método de formação de decisões baseadas em provas se insere. É importante lembrar a feliz observação do comparatista escocês Alan Watson, para quem muitas vezes a atividade do comparatista, movida pelo desejo de encontrar padrões comuns aos ordenamentos jurídicos, acaba deturpando grosseiramente a representação dos fatos, de maneira semelhante a um anatomista comparatista que afirma que "leões e formigas são similares e estão em um nível comparável de desenvolvimento, pois ambos são de sangue quente, têm seis patas e são sempre alados".[27]

Costuma-se ver a defesa da aplicação de um *standard* de *proof beyond reasonable doubt* no Brasil, de modo a ressaltar que basta para a condenação a produção de provas que afastem alguma dúvida razoável que possa ser criada pelo acusado, não sendo qualquer dúvida capaz de traduzir-se em absolvição.[28] Resta a impressão, a partir de tais leituras, que se busca um mecanismo na valoração das provas que *facilite* e não dificulte o cumprimento da carga probatória atribuída à acusação. Olvida-se, porém, o fato de que, na tradição *common law*, o *standard* de *proof beyond reasonable doubt* foi desenvolvido como um controle especialmente

25. Ibid., p. 666.

26. Ibid., p. 667.

27. No original: "At times it is as if a comparative anatomist were to say that lions and ants are similar and are at a comparable level of development since both are warmblooded, have six legs and are always winged." (WATSON, Alan. *Legal transplants*: An approach to comparative law. 2. ed. Athens: University of Georgia, 1993. p. 12).

28. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo*: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 273; REIS, André Wagner Melgaço. O *standard* de prova para condenação no processo penal: prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), uma releitura do princípio *in dubio pro reo*. *Revista Parquet em Foco*, Goiânia, v. 2, n. 3, p. 39-45, mai.-ago. 2018.

rigoroso sobre a prova.[29] Devido à desconfiança da figura do juiz e do júri nos Estados Unidos, a tendência foi desenvolver regras sofisticadas sobre a prova, dentre as quais os *standards* probatórios, de modo a conter o poder do julgador.[30] Nas palavras do então Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Addington v. Texas*:

> "O *standard* '*beyond a reasonable doubt*' historicamente tem sido reservado para casos criminais. Este *standard* probatório único, não prescrito ou definido na Constituição, é considerado parte crítica da 'força moral do direito penal', e devemos hesitar em aplicá-lo de forma ampla ou informal em casos não criminais. O *standard* rigoroso aplicado em casos criminais manifesta nossa preocupação de que o risco de erro para o indivíduo deve ser minimizado mesmo com o risco de que alguns que são culpados possam ser absolvidos." [31]

29. CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 3. ed. Oxford: Oxford, 2012. p. 48.
30. FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005. p. 101-102: "The modern European law of evidence is fairly simple and rational; the law lets most everything in, and trusts the judge to separate good evidence from bad. But American legal culture tends to distrust the judge; and, of course, American law has the jury. The jury has the power to find the facts, and it has, in criminal cases, the final word on innocence or guilt. Yet, the system obviously trusts the jury even less than it trusts the judge. The rules of evidence grew up as some sort of countervailing force. The jury only learns bits and pieces of the story – it hears only the part which the law of evidence allows. The judge's hands are also tied. If he lets in improper testimony, he runs the risk that a higher court will reverse his decision. The strict and complicated rules of evidence bind and control both jury and judge." (Em tradução livre: "A legislação europeia moderna sobre a prova é razoavelmente simples e racional; a lei admite quase tudo e confia no juiz para separar as provas boas das más. Mas a cultura jurídica americana tende a desconfiar do juiz; e, claro, o direito americano tem o júri. O júri tem o poder de julgar os fatos e, em casos criminais, a palavra final sobre inocência ou culpa. No entanto, o sistema obviamente confia no júri ainda menos do que confia no juiz. As regras sobre provas cresceram como uma espécie de força compensadora. O juízo só toma conhecimento de partes da história – ouve apenas a parte que a legislação sobre provas admite. As mãos do juiz também estão atadas. Se ele admite um testemunho impróprio, corre o risco de um tribunal superior reverta a sua decisão. As estritas e complicadas regras sobre provas vinculam e controlam tanto o júri quanto o juiz.")
31. No original: "the 'beyond a reasonable doubt' standard historically has been reserved for criminal cases. This unique standard of proof, not prescribed or defined in the Constitution, is regarded as a critical part of the 'moral force of the criminal law,' and we should hesitate to apply it too broadly or casually in noncriminal cases. The heavy standard applied in criminal cases manifests our concern that the risk of error to the

Causa espanto o fato de um *standard* probatório desenvolvido para ser uma forma rígida de evitar condenações indevidas seja defendida como um meio de mitigar o controle sobre a atividade de valoração de provas no Brasil. O quadro se agrava diante da inexistência de citação de decisões que supostamente estariam absolvendo com base em alguma mera dúvida, que pudesse ser reputada como não razoável. Aparentemente, está-se diante de uma instância de uso da falácia informal do "espantalho", segundo a qual um argumento contrário é criado ou distorcido para dar razão ao argumento defendido.[32] Diante da construção histórica do processo penal brasileiro, que privilegiou o sistema de "livre convencimento", liberando o juiz de quaisquer regras de interpretação ou de valoração de provas no momento da decisão[33], é necessário um modelo que efetivamente aumente o grau de controle sobre a atividade judicial. Ao que parece, o recurso à expressão "prova para além de dúvida razoável" tem sido utilizado como simples adorno retórico da decisão, sem que esteja cumprindo alguma efetiva função de controle.

4. Carga da prova e sua influência na convicção judicial

Para que se possa efetivamente discutir a formação da convicção judicial e estabelecer critérios válidos para o seu controle, é preciso sobretudo estabelecer o que de fato se entende por ônus da prova no processo penal. Somente assim se poderá estabelecer *standards* probatórios em conformidade com cada fase processual do processo penal brasileiro.[34]

Segundo a regra do art. 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbe a quem a fizer. Tal regra, cujo cerne não foi alterado desde a decretação da lei processual em 1941, se ampara na regra civilística tradicional segundo a qual deve o autor comprovar os elementos constitutivos do seu direito, e ao réu

individual must be minimized even at the risk that some who are guilty might go free." (*Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 428 (1979)).

32. TALISSE, Robert; AIKIN, Scott F. Two forms of the straw man. *Argumentation*, New York, v. 20, n. 3, p. 345-352, 2006. p. 345.

33. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 409.

34. Com relação ao dever de fundamentação na decretação de medidas coercitivas, ver PRADO, Geraldo. O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal*: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 109-152.

comprovar os elementos extintivos ou modificativos do direito do autor. No processo penal, portanto, caberia ao acusado demonstrar cabalmente a existência de alguma justificativa ou exculpante.[35] No modelo probatório da *common law*, por outro lado, há muito se consolidou a ideia de que é dever da acusação comprovar a culpa do acusado, o que é considerado o "fio de ouro" do direito penal inglês, segundo a decisão da *House of Lords* no caso *Woolmington v DPP*: "Em toda a teia do direito penal inglês, um fio de ouro é sempre visto, que é dever da acusação provar a culpa do acusado, estando a regra sujeita ao que já disse quanto à defesa da insanidade e sujeita a qualquer exceção legal."[36]

Desta forma, compete à acusação provar todos os elementos constitutivos do crime, além da ausência de alguma defesa – com exceção à defesa de insanidade mental do acusado e a alguma previsão legal de inversão do ônus da prova –, em decorrência da presunção de inocência.[37] Incorporar alguma sistemática da tradição *common law* referente à disciplina da prova implicaria uma revisão do direito brasileiro também com relação à distribuição do ônus da prova, para garantir alguma unidade sistêmica.

Um ponto importante de discussão diz respeito à natureza da regra a respeito da produção de provas, que produz importantes efeitos na formação do convencimento judicial. Ao tratar-se a regra como ônus, ter-se-ia que o ônus da prova se dirige às partes a ao juiz[38], representando um poder da parte de produzir provas,

35. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 436-442.

36. No original: "Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject to any statutory exception." (*Woolmington v DPP*, [1935] AC 462, 481).

37. CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 3. ed. Oxford: Oxford, 2012. p. 30: "In a criminal trial, then, the prosecution generally bears the legal burden of proving every issue. In general, therefore, actus reus, mens rea, and the lack of a defence must all be proved by the prosecution. This reflects the principle of the presumption of innocence." (Em tradução livre: "Em um julgamento criminal, então, a acusação geralmente detém o ônus legal de provar todos as questões. Em geral, portanto, *actus reus*, *mens rea* e a ausência de defesa devem todos ser provados pela acusação. Isto reflete o princípio da presunção de inocência.") *Actus reus* e *mens rea* referem-se, grosseiramente, aos elementos objetivos e subjetivos do crime. Para explicação detalhadas, ver LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: o uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65-71.

38. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 171.

inobstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à parte onerada.[39] Contudo, há que se apontar que a tarefa referente à produção de provas no processo penal não se divide entre as partes, como no processo civil, mas sim resulta de uma atribuição a apenas uma das partes, isto é, à acusação.[40] Tomando por base conceitos estabelecidos por Rosenberg[41] e Goldschmidt[42], Augusto Jobim do Amaral defende que da presunção de inocência resulta uma regra de atribuição de carga da prova exclusivamente à acusação, podendo haver um interesse para a defesa de provar a inocência no caso ou provar a dúvida referente a alguma prova produzida, mas jamais uma obrigação, encargo ou ônus.[43]

Adotando-se a regra da carga da prova, o livre convencimento do magistrado deve se formar a respeito daquilo que a acusação tinha a atribuição de produzir e que efetivamente produziu ou deixou de produzir. Esta carga é atribuída à acusação e verificada ao longo da instrução, e não apenas no julgamento de mérito, visto que está representada também pela condição da ação da justa causa (art. 395, III, CPP) no momento da propositura da ação penal.[44] Desse modo, a insuficiência de elementos informativos mínimos como lastro para a acusação enfraquece a inicial acusatória e influencia a decisão no juízo de admissibilidade.[45] É nítida, portanto, a vigência do princípio *in dubio pro reo* desde esta primeira etapa. O que

39. LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, n. 15, p. 95-106, jan.-mar. 2000. p. 98.

40. AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan.-jun. 2013. p. 94.

41. ROSENBERG, Leo *La carga de la prueba*. Trad. de Ernesto Krotoscjin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

42. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y politicos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

43. AMARAL, loc. cit.

44. BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *MP*. Curitiba, n. 9, p. 171-189, 1980. p. 178: "faltará condição para o exercício da ação penal, nos casos que o titular do ius puniendi pedir o arquivamento 'por falta de base para a denúncia'. Estaríamos diante da chamada falta de justa causa para a acusação, isto é, falta de prova do fato e de indícios de autoria, requisitos indispensáveis ao exercício da ação penal, uma vez que o processo penal não se compadece com a acusação fruto de mera elaboração mental."

45. Sobre o juízo da admissibilidade como filtro contra acusações infundadas ou com lastro em prova ilícita e a importância da valoração das provas nesta fase processual, ver

pode variar é a quantidade e a qualidade da prova necessária para que a acusação possa obter uma decisão judicial favorável, havendo-se que modular a carga da prova nesse sentido.

A relação entre carga probatória e *standard* probatório se faz presente ao longo de todo o processo, sempre que há alguma decisão do juízo baseada em provas. É necessário que os critérios de controle da decisão judicial devidamente considerem a relação carga da prova-decisão judicial, a fim de extrair *standards* probatórios aplicáveis ao processo penal brasileiro.

5. Presunção de inocência: obstáculo entre dúvida e certeza

Segundo Geraldo Prado, o devido processo legal é a base jurídico-política do estado de direito, tratando-se de importante fundamentos para a atividade probatória, de modo a evitar que o exercício legítimo do monopólio da força se converta em arbítrio.[46] Com isso, reforça o papel da presunção de inocência[47] para assegurar o estado original de incerteza que deve marcar a persecução penal, assim impedindo que o processo se traduza em mera cerimônia protocolar, "um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas".[48]

Tendo a investigação penal a incerteza como ponto de partida, a punição somente é legítima quando superado o estado de incerteza dentro de um modelo de processo que viabiliza o conhecimento da infração penal e de sua autoria em um esquema lógico e jurídico de modo a apoiar a formação da decisão.[49] Citando Otto Kirchheimer[50], Prado afirma o caráter dialético do processo, segundo o

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das probas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 45-48.

46. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das probas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 15.
47. Sobre a presunção de inocência como regra de julgamento, ver ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979. p. 96 e seguintes. No Brasil, ver MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 424 e seguintes.
48. PRADO, Op. cit., p. 17.
49. Ibid., p. 19.
50. KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia política*: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: Uteha, 1968.

qual as partes colaboram criticamente para a formação da convicção judicial, a partir da verificação e da refutação de teses antagônicas deduzidas pela acusação e pela defesa.[51]

Surge, nesse contexto, a discussão quanto ao modelo de "verdade" que deve ser buscada no âmbito do processo. Há que se apontar diversos textos que, de algum modo, desconstroem a noção de "verdade real", sob as mais diversas premissas.[52] Gloeckner a aponta como uma das matrizes autoritárias na estrutura do Código de Processo Penal de 1941, diante dos paralelos com a legislação italiana fascista, que tinha a "busca da verdade real" como sua espinha dorsal.[53]

Não é possível se atingir a verdade real sobre um determinado acontecimento a partir de uma prova, seja em processo judicial, seja extrajudicialmente. Afinal, não se pode dizer que um fato foi "verdadeiro" ou "falso". Os fatos existem ou não existem. O que pode ser verdadeira ou não é uma afirmação sobre um determinado fato. Nesse sentido, prova é algo que permite considerar verdadeira uma proposição sobre o presente e da qual se pode deduzir uma proposição sobre o passado.[54]

O processo penal se inicia a partir de um enunciado sobre os fatos imputados (denúncia ou queixa), cujo processamento é admitido em juízo a partir de uma

51. PRADO, Op. cit., p. 19.

52. Ver AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014 (aponta que a situação de dúvida, ou a missão de descobrimento da verdade, alavanca um prolongamento da tentativa de confirmação da hipótese acusatória pelo juiz, estando o exercício da prova marcado pelo registro alucinatório da evidência); PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016 (rejeita a teoria da correspondência sob os aspectos teórico, ideológico e prático, adotando a teoria da linguagem em Gadamer para estabelecer a "verdade" como algo orientado pela compreensão pessoal e individual do interprete); KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013 (partindo dos signos do *Mesmo,* do *Outro* e do *Análogo*, inspirados na obra de Ricouer, estabelece que a atividade probatória não deve ser tida como uma demonstração da verdade ou mera fixação formal dos fatos ou retórica argumentativa, tratando-se de atividade demonstrativa que pelos meios regrados do processo introduz evidências, objetivando o convencimento do juiz de que estas são rastros analógicos do passado).

53. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 306-308, 415-420.

54. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 113.

demonstração mínima de plausibilidade, formando uma hipótese de culpa do acusado, que pode ser verdadeira ou falsa. Segundo Taruffo, a incerteza a respeito dos enunciados fáticos é resolvida pela decisão final sobre os fatos, atribuindo a cada hipótese o devido grau de confirmação com base nas provas produzidas pelas partes.[55] Uma hipótese ou sua falsidade pode não ter confirmação, ter confirmação fraca ou ter confirmação forte.[56] Tais cenários podem ser confrontados, conforme o êxito probatório de determinada parte, de modo a verificar se há compatibilidade visando a uma coerência no raciocínio formulado pelo juiz de acordo com o grau de confirmação recebido por cada hipótese.[57] Para o desenvolvimento de *standards* probatórios verdadeiramente compatíveis com o processo penal brasileiro, é necessário transpor esta forma de análise por Taruffo para a realidade processual penal, de modo a avaliar como deve ser a formação do convencimento judicial para a sentença de mérito, como também para decidir a respeito da admissibilidade da acusação, da pronúncia e da decretação de medidas coercitivas.

Como já se afirmou acima, a presunção de inocência – ou "pré-ocupação de inocência", como defende Amaral[58] – vigora durante toda a persecução penal, não se tratando de regra que apenas vigora ao final do processo, durante o julgamento de mérito. É certo que, ao longo do processo, podem ser necessários mais ou menos elementos de convicção para que se possa autorizar uma decisão judicial contrária ao acusado. A carga da prova que se atribui à acusação, portanto, é dinâmica. Isso não significa que de uma menor exigência para a acusação quanto à sua carga probatória resulte alguma carga ou ônus para a defesa. Significa tão somente que, ainda que nada possa ser exigido da defesa em termos de produção probatória, não se pode exigir que a acusação comprove cabalmente a culpa do acusado logo no início do processo para que se permita a sua instauração. Isto seria contra-produtivo, na medida em que aniquilaria qualquer exercício de defesa

55. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 250.

56. Ibid., p. 250: "A propósito podem-se distinguir seis possibilidades para cada hipótese: a) H não teve qualquer confirmação; b) H teve confirmação fraca; c) H teve confirmação forte; d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e) a falsidade de H teve confirmação fraca; f) a falsidade de H teve confirmação forte."

57. Ibid., p. 250.

58. AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan.-jun. 2013. p. 111-113.

sob o contraditório processual. Contudo, desta dinâmica também não resulta o estabelecimento de um pseudo-princípio *in dubio pro societate*. Isso simplesmente não existe, e tem sido admitido como argumento retórico apto a desincumbir a acusação de cumprir a sua (já reduzida) carga probatória em algumas etapas do processo judicial.

Tome-se, por exemplo, o oferecimento da denúncia e o juízo de admissibilidade da acusação. É certo que a carga da prova da acusação não compreende uma demonstração inequívoca de culpa do acusado. O que a lei processual penal exige é que a denúncia cumpra os requisitos formais do art. 41 do CPP e preencha as condições da ação[59], devendo a acusação demonstrar que o fato imputado está previsto na lei penal como crime (tipicidade aparente), que o Ministério Público pode atuar como *dominus litis* (legitimidade de parte), que o fato imputado está em condições de ser submetido a julgamento, não tendo operado qualquer causa de extinção de punibilidade (punibilidade concreta), e que há elementos de convicção suficientes para autorizar o exercício da acusação, mormente no que diz respeito à ocorrência (materialidade) do fato e a autoria ou participação do acusado (justa causa). Pode-se discutir quais são os limites da carga probatória da acusação para cada condição ação – como, por exemplo, a demonstração de inocorrência de alguma circunstância negativa do tipo para a tipicidade aparente –, contudo a atribuição da prova à acusação nesta etapa está bem delimitada. Uma vez cumpridos os requisitos mínimos, pode a acusação ser admitida. A ausência de contraditório prévio ao recebimento da denúncia na maior parte dos procedimentos bem como a reduzida carga probatória atribuída à acusação não resultam no afastamento da garantia *in dubio pro reo*. O magistrado deve respeito a tal garantia ao efetuar o juízo de admissibilidade da acusação, tratando-se de importante critério de análise para verificar se o órgão acusatório cumpriu a carga da prova a ele atribuída.

Entende-se que o mesmo exercício pode e deve ser feito para cada estágio do processo. Há oportunidades em que a carga probatória atribuída à acusação é menor, sendo necessário menor demonstração para derrotar a garantia de presunção de inocência vigente àquela fase processual. Isto não significa mitigar ou

59. Não se desconhece a objeção de Gloeckner à incorporação do uso das "condições da ação" ao processo penal, por resultarem em contorcionismos semânticos, juridicamente inexplicáveis (*Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 77). Contudo, tratando-se da nomenclatura utilizada pelo CPP em seu art. 395, manter-se-á o seu uso, ainda que adaptado às condições da ação apresentadas pela doutrina crítica, conforme BREDA, Obra citada.

reduzir a presunção de inocência, mas sim reconhecer a sua plena vigência ao longo de todo o processo.

6. Conclusão

Apesar de importantes contribuições já fornecidas para o desenvolvimento de *standards* probatórios verdadeiramente compatíveis com a realidade processual penal brasileira, nota-se que em sua maioria há excessivo apego àquilo que já se desenvolveu na tradição *common law*, em especial no que diz respeito ao modelo de *proof beyond a reasonable doubt*. É certo que tal modelo, de um lado, serve tão somente à formação da decisão de mérito, ao final do processo. De outro lado, tem sido frequentemente invocada como forma de reduzir as garantias probatórias da defesa no processo, e não para permitir maior efetividade no controle da formação da convicção judicial. Para que se possa desenvolver um modelo compatível com o processo penal pátrio, é necessário romper com tais padrões, reconhecendo, primeiro, que há importantes decisões judiciais que analisam provas ao longo de todo o processo penal, e mesmo antes do recebimento da denúncia, como é o caso da decretação da prisão preventiva, por exemplo. Ademais, deve-se ter em mente que a decisão judicial é o momento processual em que a presunção de inocência é posta à prova, diante daquilo que foi produzido pela acusação ao exercer a carga probatória que lhe foi atribuída.

Propõe-se, portanto, que a relação entre a carga probatória, a presunção de inocência e a decisão judicial seja compreendida e delimitada para cada fase processual, a fim de que se possa determinar qual deve ser o critério para a decisão judicial durante o processo. Esta premissa é de fundamental importância para que a temática dos *standards* probatórios possa ser bem desenvolvida no processo penal brasileiro.

Referências

ALEXANDER, Richard P.; PORTMAN, Sheldon. Grand Jury Indictment Versus Prosecution by Information – An Equal Protection-Due Process Issue. *Hastings Law Journal*, v. 25, n. 4, p. 997-1016, mar. 1974.

AMARAL, Augusto Jobim do. A Delação nos Sistemas Punitivos e seus reflexos no Brasil. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan.-jun. 2013.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2014.

AMODIO, Ennio. *Processo penale diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, n. 9, p. 258-301, 2008.

BREDA, Antonio Acir. Efeitos da declaração de nulidade no processo penal. *MP*. Curitiba, n. 9, p. 171-189, 1980.

BRETAS, Adriano. *Apontamentos de Processo Penal*. Curitiba: Sala de Aula Criminal, 2018.

BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: *Dolo e direito penal*: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 3. ed. Oxford: Oxford, 2012.

CLERMONT, Kevin M.; SHERWIN, Emily. A Comparative View of Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, Washington, v. 50, p. 243-275, 2002.

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

DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 3. ed. New York: Oceana, 1996.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3. ed. New York: Touchstone, 2005.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 261-287.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y politicos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia política*: empleo del procedimiento legal para fines políticos. México: Uteha, 1968.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. 2001.

KOONTZ, Hal M.; STODEL, Jeffrey C. The Scope of Testimonial Immunity under the Fifth Amendment: Kastigar v. United States. *Loyola of Los Angeles Law Review*, v. 6, n. 2, p. 350-383, 1973.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 5, n. 15, p. 95-106, jan.-mar. 2000.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo*: O uso da cegueira deliberada no Brasil. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: A study on U.S. hegemony and the Latin resistance. *Global Jurist Frontiers*, Berkeley, v. 3, n. 2, p. 383-448, 2003.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; AZEVEDO, Gabriela Saad. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (Lei 12.850/13). In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Crise no processo penal contemporâneo*: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PRADO, Geraldo. O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). *Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

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

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006.

REIS, André Wagner Melgaço. O standard de prova para condenação no processo penal: prova além da dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), uma releitura do princípio in dubio pro reo. *Revista Parquet em Foco*, Goiânia, v. 2, n. 3, p. 39-45, mai.-ago. 2018.

ROSENBERG, Leo *La carga de la prueba*. Trad. de Ernesto Krotoscjin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

TALISSE, Robert; AIKIN, Scott F. Two forms of the straw man. *Argumentation*, New York, v. 20, n. 3, p. 345-352, 2006.

TARUFFO, Michele. Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, Washington, n. 51, p. 659-677, 2003.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: O Juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

WATSON, Alan. *Legal transplants*: An approach to comparative law. 2. ed. Athens: University of Georgia, 1993.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A falta disciplinar por prática de fato definido como crime doloso na execução penal. Um enfoque sob a ótica dos *standards* probatórios, de Thiago Colnago Cabral – *RT* 960/145-166 (DTR\2015\13208);
- Entre dúvidas e certezas: a resposta correta no processo penal, de Israel Domingos Jorio e Alexandre de Castro Coura – *RBCCrim* 149/ 227-257 (DTR\2018\20687);
- Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do *habeas corpus* 126.292, de Emetério Silva de Oliveira Neto – *RBCCrim* 142/133-170 (DTR\2018\10713);
- Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos, de Pedro Jorge Costa – *RBCCRim* 115/83-108 (DTR\2015\11456); e
- Verdade e finalidade da prova, de Guilherme Setoguti J. Pereira – *RePro* 213/161-189 (DTR\2012\450786).

O campo probatório e a oralidade: a promoção da concepção dialética no processo penal e a função heurística do mecanismo da oralidade

The probatory field and orality: the promotion of the dialectical conception in the criminal procedure and the heuristic function of the orality mechanism

Ítalo Menezes Rabelo

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2018). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu – IDPEE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2016). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – Uniderp/LFG (2017). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNDB (2015). Advogado.
italo_rabelo@hotmail.com

José Muniz Neto

Mestrando em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa – Portugal. Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhanguera (2018). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNDB (2015). Advogado.
jmuniz.adv@outlook.com

Maricy Ribeiro Fideles Rocha

Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes/RJ (2016). Especialista em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/SP e Instituto Ius Gentium Conimbrigae do Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PT (2017). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNDB (2015). Advogada.
maricyfideles@hotmail.com

Recebido em: 29.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.03.2019

Rabelo, Ítalo Menezes; Muniz Neto, José; Rocha, Maricy Ribeiro Fideles. O campo probatório e a oralidade: a promoção da concepção dialética no processo penal e a função heurística do mecanismo da oralidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 189-220. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente estudo objetiva demonstrar que a oralidade é fundamental como mecanismo heurístico e dialético do processo e que a prova produzida por meio da oralidade – em audiência – é fundamental para a manutenção das diretrizes constitucionais e democráticas do processo. Com efeito, a oralidade é hoje reconhecida pela doutrina processual penal como instrumento democrático essencial para o sistema acusatório, mantém relação indissociável com a ideia de transmissão de pensamento e com ela também compartilha as suas limitações. O atual momento do processo penal nacional incita a reflexão sobre a necessidade de rearranjos entre a oralidade e seus princípios correlatos, de maneira que se extirpe do sistema as "falsas oralidades", que servem de mero argumento mantenedor do sistema processual penal autoritário, sem garantir efetividade ao princípio. Por meio da pesquisa bibliográfica e do método dialético, confronta e dialoga diferentes fontes para confirmar a hipótese da necessidade de ressignificação da oralidade, conformando-a à uma concepção dialética do processo penal.

Palavras-chave: Oralidade – Processo penal – Campo probatório – Sistema heurístico.

Abstract: The present study aims to demonstrate that orality is fundamental as a heuristic and dialectical mechanism of the process, and that the evidence produced through orality – in audience – is fundamental for the maintenance of the constitutional and democratic guidelines of the process. In fact, orality is now recognized by the criminal procedural doctrine as an essential democratic instrument for the accusatory system, it has an inseparable relationship with the idea of the transmission of thought and with it also shares its limitations. The current moment of the national criminal proceedings prompts reflection on the need for rearrangements between orality and its related principles, so as to remove from the system the "false oralities" that serve as a mere argument maintaining the authoritarian criminal procedural system, without guaranteeing effectiveness at the beginning. Through bibliographic research and the dialectical method, it confronts and dialogues with different sources to confirm the hypothesis of the need for re-signification of orality, conforming it to a dialectical conception of criminal procedure.

Keywords: Orality – Criminal proceedings – Probatory field – Heuristic system.

Sumário: 1. Introdução. 2. Compreensões necessárias sobre a oralidade no campo processual penal: breve escorço acerca da oralidade e sua tradicional conformação. 3. Sobre uma oralidade autoritária: falsas oralidades e a defraudação da instrução processual. 3.1. Processo e autoritarismo: uma razão instrumental no processo penal brasileiro. 3.2. Uma oralidade à serviço do autoritarismo: notas sobre a concepção publicística do processo. 3.3. Falsas oralidades e manipulação do conteúdo probatório: a oralidade como mecanismo defraudador da instrução processual. 4. Para uma oralidade compreendida como sistema heurístico: a dialética processual como elemento ressignificador da oralidade. 4.1. Da dialética processual e do direito ao confronto. 4.2. Para uma oralidade compreendida como sistema heurístico: imediação, concentração dos atos e a identidade física do juiz como realizadores do contraditório. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Para tratar do tema oralidade é necessário, antes de tudo, considerar a língua, os aspectos linguísticos e as palavras como constituidores de mundo. O tema da

oralidade é diretamente relacionado "com a forma de transmissão de pensamento"[1] e, portanto, faz-se necessário uma abordagem ainda que limitada à questão da linguagem. A linguagem é aqui considerada, segundo leciona Warat, como um veículo com o qual se faz possível a transmissão ou o intercâmbio de conhecimentos humanos, informações e o controle de tais conhecimentos e informações[2].

Nesse sentido, acerca da linguagem no campo do jurídico, Demercian alude que a linguagem técnica possui o objetivo de limar as ambiguidades que se fazem inerentes a uma linguagem natural, cotidiana, possibilitando a transmissão de ideias com rigor conceitual, embora com a necessidade de clareza para compreensão pelo seio social. Nesse sentido, afirma que a utilização adequada desse meio de transmissão de ideia representa uma garantia das liberdades públicas, já que a palavra é "instrumento essencial para que o Poder Judiciário e demais órgãos indispensáveis à administração da justiça demonstrem para a sociedade a excelência dos serviços que presta"[3].

Assim, enquanto mecanismo, a oralidade é considerada por vasta doutrina elemento essencial a uma concepção democrática, republicana ou acusatória de processo e, nesse sentido, desde há muito tem sido tratada como uma diretiva que deve o inspirar[4].

Contudo, de logo se faz necessário afirmar que oralidade não se relaciona à mera verbalização: o mecanismo oralidade deve necessariamente ser compreendido como forma de efetivação dos seus princípios correlatos. Para ser considerada como diretiva a inspirar o processo, a oralidade deve atuar como garantidora de outros princípios, tais quais o da imediação, da concentração dos atos e da identidade física do juiz. Essa conformação da oralidade sempre orientou a sua implementação,

1. DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 49.
2. WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 37.
3. Diante da vigência do devido processo legal estampado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, tem-se que um efetivo *processo penal de partes* existente e um *sistema acusatório* são os dois únicos caminhos aptos a legitimar e conferir dignidade a qualquer reforma processual penal que se pretenda democrática e realmente transformadora, o que depende da criação de mecanismos de filtragem das tradições autoritárias das quais a prática jurisdicional brasileira é resultado (DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro,* cit., p. 49.
4. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I. Problemi generali del diritto e del processo.

embora a própria experiência brasileira demonstre que a oralidade está longe de ser efetivada plenamente, seja por sua utilização desassociada dos princípios anteriormente mencionados (que lhe conferem legitimidade), seja por uma forte tradição e estrutura inquisitorial que orienta o sistema de justiça criminal, mantendo-o avesso a mecanismos alinhados a uma concepção acusatória de processo.

O atual cenário aponta para a necessidade de rearranjo dessa conformação, de modo que os princípios assegurados pela oralidade estejam de tal forma conectados que somente a partir de sua efetiva salvaguarda e cumprimento se possa falar em oralidade em âmbito processual penal. Conforme se pretende abordar a seguir, esse rearranjo pode passar pela garantia do contraditório enquanto elemento de conexão dos princípios da imediação, da concentração dos atos e da identidade física do juiz, e ainda também pela conservação da originalidade cognitiva do magistrado, de modo a garantir a sua imparcialidade e, por decorrência, evitar as chamadas "falsas oralidades".

Nesse sentido, o presente estudo tem o condão de abordar a oralidade enquanto mecanismo disponível e já presente na sistemática processual brasileira, mas que carece de um manejo consentâneo com uma perspectiva acusatória de processo e com a expectativa depositada perante os novos horizontes de expectativa a serem experimentados a partir da reforma processual que se avizinha. Assim, serão tratadas linhas preliminares sobre a oralidade no processo penal, de modo a abordar a atual conformação do mecanismo a partir do que é disciplinada por larga doutrina nacional e estrangeira. Posteriormente, serão abordadas questões relativas às chamadas "falsas oralidades", enquanto expediente resultante de uma percepção distorcida do conteúdo e da função da oralidade no processo penal.

Ao final, o estudo se volta para uma adequada forma de tratamento da oralidade no processo penal, fundada em uma real compreensão da oralidade enquanto efetivo mecanismo heurístico e próprio de uma concepção dialética de processo.

2. Compreensões necessárias sobre a oralidade no campo processual penal: breve escorço acerca da oralidade e sua tradicional conformação

A temática da oralidade, segundo Calamandrei, trata-se de objeto de debate que desde o início do século XX é travado na realidade jurídica alemã e italiana, oportunidade nas quais a oralidade recebeu um significado programático, sendo considerada uma diretiva que deve inspirar o processo do futuro, ao passo que a prevalência da escrita representaria uma expressão típica de um processo antiquado que a reforma deveria abolir. Durante os debates ocorridos em torno da temática

da forma oral, esta foi elevada "a um cânone fundamental do processo", aí chamado de princípio da oralidade. A própria palavra assumiu uma conotação significativa que ultrapassava uma explicação etimológica. Para Calamandei, o princípio da oralidade "foi adotado como lema desse movimento de reforma liderado por Chiovenda, devido à necessidade de expressar, de forma simples e representativa, um complexo de ideias e caracteres, do qual a oralidade constitui síntese e símbolo"[5].

Desde esse período, o procedimento escrito é considerado contraste ao princípio da oralidade. Tratado por Goldschmidt como um princípio adequado somente ao procedimento inquisitivo, o princípio da escritura, segundo o autor, "favorece o atraso do processo". Rememora Goldschmidt que mesmo o procedimento dos Escabinados antigos germânicos era oral, mas foi a partir da recepção do direito romano-canônico que esse princípio (da escritura) se tornou vigente no processo penal (fato que se deve muito a remessa dos autos às Faculdades de Direito) e logo se tornou hegemônico no processo inquisitivo. Contudo, afirma Goldschmidt, logo após a revolução francesa, juntamente do processo acusatório o princípio da oralidade se restabeleceu no Continente Europeu[6].

Para Magalhães, trata-se de temática que é velha conhecida de todos os que se interessam pelo direito processual penal, aí incluídos países como o Brasil, cuja tradição romano-canônica remonta também ao tema da oralidade em contraposição do princípio da escritura. Para a autora, os movimentos de reforma parcial dos códigos de Processo Civil e de Processo Penal, ocorridos logo após o processo de redemocratização que sequenciou as ditadura civil-militar brasileira, influenciaram a retomada da discussão no Brasil. No decorrer dos debates da época, conforme Magalhães, havia uma tentativa de esclarecer a operacionalização do chamado princípio da oralidade a partir de sua divisão em quatro dimensões, cujo objetivo "era justificar a introdução no sistema processual da audiência de instrução e julgamento, que simbolizava um grande avanço em termos de celeridade para os idealizadores das reformas parciais". Nesses termos, portanto, a oralidade era dimensionada a partir: a) da identidade física do juiz; b) da imediação; c) da concentração de atos; e d) da proibição de recorrer das decisões interlocutórias em audiência[7].

5. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I. Problemi generali del diritto e del processo. p. 450.
6. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Trad. Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 81.
7. BARROS, Flaviane M. Editorial Dossiê "Oralidade e garantias processuais penais": de qual oralidade podemos falar?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017. p. 811.

Binder, por sua vez, concebe a oralidade como um instrumento ou mecanismo previsto como forma de assegurar determinados princípios básicos do processo penal. Para o autor, a oralidade serve essencialmente para preservar os princípios da imediação, publicidade do juízo e a identidade física do juiz/personificação da função jurisdicional. Aduz Binder que há uma diferenciação básica entre a oralidade entendida como um instrumento e os princípios dela decorrentes, considerando o autor que a oralidade é um instrumento, ou um mecanismo para alcançar um fim, ao passo que "la imediación o la publicidade, por ejemplo, son princípios políticos e garantías que estructuran el proceso penal", pois "ellos constituyen los fines a cuyo servicio está, por ejemplo, la oralidad"[8].

Ainda para o autor, a oralidade implica na utilização da palavra falada e, portanto, representa fundamentalmente um meio de comunicação. Enquanto meio de comunicação "não escrito" entre as partes e o julgador, a oralidade é considerada por Binder um meio de expressão dos diferentes órgãos de prova[9]. O autor aponta, de forma sintética, a oralidade como um mecanismo que gera um sistema de comunicação entre as partes, o juiz e os meios de prova, de modo a permitir *a investigação acerca da verdade de maneira mais eficaz* e controlado[10].

Dentro do processo, contudo, a palavra falada é tratada como um princípio ou mecanismo representativo de uma expressão sintética, utilizada para indicar "um sistema de princípios inseparáveis", que se faz necessário referir como forma de compreensão do verdadeiro conteúdo da expressão *oralidade*. Para Calamandrei, tais princípios podem ser sintetizados da seguinte forma: a) a oralidade é a prevalência do discurso falado, embora não excludente de forma absoluta da palavra escrita; b) a oralidade significa o diálogo direto entre o órgão judicial e as pessoas encarregadas de coletar e avaliar as declarações, ideia sintetizada na expressão "imediação"; c) a oralidade implica a identidade das pessoas que constituem o órgão jurisdicional no decorrer do tratamento da causa; e d) oralidade significa a concentração do tratamento da causa no momento do julgamento[11].

Nesse sentido, portanto, Frederico Marques também compreende o procedimento oral como um complexo de princípios intimamente ligados entre si, e pelos quais é possível tratar o processo de modo alternativo ao tratamento

8. BINDER, Alberto M. *Iniciación al processo penal acusatório (para auxiliares de la justicia)*. Buenos Aires: Campomanes, 2000. p. 61.
9. BINDER, Alberto M. *Iniciación al processo penal acusatório (para auxiliares de la justicia)*, cit., p. 62.
10. Ibidem, p. 64.
11. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, cit., p. 451-453.

dispensado pela via do processo escrito[12]. Goldschmidt, a seu turno, afirma que a oralidade do procedimento pode ser entendida como o princípio pelo qual a decisão judicial pode se basear tão somente "no material probatório produzido oralmente". Para o autor, o princípio da oralidade possui incidência no chamado assim chamado princípio *audiatur el altera pars*, "cuja observância *pe um minimum* de uma configuração acusatória do processo", que conduz ao princípio da concentração e, portanto, ao momento de audiência das declarações mútuas das partes, que se dá sob forma de um julgamento oral[13].

O raciocínio de Goldschmidt acerca do procedimento oral conduz a uma extração natural dos princípios decorrentes da oralidade. É que, para Goldschmidt, a forma oral de expressão das alegações gera uma dificuldade para apreensão e memorização do conteúdo declarado, logo, a oralidade leva naturalmente ao princípio da concentração dos atos, ou da unidade do ato, que exige o condensamento da instrução probatória em "em uma ou várias sessões consecutivas". Ainda nesse sentido, para o autor, a necessidade de ocorrência de várias sessões, a conservação do princípio da oralidade dependerá da existência da identidade física do juiz no decorrer de todas as sessões da instrução probatória, já que, do contrário, somente se transmitiria o presenciado do primeiro juiz para o segundo com fidelidade por meio da escritura, que é o contraste ao princípio da oralidade[14].

Importa ressaltar, finalmente, que a oralidade é disciplinada não somente como uma forma de expressão da palavra no processo penal que funcione como mero caminho para transmissão de pensamento e, nele, sejam oferecidas provas para o julgamento, mas sobretudo como um mecanismo que, para sua utilização plena, faz-se necessário a observância de diversificados princípios que não só lhe conferem eficácia, como são a única forma de possibilitar uma utilização democrática da palavra falada no procedimento penal.

3. Sobre uma oralidade autoritária: falsas oralidades e a defraudação da instrução processual

Para tratar no âmbito do direito acerca do autoritarismo brasileiro, faz-se necessário partir da consideração de que ele se constitui de fenômeno que criou as

12. MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1. p. 67.

13. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*, cit., p. 80-81.

14. Idem.

próprias possibilidades de transporte do pensamento de seus ideólogos para tal campo de conhecimento e, especialmente, a partir dele. Nesse ínterim, foi com uso do direito que o pensamento autoritário permitiu sua própria entrada nesse campo. No que toca à presente análise, referente à uma oralidade autoritária que se conserva vivamente no modo de autuação jurisdicional, é necessário ressaltar que o fenômeno do autoritarismo, por meio de suas variadas frentes de atuação, possibilitou o transporte desse modo de pensamento, em forma de categorias, para o campo processual penal.

3.1. Processo e autoritarismo: uma razão instrumental no processo penal brasileiro

A legislação processual penal de 1941, resultado do trabalho e influência de Francisco Campos, desde uma singular simetria com o conteúdo da legislação fascista italiana de 1930, o Código Rocco, tratou de criar uma estrutura inquisitorial por meio da qual o pensamento autoritário pôde facilmente se perfectibilizar. Por isso, afirma-se que o "código de processo penal, concebido na década de 1940, tem perfil essencialmente inquisitorial, marcadamente no que tange à prova e na atuação do magistrado"[15].

Conforme leciona Giacomolli, das influências da legislação fascista ao processo penal brasileiro, no qual o primeiro se fundava essencialmente na proposta totalitária de Mussolini consistente no combate ao inimigo do Estado, restou ao Brasil uma legislação processual penal pautada na necessidade de combate ao acusado, estruturada sobre a concepção de que o réu é um inimigo da sociedade e do Estado. Constituiu-se, portanto, uma neutralização do imputado perante o poder acusatório do Estado, com sua consequente submissão às exigências desse Estado e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo. Nesse sentido, afirma-se que "na esfera criminal, a neutralização ocorreu pela ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado, do autoritarismo"[16].

Nesse sentido, a concepção pública ou publicista do processo defendida por Francisco Campos e que se funda no deslocamento do centro gravitacional do processo da ação para jurisdição, tem um efeito cujas marcas são profundas,

15. GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 167, 2015.

16. Ibidem, p. 146.

consistente naquele "de transformar a ordem processual em um 'sistema aberto ou dependente', conexo à ordem jurídica vigente em um determinado país", em que "tal ligação se faz através da categoria instrumentalidade". Logo, no campo processual buscou-se a garantia de que o Estado pudesse realizar seus fins, e essa garantia se daria por meio da instrumentalidade, aí atuando como um condicionante externo da ordem processual[17].

Dessa feita, é possível afirmar que é a instrumentalidade a principal chave de análise do autoritarismo processual penal brasileiro. É principalmente a instrumentalidade que coloca o magistrado como personagem central do processo, enquanto sujeito a quem cumpre o objetivo de perseguir os objetivos traçados (os escopos de que tratou Dinamarco[18]) a partir da ideia de defesa da sociedade contra o inimigo do Estado. A partir dessa equação se tem a síntese da concepção pública de processo buscada por Campos a partir do modo de pensamento inserido na estrutura do Código de Processo Penal de 1941.

Ressalta-se que, no Brasil, tem-se a doutrina da segurança nacional como fonte de edificação e fundamento da ideologia de defesa social. Embora tenha se desenvolvido somente em momento posterior, tal doutrina pautou os debates acerca do fenômeno criminal a partir de então, e pôde facilmente se apresentar como fonte e recurso utilizável a partir da estrutura disponível oferecida pelo código então vigente. A doutrina de segurança nacional, por sua vez, é decorrente da formação discursiva da Escola Superior de Guerra. São explícitas as características bélicas que revestiram e ainda revestem a percepção processual baseada na instrumentalidade[19].

17. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

18. Apesar de já presente no pensamento autoritário de Francisco Campos, a ideia de instrumentalidade em âmbito processual tem suas raízes fincadas no processo civil e ganhou terreno em solo brasileiro sobretudo após as produções de Dinamarco, notadamente por meio da obra intitulada "a instrumentalidade do processo", produzida sob fortes influências liebmanianas. A construção do autor cinge-se à compreensão do processo como instrumento a serviço da jurisdição e, portanto, como mecanismo capaz de realizar alguns escopos/finalidades por ele apontadas, entre as quais o escopo social, o escopo político e o escopo jurídico. No desenvolvimento dessa construção teórica que "privilegia" o alcance do objetivo do ato processual, foram apresentadas categorias capazes de perfectibilizar tais escopos mesmo que em detrimento da forma processual – e por consequência, da garantia representada por um devido processo penal –, o que se convencionou chamar de *instrumentalidade das formas*.

19. De acordo com a doutrina da Escola Superior de Guerra: "o Sentido Instrumental do Poder Nacional destaca o erro de entendê-lo como um fim em si mesmo. O Poder é um

Por isso mesmo, uma das marcas inquisitoriais mais profundas do sistema processual brasileiro consiste exatamente na ideologia da busca da verdade material no processo penal, que possibilita desde atuações de ofício, passando por determinação de produção de provas, até a livre apreciação destas. É, então, a instrumentalidade que proporciona a elevação do magistrado ao ápice da pirâmide do processo, de modo a atuar como um condutor e protagonista. Diante das possibilidades quase ilimitadas na direção do processo e alçado à posição de agente encarregado de alterar a ordem social, não foi conveniente que houvesse disciplinamento adequado quanto aos meios, limites e metodologias na busca da prova, "cuja debilidade é olímpica"[20]-[21].

meio para a produção de efeitos" (ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. *Manual básico*: elementos fundamentais. Rio de Janeiro, 2014. v. I. p. 35). Ressalta-se que até mesmo as expressões do poder nacional da doutrina da ESG, quais sejam: a expressão econômica, psicossocial, política, científico-tecnológica e militar, remetem aos escopos tratados por Dinamarco, quais sejam: o escopo econômico, escopo social, escopo político e o escopo jurídico. Segundo a Escola Superior de Guerra: "Embora o Poder Nacional seja uno e indivisível, para fins didáticos ele é estudado em cinco aspectos, denominados Expressões, que correspondem às diferentes formas pelas quais o Poder Nacional se manifesta junto aos ambientes externo e interno. Tem-se assim, as expressões: Política, Econômica, Psicossocial, Científico-Tecnológica e Militar" (ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. *Manual básico*: Método para o planejamento estratégico/ESG. Reimpr. rev. Rio de Janeiro, 2009. v. III. p. 15). Nesse sentido, conclui Gloeckner que "o conceito de poder, para a Escola Superior de Guerra, põe ênfase em sua instrumentalidade", mostrando-se demasiado visível a similaridades entre as propostas e o quadro metodológico e conceitual que compartilham. É que, conforme o autor, ao passo que a perspectiva instrumental de Dinamarco parte da concepção de que o processo, enquanto instrumento, não possui um fim em si mesmo, e de que este encontra-se subordinado a algumas finalidades exteriores – por ele denominadas como finalidades "metajurídicas" –, "a fundamentação do poder nacional, pela Escola Superior de Guerra também se dá em sentido instrumental, afirmando que o poder não consiste em um fim em si mesmo e deve, portanto, servir como um meio para se alcançar objetivos estatais" (GLOECKNER, Ricardo. *Autoritarismo e processo penal: u*ma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, cit., p. 580-581).

20. GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas*, cit., p. 148.

21. Conforme Nereu José Giacomolli, "Verifica-se um "donismo" processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, a promotora é minha, a estagiária é minha, a escrivã é minha, o box é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado-Acusador e com os do Estado-Investigador. Quanto maior a pirâmide, mais próximo da divindade

Logo, da razão instrumental que delineou a ideia de instrumentalidade em âmbito de Processo Penal é possível afirmar, em síntese, "que o processo penal seria um instrumento de defesa da sociedade contra o crime"[22], cujo funcionamento/utilidade estaria circunscrita tão somente à um "instrumento de investigação da verdade e distribuição da justiça"[23], conforme afirmava Campos. E, nesse sentido, conceitos como o de efetividade processual, aliados à ideia de instrumentalidade e de amorfismo, direcionam a dinâmica de utilização de mecanismos colocados à disposição do processo, a exemplo da oralidade, conferindo a ela um uso autoritário.

3.2. Uma oralidade à serviço do autoritarismo: notas sobre a concepção publicística do processo

Embora seja constantemente associada a uma concepção acusatória de processo, a oralidade já foi apontada como meio de instrumentalização processual. Conforme abordado anteriormente, a oralidade é assimilada enquanto mecanismo processual alinhado a uma concepção acusatória de processo, e que é capaz de possibilitar a efetivação de um processo penal de matriz acusatória desde que se assegure, junto a ela, um conjunto de outros princípios, como a imediação, a identidade física do juiz e a concentração dos atos. Ocorre que, enquanto conceituação, a oralidade é apontada como um mecanismo instrumental e se trata desse discurso que apresenta os elementos e princípios informativos que compõem a oralidade enquanto dispositivo autoritário, o meio pelo qual se faz possível identificar marcas de profunda adesão a um modo de pensamento autoritário por tal mecanismo.

Com efeito, Binder aduz que a oralidade se trata de um instrumento, de um mecanismo previsto para assegurar determinados princípios do juízo penal, servindo, em especial, para garantir os princípios da imediação, publicidade do juízo e personalização da função jurisdicional. Ao afirmar que se faz necessário a clara diferenciação entre o que é princípio e o que é instrumento, Binder afirma que a oralidade se trata de um instrumento, um mecanismo para alcançar um fim, ao passo que a imediação, ou a publicidade, trata-se de princípios políticos e

estará o que ocupa o seu ápice, mais força terá o gestor de todo sistema" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas*, cit., p. 148).

22. Ibidem, p. 132.

23. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. São Paulo: Ebooks Brasil, 2002.

garantias que estruturam o processo penal, acrescentando que "eles constituem os fins a cujo serviço está, por exemplo, a oralidade". Por fim, Binder afirma, ainda, que esse caráter instrumental que reveste a oralidade não deve ser motivo que faça presumir ser a oralidade um assunto de menor importância, pois, ao contrário, quando se fala em um modelo de juízo republicano se fala de um juízo oral, ainda que a oralidade seja somente um instrumento de um juízo republicano[24].

Esse caráter instrumental que reveste a oralidade, contudo, permite que outros fins lhe sejam atribuídos. Nesse sentido, frequentemente outros elementos compõem o discurso da oralidade, a exemplo da simplificação do ato, da celeridade e da eficiência, alterando a estrutura "instrumental" do mecanismo que passa a atender a outras finalidades, que não o de tornar o processo mais "republicano" e dialético. A oralidade, nesses termos, passa a ser mera verbalização e, portanto, trata-se de uma falsa oralidade, que ocorre, por exemplo, quando "a prova" não é produzida na presença do magistrado, ou quando este apenas consulta os meios de prova já carreados em momento anterior, tornando a instrução processual mera teatralização que apenas chancela a hipótese contida no material já produzido.

Importa ressaltar que tal é o exemplo experimentado no sistema processual brasileiro, que possui disposições tanto no Código de Processo Penal quanto em legislações especiais, a exemplo da Lei 9.099/95, referentes à utilização da oralidade no procedimento penal. A presença de tais disposições acerca da possibilidade de utilização da oralidade enquanto mecanismo, contudo, não implica afirmar que tal mecanismo seja sequer utilizado, tampouco utilizado de forma "republicana" ou como meio de efetivação de direitos e garantias fundamentais e, sobretudo, como forma de conferir dialeticidade ao processo penal.

O que se nota é que a oralidade no processo penal brasileiro está constantemente atrelada à *efetividade do processo*, e não por outro motivo ela é anunciada, ao lado da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade como princípio orientador dos juizados especiais criminais, estes encarregados do processamento e julgamento de causas de pequena monta. Logo, seja uma falsa oralidade, seja uma oralidade imaginária, como é aquela apontada como instituidora do sistema dos juizados especiais criminais, o que importa é ressaltar que da forma como é tratada na atual sistemática processual penal brasileira, a oralidade não está aliada a uma concepção acusatória de processo e, muito

24. BINDER, Alberto M. *Iniciación al processo penal acusatório (para auxiliares de la justicia)*. Buenos Aires: Campomanes, 2000. p. 61.

menos, sendo utilizada como mecanismo de dialética processual, senão que instrumentalizada sob o signo da efetividade processual.

E é exatamente nesse sentido que a oralidade é associada a uma concepção autoritária de processo, de modo que foi, inclusive, sugerida pelo próprio Francisco Campos ao tratar da reforma do Código de Processo Civil em *O Estado nacional*. Em dada oportunidade, Campos transita e expõe suas percepções sobre o processo como instrumento de dominação, sobre a posição dirigente do juiz no processo, sobre a necessidade de imposição de uma concepção publicística e, ainda, sobre a necessidade de reestruturação do regime de nulidades, entre outras concepções que, para o ideólogo, seriam capazes de estruturar o procedimento conforme a necessidade do Estado dentro do projeto autoritário.

Nesse sentido, Campos afirmava: "se a questão era de remodelar o processo no sentido de torná-lo adequado aos seus fins, de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público", aí mencionado a necessidade de alteração da concepção duelística para a concepção publicística de processo, para ele a opção seria a decisão por um processo oral. É que, para o ideólogo do autoritarismo processual penal brasileiro, a oralização do processo penal significava a racionalização do processo e, portanto, a sua adaptação "às formas mais precisas, adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação das questões"[25].

Nesse sentido, afirma Campos que o processo oral atende à todas as exigências de racionalização defendidas desde uma concepção autoritária. Logo, segundo a percepção campista, a oralidade se mostra capaz de conferir ao processo o caráter de instrumento público, de substituir a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo e de simplificar a sua marcha, de modo a racionalizar a sua estrutura. Para Campos, a oralidade se revelava capaz, sobretudo, de organizar o processo proporcionando maior adequação e eficiência na formação da prova, o que colocaria "o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas"[26].

Referindo-se ao anúncio feito por Campos da oralidade como característica de um processo autoritário, Gloeckner afirma que, embora seja comumente associada a uma concepção democrática de processo, ele se trata de um *uso* autoritário, e não acusatório. Para o autor, essa é uma questão (os diversos usos que

25. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, cit., p. 215.

26. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional,* cit., p. 216.

se pode conferir à oralidade) que é marginalizada no processo penal brasileiro, e acrescenta: "a oralidade, por si mesma, se acomoda tanto a um processo de matriz acusatória quanto aos procedimentos de matiz inquisitório. Exerce funções tanto em um processo concebido como um dispositivo democrático quanto autoritário". Conclui Gloeckner, a partir de Campos, que a oralidade tem a capacidade de substituir a concepção duelística pela concepção autoritária/pública de processo e, nesse sentido, a compreensão da oralidade como um dispositivo a serviço do modo de ser autoritário passa necessariamente pela compreensão de que "os elementos que compõem tal mecanismo, dentro do processo, informam a oralidade como um dispositivo de poder"[27].

Por fim, curial frisar que, para Campos (segundo o qual a concepção autoritária de processo era sinônimo de concepção publicística), a concepção do processo como "instrumento de luta entre particulares" deveria ser substituída por uma concepção do processo "como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça". Campos afirmava que a reforma do processo se destinava a colocar sob a guarda do Estado a administração da justiça, de modo a subtrair das partes a discrição e como forma de atribuir um sentido "popular" ao processo[28]. Tratava-se de um meio de totalização do processo, nos moldes da proposta fascista italiana que moldou o Código Rocco, na qual tudo era concentrado no Estado, "nada contra o Estado, nada fora do Estado"[29].

No que toca ao "sentido popular" a ser implementado pela reforma processual pretendida por Campos, este afirmava que a produção da "verdade processual" não ficaria mais a cargo tão somente das partes, sendo confiada ao juiz a liberdade de buscá-la, de modo a romper com o formalismo e "as ficções e presunções que o chamado 'princípio dispositivo', de 'controvérsia' ou 'contradição', introduzira no processo". Portanto, Campos saia em defesa da suposta necessidade de que o novo paradigma processual buscasse uma restituição de confiança ao público e de confiança em relação à Justiça, de modo a restaurar a "segurança nas relações sociais" enquanto valor primordial da ordem jurídica[30]. Como se vê, o jogo cínico sobre supostas necessidades populares urgentes e alegada segurança das relações não é novidade entre sujeitos autoritários.

27. GLOECKNER, Ricardo. *Autoritarismo e processo penal:* uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, cit., p. 134-135.

28. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional,* cit., p. 198.

29. GIACOMOLLI, Nereu José. *Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas*, cit., p. 148.

30. CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, cit., p. 199.

3.3. Falsas oralidades e manipulação do conteúdo probatório: a oralidade como mecanismo defraudador da instrução processual

Embora presente na sistemática processual brasileira, tanto nas disposições do Código de Processo Penal quanto em legislações especiais, a exemplo da Lei 9.099/95, a oralidade carece de compreensão enquanto mecanismo processual. Prova disso é que, apesar de ser associada ao modelo acusatório de processo, continuamente é utilizada como meio de instrumentalização do procedimento, mormente quando utilizada de modo vinculado à efetividade e a celeridade, ao mesmo tempo que se é dissociada de seu potencial de atribuição de dialeticidade ao processo.

Nesse sentido, entende-se como mera verbalização a oralidade que não tem como propósito a efetivação dos princípios que lhe são decorrentes, quais sejam: a imediação, a concentração dos atos, a identidade física do juiz e o contraditório. Logo, das disciplinas normativas acerca da oralidade que não alcançam seu real intento entende tratar-se de falsas oralidades, ou apenas de oralidades imaginárias.

Conforme já abordado, a oralidade e a publicidade são consideradas bandeiras da mudança de paradigma acerca dos sistemas processuais que se pretendem acusatórios. A sua inserção nos sistemas jurídicos, contudo, não implica necessariamente sua efetivação, tampouco representa uma alteração automática das estruturas e modos de pensamento que compõem o sistema de justiça. Conforme aduzem Sampaio e Melo, em Estados no qual o sistema processual penal está colonizado pela cultura inquisitória, como é o caso brasileiro, não é possível esperar que ocorra uma mudança repentina no modo como os processos se operacionalizam. Tais mudanças, segundo os autores, devem ser firmes, porém são graduais, "não somente na legislação processual, mas, sobretudo, na mentalidade e cultura presente"[31].

A oralidade localiza-se exatamente nesse contexto, pois, embora esteja presente na sistemática processual brasileira desde a redação original do Código de Processo Penal de 1941, esse mecanismo sempre foi relegado pelos seus intérpretes, que o direcionavam para o atendimento "a certos desígnios punitivos". E é nessa conjuntura que se experimentam as falsas oralidades[32].

31. SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura inquisitória e as falsas oralidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017. p. 893.

32. Ibidem, p. 893.

A falsa oralidade tem lugar, por exemplo, quando mesmo com disposições como a presente no art. 204 do CPP, que afirma que "o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito", a prática cotidiana indique, contudo, que quando da tomada de depoimento por parte do magistrado, este frequentemente consulta o que já foi previamente declarado pela testemunha em sede de investigação e lê para a testemunha no momento da instrução, apenas permitindo que ela ratifique o que a ela já havia sido levado. Isso quando o julgador apenas não se propõe a citar os pontos principais declarados pela testemunha, seguindo de perguntas como "isto procede?"[33].

Nesse caso, conforme afirma Sampaio e Oliveira e Silva, "a vedação da escritura para o depoimento testemunhal acaba por ser violado pelo próprio agente que deveria acima de todos zelar pela sua observância". Logo, por meio de um sistema de crenças fundado em cânones gerencialistas oriundos do direito administrativo, o julgador mostra apenas adotar o conhecimento que é produzido na fase policial, fato que reduz o direito ao contraditório enquanto um legitimador da oralidade a uma simples "fiscalização póstuma dos atos previamente praticados". Tal é o exemplo de uma conformação que, embora disfarçada de oralidade, configura, na verdade, a mera verbalização[34].

A falsa oralidade expõe a problemática existente em uma prática jurisdicional que ignora o conteúdo e os objetivos da oralidade como mecanismo heurístico do processo, fraudando a instrução processual de modo a falsamente legitimar os elementos colhidos na investigação, fora do filtro contraditório, que são automaticamente levados ao processo e apresentados na sentença em forma de provas.

Impedindo que por meio de seus elementos constituidores, notadamente a imediação, a oralidade possibilite que o julgador presencie o momento de formação da prova enquanto fruto de uma atividade dialética dos atores processuais, e sobre ela delibere logo após, as falsas oralidades quebram a cadeia constituinte do sistema, inutilizando tal mecanismo. A falsa oralidade, portanto, trata-se de grave obstáculo à consideração da oralidade como mecanismo de cognição, sendo possível apontar que tal fenômeno é decorrente de uma inexistente efetivação da originalidade cognitiva do julgador.

33. SAMPAIO, André Rocha. OLIVEIRA E SILVA, Joane Marcelle de. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: A oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: BALLESTEROS, Paula; ARANEDA, Sandra (Coord.). *Desafiando a Inquisição*: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJAS. 2018. v. II. p. 18.

34. Ibidem, p. 18.

É nesse sentido que, ao tratar das falsas oralidades, Binder pontua que existe a falsa oralidade quando esta não está a serviço da imediação. A título de exemplo, a falsa oralidade estará presente quando da realização de audiência pública não houver no decorrer dela a produção de provas, "de modo que el juez que tiene que tomar la decisión no ha observado la prueba directamente o ya tiene su decisión formada (prejuzga) o va a esperar a leer el 'expediente' para tomar luego una decisión independientemente de lo que se haya hecho en el juicio"[35]. Trata-se, nesse caso, de mera teatralização da oralidade[36], uma vez que, já tomada a decisão com base na consulta do expediente pré-processual, o julgador somente ratifica o que foi colhido durante as declarações prestadas pela testemunha na sede policial.

Binder complementa, ainda, que existe a falsa oralidade quando da não realização de uma audiência que seja verdadeiramente pública, "de modo que se produza algún tipo de control de la sociedad sobre el resultado del juicio". E ainda quando o julgador não permite uma defesa plena e efetiva, ou mesmo se a própria defesa "no se le han otorgado los instrumentos y el tiempo necesario para preparar el juicio"[37].

Trata-se, portanto, de uma oralidade que não assegura a imediação e, portanto, não pode ser entendida como sistema heurístico, tampouco como realizador da dialética processual. E, acerca da teatralização da oralidade a partir da ausência de produção de provas na instrução e consequente utilização das informações colhidas na fase preliminar, trata-se de circunstância que, além de ignorar o fato de que a fase policial atualmente consiste no momento de maior miséria do processo, haja vista o profundo amesquinhamento dos direitos do contraditório e da ampla defesa, possibilita ainda uma grande fraude processual decorrente da contaminação do julgador pelo contato com os atos da investigação, e que no processo são entregues no bojo da sentença em forma de prova, sob um manto retórico que tenta disfarça-lo de produto do contraditório, imunizando-a[38].

35. BINDER, Alberto. *La justicia penal en la transición a la democracia en América latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2005. p. 99.

36. SAMPAIO, André Rocha; OLIVEIRA E SILVA, Joane Marcelle de. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: A oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. *Desafiando a Inquisição*: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil, cit., p. 18.

37. BINDER, Alberto. *La justicia penal en la transición a la democracia en América latina*, cit.,. p. 99.

38. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 37.

Conforme Lopes Jr., tal imunização se dá ainda de diversificadas formas, dos tipos "a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada", "cotejando a prova policial com a judicializada", em um constante exercício imunizatório ou "fraude de etiquetas" que visam justificar uma condenação fundada em elementos colhidos no segredo da inquisição. Por isso, nesses casos, Lopes Jr. afirma que "o processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase"[39]-[40].

Tratar de falsas oralidade é tratar da necessidade de garantia da originalidade cognitiva do julgador, que só pode ser assegurada se a oralidade estiver a serviço da imediação. É compreender, ainda, que as falsas oralidades atuam como meio de desconsideração da função heurística do mecanismo e, por decorrência, que a originalidade cognitiva só pode ser assegurada pela via da concretização do direito à uma jurisdição imparcial, já que se trata de fenômeno decorrente da inexistência de controle acerca do acesso, por parte do magistrado, aos elementos informativos oriundos da investigação. Portanto, tratar da superação das falsas oralidades é partir da exigência de respeito à estrutura do mecanismo e do procedimento no qual ele está incluído.

Por fim, é preciso compreender que a defraudação da instrução processual por meio da teatralização da oralidade carrega em si as marcas de um processo penal voltado à priorização do interesse público sobre o privado, traduzido em uma atuação jurisdicional que tem como parâmetro o princípio da defesa social e a busca do mitológico princípio da verdade real, mesmo à custa de direitos e garantias do cidadão. Trata-se de profundos rasgos de um autoritarismo contínuo e naturalizado na prática jurisdicional, que retira das partes qualquer possibilidade de reconstrução fática em contraditório, em um claro predomínio e priorização da concepção pública sobre a concepção dialética de processo.

4. Para uma oralidade compreendida como sistema heurístico: a dialética processual como elemento ressignificador da oralidade

A imediação, a aglutinação dos atos e a identidade física do juiz tradicionalmente fazem parte da conformação da oralidade no processo. Contudo, conforme

39. Idem.

40. É nesse sentido que Lopes Jr. e Gloeckner defendem a exclusão dos atos investigatórios do contato com o magistrado, como forma de preservar a imparcialidade, conforme se verá adiante. (In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 210).

já anteriormente afirmado, a própria experiência brasileira demonstra a inexistência de plena efetividade do mecanismo, a ponto de que a oralidade é comumente marginalizada em abordagens acerca da estruturação de um processo penal democrático. Para além disso, a existência de uma estrutura inquisitorial em plena vigência demonstra a necessidade de implementação de práticas que conversem com um modelo democrático, mas, sobretudo, uma urgente exigência de (re) alinhamento da conformação de mecanismos processuais como a oralidade.

4.1. Da dialética processual e do direito ao confronto

À oralidade, ao passo que é mecanismo que acomoda em si uma diversidade de elementos de matriz acusatória ou autoritária, faz-se necessário o reforço de elementos que digam com uma concepção democrática de processo, ao mesmo tempo que se exige um enfraquecimento de elementos ou concepções que se identifiquem com o autoritarismo. Se para Francisco Campos a oralidade teria o condão de efetivar um processo autoritário também por meio da substituição da concepção duelística pela concepção publicística de processo, para ressignificá-la é necessário a reversão de tal lógica, fazendo com que o mecanismo oralidade seja associado a ideia de construção pelas partes, logo, de uma lógica de dialogicidade.

Se é a concepção duelística de processo que se opõe à concepção pública/autoritária de processo, trata-se dessa primeira a forma de ressignificar o mecanismo oralidade, entregando o debate, no momento de produção probatória, somente às partes. Conforme acentua Calamandrei, a dialeticidade do processo é uma das suas exigências essenciais. Não à toa que a necessidade de assegurar a dialeticidade exigiu dos ordenamentos até mesmo a criação de uma parte artificial, capaz de legitimar o procedimento por meio do contraditório[41].

Processo *est actus trium personarum,* leciona a clássica doutrina. Calamandrei considera que o processo não é um monólogo, e que o juiz nunca está sozinho. O processo trata-se de diálogo, de conversação, de troca de proposições, "de respostas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos e de contraestímulos, de ataques e de contra-ataques. Por isso ele é comparado a um duelo ou um confronto esportivo", mesmo que o duelo seja de persuasões e o confronto de argumentos[42].

41. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, cit., p. 83.

42. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, cit., p. 84.

Portanto, é nisso que consiste a dialeticidade enquanto caraterística mais preciosa e típica do processo moderno, e que implica afirmar que a vontade do julgador não é soberana no processo, senão que condicionada à vontade e ao comportamento das partes, seja a partir de suas iniciativas, dos seus estímulos, da resistência ou da aquiescência destas, que também podem se ajustar entre si de acordo com cada momento do processo e do recebimento de diferentes comportamentos e estímulos da contraparte[43].

Gomes Filho, por sua vez, leciona que a própria história do processo, enquanto fenômeno cultural complexo capaz de expressar valores e símbolos dominantes em uma sociedade em determinados momentos, é marcada por uma alternância de modelos que inspiram ora a prevalência de interesses na eficiência da repressão, ora cautela quanto à garantia da dignidade do sujeito submetido ao drama da persecução[44].

Afirma o autor que, quanto à preocupação com a eficiência da repressão, a justiça penal funciona sob segredo e na forma de monólogo, de modo a relegar o réu a uma situação de subalternidade, e em que a angústia, a impotência e a incerteza são marcantes perante uma acusação não definida, e o desconhecimento da forma com que o procedimento se desenvolverá, à semelhança de como tratou Kafka. Ao passo que, contrariamente, em um modelo baseado na salvaguarda da dignidade da pessoa e reconheça a efetiva participação do réu nas atividades do processo, de modo a permitir que este dialogue com o acusador em igualdade de condições, "não só revela uma opção de civilidade, mas também constitui o método mais adequado para se chegar a uma decisão justa e que possa ser legitimada perante a sociedade"[45].

É nesse contexto que se localiza o direito ao confronto no processo, entre uma a radical oposição existente esses modelos que concebem a atividade persecutória estatal, "sedimentado na prática judiciária inglesa dos séculos XVI e XVII, depois proclamado pela Emenda VI à Constituição norte-americana, e hoje amplamente reconhecido pelos textos internacionais de direitos humanos"[46].

Notadamente no que toca à prova penal, a tensão existente entre a eficácia na realização da justiça – a partir da investigação do fato histórico imputado com

43. Ibidem, p. 85.

44. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio. In: MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. XIII.

45. Idem.

46. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio. In: MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. XIII.

liberdade e eficiência, e que possui nas proibições quanto às provas e seus meios de obtenção um limite necessário – e a garantia de conservação de direitos fundamentais do cidadão acusado pode observar no direito ao confronto um imprescindível mecanismo auxiliar especialmente quanto à produção da prova oral[47]. Conforme Malan, o direito ao confronto trata-se de "direito fundamental do acusado a presenciar e participar da produção da prova oral contra si em audiência pública"[48].

Mais que isso, o direito ao confronto é centrado na ideia de que todo saber testemunhal incriminador que possa ser valorado pelo juiz seja necessariamente produzido de forma pública, oral, com a presença do julgador e do acusado. Logo, o direito ao confronto exige a presença do acusado no momento de produção da prova testemunhal, caso contrário, as declarações prestadas pela testemunha não são passíveis de serem admitidas como elementos de prova. Ademais, o *right of confrontation* "impõe que a produção de todo o saber testemunhal incriminador que seja passível de valoração pelo juiz se dê durante o julgamento (ou, no mínimo, em audiência preliminar revestida das mesmas condições da audiência de julgamento)"[49].

Quanto ao conteúdo de tal direito fundamental, conclui Malan que este serve a variados propósitos: a garantia da veracidade dos testemunhos; a prevenção de comportamentos inadequados pelo Estado, que estejam fundados na utilização proposital de elementos de prova de baixa qualidade, a exemplo daqueles obtidos com coerção pessoal; demonstração de respeito ao acusado no plano simbólico. Nesse sentido, afirma Malan que o direito ao confronto tem conteúdo normativo tridimensional, constituindo-se de uma dimensão processual, uma dimensão probatória e uma dimensão simbólica[50].

47. Se faz necessário ressaltar que a proposta de Diogo Malan em *Direito ao confronto no processo penal*, apesar de se referir a produção de prova oral, circunscreve-se à produção da prova testemunhal na fase de julgamento. Contudo, tal não impede que o conteúdo deste direito fundamental seja analisado com vistas ao fortalecimento da lógica dialética do processo penal. Ainda, ressalta-se que o "direito ao confronto" se trata de instituto que tem origem na *common law*, o que exige uma análise cautelosa quanto aos limites e parâmetros de utilização na matriz processual da qual faz parte o ordenamento jurídico brasileiro.
48. MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cit., p. 1-2.
49. Ibidem, p. 78-79.
50. Ibidem, p. 88-89.

Ao passo que a dimensão processual se refere à tentativa legislativa de prevenir práticas inquisitivas pelo Estado, notadamente a partir da substituição da prova oral produzida em audiência por declarações unilaterais e sigilosas produzidas por testemunhas, a dimensão probatória do direito ao confronto parte da consideração de seu valor heurístico e gnosiológico, que o torna capaz de ser utilizado como "instrumento de esclarecimento dos fatos", de modo a possibilitar maior confiabilidade nos elementos de prova[51].

Por último, a dimensão simbólica se refere à possibilidade instituída pelo direito ao confronto de, colocando face a face a testemunha acusadora e o acusado, conferir ao processo um critério intrínseco de justiça. Afirma Malan, portanto, que o direito fundamental ao confronto é indicativo de um processo penal que "incorpora o valor do respeito à dignidade do acusado, ao permitir a participação pessoal, igualitária e ativa dele nos procedimentos judiciários que afetam os seus interesses", nesse sentido, o tratamento conferido ao acusado fundamentado neste direito é capaz de reforçar a "percepção social acerca da justiça ínsita ao funcionamento do sistema penal"[52].

A ideia de um direito fundamental ao confronto corrobora com a necessidade de um processo em que haja a prevalência de uma dialogicidade, com efetiva participação de duas partes com possibilidades iguais de defesa dos direitos que lhe cabem. A oralidade, enquanto mecanismo do processo, revela-se essencial à realização da concepção duelística e, portanto, acusatória de processo.

4.2. Para uma oralidade compreendida como sistema heurístico: imediação, concentração dos atos e a identidade física do juiz como realizadores do contraditório

Conforme leciona Anitua, juntamente da publicidade, a oralidade tem representado a bandeira que presidirá "la transformación del procedimiento inquisitivo em el sistema continental"[53]. Nesse sentido, segundo Calamandrei, o processo moderno é aquele que "responde aos princípios constitucionais dos ordenamentos democráticos modernos", no qual a existência de duas partes se faz

51. MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, cit., p. 1-2.

52. Ibidem, p. 89.

53. ANITUA, Gabriel Ignacio. En defensa del juicio: comentários sobre el juicio penal abreviado y el arrepentido. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*. 8. ed., 1998. v. 4. p. 546.

necessária, e cujo princípio fundamental deste processo, "a sua força motriz, a sua garantia suprema, é o princípio contraditório"[54].

De acordo com Coutinho, o princípio contraditório é típico de um processo penal de partes. Respeitando a imparcialidade, o julgador se mantém equidistante das partes quando do exercício das funções jurisdicionais, embora no exercício de tal função represente do Estado na relação processual e, enquanto detentor de tal poder, deve agir como órgão mediador. Coutinho aduz que o princípio do contraditório pode traduzir-se na necessidade de conceder às partes a possibilidade de exposição de suas razões, ademais de requerer a produção de provas necessárias para solução do caso penal. Segundo o autor, "a audiência das partes é paritário vital à própria existência do processo, mormente porque expressão, quiçá máxima, do princípio da igualdade (isonomia)". Conclui Coutinho que, por meio do contraditório é refletido um dever por parte do Estado que exige a dialética de um processo de partes, ou seja: o contraditório exige o diálogo entre a defesa e a acusação diante de um juiz imparcial[55].

Trata-se de mecanismo de cognição fundamental ao processo ademais por conceder ao exercício jurisdicional a possibilidade de reconstrução histórica a partir da efetiva participação das partes que, em processo dialético, exporão suas razões e poderão contradita-las. Nesse sentido, afirma Amaral que é a falta de contraditório que abre a possibilidade para o pensamento paranoico. Sem contraditório permite-se uma manipulação seletiva dos quadros, como forma de convalidação das premissas eleitas *a priori*: "qualquer conclusão é possível, se não fosse ela dada de antemão. Esvai-se qualquer parcimônia autocrítica frente à onipotência narcisista", segundo Amaral[56].

No campo normativo, o princípio do contraditório trata-se de uma garantia constitucional, direito fundamental expresso no art. 5º, LV, da Constituição da República, que dispõe sobre a garantia a todos os acusados em geral do contraditório e da ampla defesa, com meios e recursos inerentes a tais direitos. Logo, é curial concluir que a dialética do processo de um processo de partes e

54. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, cit., p. 83.

55. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*, cit., p. 187.

56. AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova*: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. 2011. 467f. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2011. p. 59.

mecanismos decorrentes, como a oralidade, devem ser considerados recurso do contraditório. É o contraditório um mecanismo de cognição do processo e direito fundamental das partes. Logo, conforme acentua Prado, "processo sem contraditório é inválido, nulo"[57].

Enquanto garantia constitucional do sujeito, desde o início do processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno, pois se deve exigir a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, e efetivo porque não basta conceder à parte a possibilidade formal de se pronunciar, é imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los[58].

Tem-se, portanto, que o contraditório deve ser entendido como princípio de um processo penal de partes, fundado em uma concepção duelística e, portanto, um processo eminentemente acusatório. Se a busca por uma ressignificação da oralidade no processo penal passa pela reversão da lógica publicística para uma lógica duelística de processo, é também a partir do contraditório como princípio de um processo dialógico e que deve funcionar como elemento de conexão dos outros elementos que constituem o dispositivo oralidade que essa ressignificação se faz possível.

Quanto aos princípios ou elementos que decorrem da oralidade, tem-se que a imediação é o princípio pelo qual se exige que a prova seja produzida na presença do juiz, que a analisará de forma imediata, ou seja, a prova não terá sua avaliação mediada por outros meios. Segundo Goldschmidt, o princípio da imediatidade requer a produção imediata dos meios probatórios ante o juiz, "así como la producción de aquellos médios probatorios que tienen próximo contacto com el hecho a probar"[59]. Maier, a seu turno, adverte que a regra da imediatidade "obliga a que el debate se lleve a cabo con la presencia ininterrumpida de quienes participan en el procedimiento: el imputado y su defensor, el acusador (ministerio público o querellante, según el caso) y los jueces que dictarán la sentencia"[60].

57. PRADO, Geraldo. Sobre o projeto de Código de Processo Penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, p. 98, jul.-set. 2009.

58. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

59. GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1961. v. I. Teoria general del proceso. p. 147.

60. MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal penal*, cit., p. 657.

A identidade física do juiz, por sua vez, além de se vincular diretamente com a oralidade, também é vinculado à unicidade da audiência. Tal disciplina está presente no art. 399, § 2º, do CPP, o qual dispõe que o juiz que presidiu a instrução deverá ser o que proferirá a sentença. Por isso, conforme Giacomolli, mesmo previamente à exigência da unicidade, de identidade física do juiz e de contraditório pleno durante todo o processo, incluindo fase preliminar e judicial, "há de ser estruturada e exigida a oralidade". Completa o autor que o "mascaramento da oralidade e da unicidade da audiência, bem como a ausência de estruturação lógica do processo penal, relativiza a incidência do princípio da identidade física do juiz"[61].

Calamandrei acentua, ainda, que oralidade implica a identidade das pessoas físicas que constituem o órgão judicial durante o tratamento da causa. Nesse sentido, afirma que se trata de um aspecto da oralidade que visa considerar também questões intuitivas do julgador, ou seja, uma vez que o processo se desenvolve em forma de diálogo e a convicção do juiz vai se formando gradualmente por meio do contato pessoal com as partes e testemunhas, não considerar cada alteração ocorrida em razão de interrupção psicológica trata-se de destruir as vantagens do imediatismo, já que ele funciona no processo oral como uma processo de aquisição de informação contínua e progressiva até a decisão final[62].

A concentração dos atos, por fim, é uma decorrência do princípio da imediação e da identidade física do juiz, pois a partir da concentração dos atos é que, procedimentalmente, permite-se com maior facilidade a junção dos outros dois elementos citados. Aduz Binder que a possibilidade gerada pela imediação e pela oralidade de que os meios de prova se reúnam em uma mesma oportunidade e sejam escutados e analisados sem interrupções, de modo a permitir que se adquira maior *virtualidad probatoria*, além de possibilitar o controle com maior eficácia por parte dos sujeitos processuais. Segundo o autor "este conjunto de circunstancias se conoce como 'principio de concetración' y es considerada como uno de los grandes princípios que estructuran un juicio penal repuplicano"[63].

---

61. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016. p. 221-222.
62. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, cit., p. 453.
63. BINDER, Alberto M. *Iniciación al processo penal acusatório (para auxiliares de la justicia)*, cit., p. 64.

Para Calamandrei[64], a oralidade significa a "concentração do tratamento da causa em um único período (julgamento)", que abarque uma só audiência ou mesmo poucas audiências sucessivas. Nesse sentido, aduz o autor que a oralidade implica a pronúncia da sentença imediatamente após o encerramento do debate oral[65]. Maier, por sua vez, ressalta que a concentração alcança a sentença, pois ela deve ser anunciada imediatamente depois do debate oral. Conclui Maier: "Cerrado el debate, los jueces que integran el tribunal y que presenciaron la audiencia pasan a deliberar y regresan a la sala para leer la sentencia"[66].

Da atual disciplina acerca da oralidade na doutrina, tem-se que a consideração da oralidade como mecanismo processual passa pela ideia de dependência entre esses elementos que integram o dispositivo. Isso posto, conclui-se que a imediatidade, a concentração dos atos e a identidade física do juiz formam um sistema, cuja ausência de qualquer um destes significa a quebra da cadeia constitutiva da oralidade[67]. Nota-se, ainda, que os elementos que compõem o mecanismo oralidade se colocam como meios a perfectibilizar a audiência enquanto oportunidade e circunstância dialética de construção da prova.

Afinal, portanto, trata-se disso: Assegurar a (re)construção histórica possível do fato, a partir da observação e análise imediata – não mediada – dos meios de prova, por um juiz que presencie o momento de sua produção e que, imediatamente após o contato e análise dos meios de prova, delibere acerca do caso. Eis a vantagem do juízo oral. É lícito concluir que a oralidade e seus elementos constitutivos se colocam no processo como mecanismo de cognição, assim

64. Acerca do sobredito princípio, aduz ainda Calamandrei: "Também nos deparamos com um aspecto intuitivo do discurso falado: declarações escritas entre pessoas distantes devem ser necessariamente intercaladas, para dar tempo às respostas; mas na presença daqueles que falam, a resposta segue a pergunta, e a resposta pressiona a resposta. O debate oral é tipicamente contextual, e aquele caráter de progressão e coesão psicológica que tem os argumentos dos interlocutores não permite interrupções e adiamentos; e a decisão deve ser pronunciada imediatamente, antes que o eco das palavras que ele reuniu na audiência desaparecesse da mente do juiz" (tradução livre) (CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, cit., p. 453).

65. CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*, cit., p. 453.

66. MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal penal*, cit., p. 659.

67. COLAVOLPE, Luís Eduardo Lopes Serpa. A oralidade na audiência criminal como ferramenta para um processo penal de garantias. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 264.

como é o contraditório, uma vez que se trata de princípio que realiza e ao final legitima a produção probatória.

Nesse contexto, diz-se que o contraditório é indispensável no processo, tanto pela realização da dialética processual quanto até mesmo por interesse da justiça e do julgador, este que poderá, a partir da contraposição dialética das defesas opostas, encontrar o meio mais adequado para observar, diante de si, "iluminada sob os mais diversos ângulos" a verdade[68] esta que, ressalta-se, é contingencial, e não fundante[69]. Ademais, não é possível descurar que o conceito de contraditório "é indissociavelmente ligado ao de prova" e, portanto, não há, em uma concepção de processo penal aderente ao Estado de Direito, a possibilidade de informações que, uma vez colhidas unilateralmente, possam servir "de arrimo ao convencimento do julgador". Conforme Choukr, "todos os meios empregados devem ser submetidos ao crivo da parte contrária, em 'paridade de armas'"[70].

Não sem motivos, o contraditório é princípio que inexistente no processo inquisitivo, bem como naquele que, ressignificado em tempos mais atuais, pode ser considerado processo totalitário, nos quais as partes são tão somente "elementos figurativos chamados a tornar o rito ainda mais espetacular, mas o juiz é tudo, e sua vontade é única". No processo totalitário, a sentença não é produto elaborado do resultado de interesses contrapostos, tampouco um resultado incerto em constante construção até o final do processo, senão que o arbítrio de uma só vontade, "que representa o processo como um artifício que dá uma ilusória representação de uma decisão já tomada"[71]. Assim como na concepção de Campos, que buscava implementar pela via da reforma processual um novo sentido "popular" de processo que rompesse com a ficção e presunção que o princípio da "controvérsia" introduziu no sistema[72]. Tratava-se de mais uma clara inspiração do Código fascista italiano 1930.

68. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, cit., p. 88.
69. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 118-119.
70. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 365-366.
71. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, cit., p. 86.
72. Segundo Campos: "[...] o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado "princípio dispositivo", de "controvérsia" ou "contradição", introduzira

Considerações finais

A partir do presente estudo, buscou-se, como proposta inicial, partir do reconhecimento de que instituições, institutos, categorias, práticas e saberes são necessariamente frutos e não paradigmas iniciais, mesmo que assim se apresentem, de como a fixar um necessário compromisso com a historicidade. Nesse sentido, buscou-se tratar de que modo o transporte de categorias do campo político para o campo processual (no qual o primeiro se fundava em um paradigma de hegemonia do interesse público sobre o privado) resultou no deslocamento do foco da concepção dualística do processo para uma concepção publicística.

A substituição da concepção dualística pela concepção publicística de processo era defendida por Francisco Campos, ideólogo do autoritarismo processual brasileiro, como forma de moldar o processo aos interesses do projeto autoritário do Estado, no qual o juiz teria especial função de direcionar o procedimento conforme o "princípio da defesa social". A partir desse intento, buscou-se, no campo processual, a garantia de que o Estado pudesse realizar os fins traçados pelo seu projeto, e essa garantia se daria por meio da instrumentalidade, aí atuando como um condicionante externo da ordem processual[73]. Nesse sentido, empreendeu-se a instrumentalidade como principal chave de análise do autoritarismo processual penal.

Ao analisar o mecanismo oralidade como um dispositivo a serviço do modo de ser autoritário buscou-se apontar que tal mecanismo acomoda tanto práticas de matriz autoritária, como pode servir a um projeto democrático. Isso porque, embora a oralidade seja marcadamente apontada como um elemento próprio de sistemas processuais de matriz acusatória, este mecanismo já foi sugerido pelo próprio Francisco Campos como forma de atender aos desígnios do projeto autoritário. Concluiu-se que o uso autoritário da oralidade se faz possível a partir de uma maleabilidade dos elementos que compõem o dispositivo, tornando-os aderentes e funcionais à flexibilização de formas e a mitigação de garantias processuais, a exemplo da defraudação da instrução processual possibilitada a partir das falsas oralidades.

As chamadas falsas oralidades, por sua vez, estão presentes quando o material colhido na fase preliminar ou mesmo no momento da oitiva perante a autoridade

no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei" (CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*, cit., p. 199).

73. GLOECKNER, Ricardo. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, cit., p. 554.

policial seja apenas confirmado na fase processual, em uma teatralização da oralidade ocorrida na instrução processual. Diante da ausência de produção de provas com base nas declarações prestadas em contraditório, uma vez que o julgador já se encontra captado pela hipótese investigativa, a suposta oralidade presente na instrução processual não representa nada mais que uma defraudação da instrução, quando não uma manipulação do conteúdo probatório.

De outro modo, pôde-se concluir que a ressignificação da oralidade parte da reversão e completo abandono da concepção publicística de processo, de modo que a dialética processual seja o paradigma de atuação dos atores processuais e a diretriz de utilização dos mecanismos postos à disposição do processo penal. Concluiu-se que ressignificar a oralidade depende de uma conformação dos seus elementos legitimadores, fazendo com que a imediação, a identidade física do juiz e a concentração dos atos, enquanto princípios a serem concretizados pelo mecanismo oralidade, atuem como realizadores do contraditório.

Pode-se concluir, portanto, que o reconhecimento do contraditório no sistema processual é fator imprescindível para a sua consideração enquanto sistema acusatório-democrático, pois o contraditório, assim como o juízo público e oral, é elemento essencial à concretização de uma concepção dialética de processo. Em razão disso, o desenvolvimento do contraditório é capaz de indicar o grau de efetivação de garantias dos sujeitos enquanto atores processuais em diálogo. Nesse sentido é que o reconhecimento do processo como procedimento em contraditório, conforme Fazzalari[74], passa pela efetivação de mecanismos hábeis a conferir uma lógica dialética ao processo e, sobretudo, hábeis a permitir a prevalência dessa lógica.

Com efeito, é lícito concluir que a imediação, a identidade física do juiz e a aglutinação dos atos processuais enquanto princípios garantidos pela oralidade e que buscam conferir ao processo uma lógica dialética possuem maior possibilidade de serem efetivos nesse intento se concebidos como diretrizes realizadoras do contraditório. Ou seja, além de compor uma nova conformação da oralidade enquanto mecanismo processual, o contraditório deve ser concebido como resultado necessário da dialeticidade do processo pela via da oralidade, ao mesmo tempo que é seu realizador e legitimador. Ressignificar a oralidade, portanto, é conceber tal mecanismo como dispositivo a serviço da concepção dialética de processo. Essa função estratégica do dispositivo, por sua vez, dá-se a partir da consideração do contraditório como (1) elemento

74. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994. p. 85-86.

essencial à dialética processual, (2) elemento de composição da oralidade e (3) elemento de vinculação e legitimação dos princípios da oralidade, já que estes devem funcionar como seus realizadores.

Referências bibliográficas

AMARAL, Augusto Jobim do. *Discurso penal e política da prova*: nos limites da governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. 2011. 467f. Tese (Doutorado em Altos Estudos Contemporâneos – Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Letras, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2011.

ANITUA, Gabriel Ignacio. En defensa del juicio: comentários sobre el juicio penal abreviado y el arrepentido. *Cuadernos de doctrina y jurisprudência penal*. 8. ed., 1998. v. 4.

BARROS, Flaviane M. "Oralidade e garantias processuais penais": de qual oralidade podemos falar?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 809-823, set.-dez. 2017.

BINDER, Alberto M. *Iniciación al processo penal acusatório* (para auxiliares de la justicia). Buenos Aires: Campomanes, 2000.

BINDER, Alberto. *La justicia penal en la transición a la democracia en América latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. v. I. Problemi generali del diritto e del processo.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Trad. Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. São Paulo: Ebooks Brasil, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COLAVOLPE, Luís Eduardo Lopes Serpa. A oralidade na audiência criminal como ferramenta para um processo penal de garantias. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, ano 30, n. 30, 1998, p. 163-198.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. *Manual básico*: método para o planejamento estratégico/ESG. Reimpr. rev. Rio de Janeiro, 2009. v. III.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1994.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abo*rdagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. LOPES JR., Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios generales del proceso*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1961. v. I. Teoria general del proceso.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos e políticos do processo penal*. Trad. Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio. In: MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAIER, Júlio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996. t. I. Fundamentos.

MALAN, Diogo. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 1.

PRADO, Geraldo. *Sobre o projeto de Código de Processo Penal*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009.

SAMPAIO, André Rocha. OLIVEIRA E SILVA, Joane Marcelle de. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: A oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: BALLESTEROS, Paula; ARANEDA, Sandra (Coord.). *Desafiando a Inquisição*: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJAS. 2018. v. II.

SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura inquisitória e as falsas oralidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 879-905, set.-dez. 2017.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A prova oral e o problema da verdade no direito processual: as contribuições do construtivismo lógico-semântico, de Luciano Athayde Chaves – *RePro* 275/67-88 (DTR\2017\7112);
- Novas perspectivas sobre a oralidade no processo, de Michel Roberto Oliveira de Souza – *RDIP* 2/145-178 (DTR\2015\17078); e
- Revisión y oralidade: la apelación del juicio de hecho en el processo oral civil, de Leandro J. Giannini – *RDIP* 8/45-55 (DTR\2018\22698).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2018\1104832, JRP\2018\1254893 e JRP\2015\13860.

Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro

Beyond BARD: a critical evaluation of the adoption of the "beyond any reasonable doubt" as the standard of proof in Brazilian criminal justice system

Janaina Matida

Doutora em Direito pela Universitat de Girona, Espanha. Mestre e Graduada em Direito pela PUC-Rio. Professora do departamento de Teoria do Direito da FND/UFRJ. Membro efetivo da Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito da OAB/RJ. Co-líder do Grupo de Pesquisa sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais (GREAT), da FND/UFRJ. Professora convidada do curso de especialização em Processo Penal e Garantias Fundamentais da ABDCONST – Rio de Janeiro.
janainamatida@gmail.com

Antonio Vieira

Mestre em Razonamiento Probatorio pela Universitat de Girona, Espanha. Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador (BA). Membro fundador e ex-presidente do IBADPP. Professor convidado dos cursos de especialização em Direito e Processo Penal da ABDCONST – Curitiba e Processo Penal e Garantias Fundamentais da ABDCONST – Rio de Janeiro.
antonio@vieiraadv.com.br

Autores convidados

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise crítica da adoção do *standard* de prova de origem estadunidense conhecido como "além de toda dúvida razoável" (BARD) ao sistema de justiça brasileiro. Isso porque, à diferença do que a retórica dos nossos operadores jurídicos – entre magistrados, promotores, advogados – e de parte da dogmática afirma, o BARD não se configura

Abstract: This paper presents a critical analysis on the adoption of the US standard of proof, known as "beyond a reasonable doubt" (BARD), by the Brazilian justice system. Contrary to the legal practice of Brazilian operators and its jurisprudence, including that of judges, prosecutors and attorneys, the BARD is not perceived as an adequate solution to reducing legal irrationality

Matida, Janaina; Vieira, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do *standard* de prova "para além de toda a dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 221-248. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

como solução adequada ao propósito de se reduzir os espaços da irracionalidade e decisionismo jurídicos. Movidos por essa preocupação, e amparados em desenvolvimentos teóricos de pesquisadores que há tempos se dedicam à temática dos standards de prova (em geral) e à crítica do BARD (em específico), buscamos oferecer aqui boas razões para colocar em questão a importação de uma ferramenta que em realidade acaba funcionando como um "anti-*standard*", isto é, que tão somente se promove como ferramenta persuasiva, sem entregar, contudo, a promessa de aumentar a racionalidade das decisões sobre os fatos.

Palavras-chave: Processo penal – *Standard* de prova – Prova além de toda dúvida razoável – Subjetivismo – Irracionalidade – Valoração racional da prova – Raciocínio probatório.

in judicial decision making. Prompted by this premise, and supported by long-term research on the subject of the standards of proof (in general) and in the critique of the BARD (in particular), we seek to offer robust reasons to call into question the incorporation of a tool that in reality ends up functioning as an 'anti-standard', that is, that only promotes itself as a persuasive tool without delivering on creating a context of more rationality in fact-finding decision making.

Keywords: Criminal procedure – Standards of proof – Proof beyond any reasonable doubt – Subjectivism – Irrationality – Rational theory of evidence – Evidential legal reasoning.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do conceito e da função esperada de um *standard* (em geral). 3. Sobre *standards* de prova e as exigências do contexto probatório contemporâneo. 4. O BARD no cenário jurídico brasileiro. 4.1. O BARD e seu tratamento pelos tribunais brasileiros. 4.2. O BARD e seu tratamento pela dogmática brasileira. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A referência ao termo *standard de prova* tem sido, nos últimos anos, cada vez mais comum quando se discorre sobre temas probatórios, no âmbito do direito processual brasileiro. De fato, tanto na doutrina como na práxis forense, cada vez mais autores e operadores jurídicos recorrem à expressão para designar critérios de suficiência probatória, os quais, no campo do processo penal, permitiriam saber quando há prova suficiente para proferir uma decisão condenatória e quando, pelo contrário, estaria o magistrado obrigado a absolver o réu por não haver alcançado um mínimo probatório necessário para a desfecho de condenação.

No entanto, a despeito desse aumento no número de referências, parece não haver pleno domínio – quer pelos doutrinadores, quer por magistrados, membros do ministério público, defensores etc. – do que seja efetivamente um *standard* probatório e, principalmente, qual função ele cumpre (ou deveria cumprir) no campo do processo judicial. Daí vir chamando atenção o modo como tem ganhado força, no Brasil de hoje, o *standard* de prova clássico do

processo penal estadunidense denominado *beyond a reasonable doubt* (de agora em adiante, BARD); o que entre nós foi traduzido como "para além de toda a dúvida razoável".

Independentemente de que se esteja em dia com o significado da expressão, usar o "para além de toda a dúvida razoável", em tempos atuais, soa como um certo modismo, isto é, uma maneira de parecer *up to date*[1] com o que vem sendo debatido, em termos de raciocínio probatório, em outros países e sistemas jurídicos. Em certa medida, é como se a mera presença discursiva da expressão, por si só, já garantisse racionalidade à decisão, sendo capaz de livrá-la dos perigos dos subjetivismos e dos caprichos judiciais.

Evidentemente, não é bem assim que as coisas funcionam. A simples referência à existência de prova para além da dúvida razoável em uma sentença não traz consigo qualquer garantia de que a decisão tenha sido tomada após um processo de valoração racional da prova. A menção à existência de prova além da dúvida razoável não assegura que realmente exista prova que com suficiência tenha atendido um *standard* de prova exigente, como deve ocorrer nos processos penais.

O fato é que, no Brasil, o BARD vem produzindo um certo "encantamento" em parte da doutrina e dos operadores jurídicos, que aparenta ver no *standard* de origem anglo-saxã uma espécie de panaceia, com aptidão para resolver todos os problemas que as discussões probatórias suscitem. O entusiasmo exagerado em relação ao BARD tem feito com que, a despeito da crescente circulação terminológica, pouco ou quase nada se discuta em relação às críticas que importantes epistemólogos, filósofos e juristas, mundo a fora, têm dirigido ao BARD.

Assim, enquanto em outros sistemas jurídicos desenvolvem-se debates em torno do desafio de elaboração de um *standard* de prova objetivo, dada distinção entre elaboração, compreensão e aplicação de *standards* de prova, no cenário jurídico interno, mais uma vez, o que observamos são os perigos do transplante acrítico de institutos característicos de outras matrizes jurídico-culturais.

As menções ao BARD correm o risco de significarem apenas outra manifestação do processo de *americanização*[2] do nosso sistema jurídico, processo este que

1. A expressão foi usada por Taruffo para tratar do fenômeno semelhante, ocorrido após a década de 1970, em relação ao *bayesianismo* (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 194-195).

2. Como explica Langer, desde o final da Segunda Guerra e, principalmente, a partir do fim da Guerra Fria, o sistema legal dos Estados Unidos se tornou o mais influente do mundo,

contribui para que institutos e categorias jurídicas típicas dos EUA sejam importadas à realidade brasileira sem a devida cautela ou sem a necessária tradução.

A consequência indesejável de tudo isso é que o BARD acabe sendo utilizado no sistema de justiça criminal brasileiro para cumprir papel diametralmente oposto daquele que seria o esperável. O perigo para o qual queremos sinalizar é que o BARD termine funcionando como um "anti-*standard*" de prova, passando a servir como um elemento puramente retórico de justificação das decisões, em nada diminuindo os espaços de subjetivismo, de discricionariedade ou mesmo de arbitrariedade que precisamente se quer evitar a partir da adoção de um modelo racionalista de prova (o qual recorre a um *standard* justamente por reconhecer-lhe como instrumento capaz de incrementar o controle intersubjetivo da decisões judiciais).

Motivados por essas preocupações, o presente artigo pretende oferecer uma análise crítica do BARD e da forma como esse *standard* vem sendo aplicado no Brasil. Para tanto, no item 2 apresentaremos a definição e a função dos *standards*, de modo a esclarecer seus traços característicos bem como as situações para as quais os responsáveis pelo desenho das instituições reservam a formulação de *standards*. À continuação, o item 3 concentra-se nos *standards* em matéria probatória. Nele, o leitor encontrará a justificação subjacente à implementação dos *standards* probatórios mais conhecidos (entre eles, do BARD). Finalmente, o item 4 oferece um relato do estado de coisas referente ao BARD no cenário brasileiro. Ficará claro ao leitor que, a despeito de sua crescente notoriedade, a simples menção à "prova além de toda dúvida razoável" não tem contribuído para um cenário de avanços no que se refere às garantias dos jurisdicionados. No item 5, apresentaremos a nossa conclusão.

2. Do conceito e da função esperada de um *standard* (em geral)

Se nos voltamos às estratégias normativas presentes nos mais diversos sistemas jurídicos, será possível detectar a presença de normas ora formuladas mediante termos mais precisos, ora em termos mais vagos – estas últimas com bordas de aplicação mais indefinidas e que requerem mais trabalho para determinar se o

passando a inspirar, de diversas maneiras, os sistemas jurídicos de outros países. Esse fenômeno deu lugar a um processo que costuma ser denominado de *americanization* (LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. I, 2004. p. 1).

caso então sob exame cai dentro ou fora da área de incidência da norma. Dirigir "até o limite de velocidade de 80 km/h" e "dirigir prudentemente" são formulações distintas (muito embora possamos reconhecer que o fundamento de ambas seja reconduzível à preocupação com a segurança das pessoas). A primeira delas está presente nas regras jurídicas, enquanto que a segunda se expressa mediante a formulação dos chamados *standards*. São estratégias diferentes para a implementação do propósito de garantir a segurança das pessoas.

As regras são estratégias pensadas para situações nas quais o que se pretende é liberar os agentes do peso da reflexão em decisões futuras[3]. Ao estipular o máximo permitido, a regra de trânsito, por exemplo, livra seus futuros aplicadores de uma série de considerações. Para a sua aplicação, é suficiente a verificação da ocorrência do comportamento presente em seu predicado fático. E é assim porque a regra tem um modo característico de implementar seu propósito: a regra pretende implementar algum propósito, mas, para isso, reconhece-se autônoma a ele. No exemplo da regra de trânsito, a verificação de condução acima do limite de velocidade é suficiente para a aplicação da consequência jurídica, não podendo o aplicador, em cada caso individual, colocar-se a refletir acerca dos riscos efetivamente causados por cada motorista. Um piloto de Fórmula 1 com notória habilidade para dirigir com segurança mesmo em alta velocidade receberá a multa por ter dirigido acima do limite permitido. Pouco importa a falta de risco concreto à integridade física que a conduta dele tenha representado. O valor da regra é que, em longo prazo e na considerável maior parte dos casos, ela serve ao propósito de se garantir a integridade física das pessoas. Mesmo que a regra gere alguns resultados injustos, no cômputo total, a regra é mais benéfica[4] que prejudicial à persecução de determinado propósito[5]. Ademais, não se pode

3. SULLIVAN, K.M.; AMAR, A. R. The Supreme Court, 1991 Term. *Harvard Law Review*, v. 106, 1992. p. 63: "Rules promote economies for the legal decisionmaker by minimazing the elaborate, time-consuming, and repetitive application of background principles to facts".

4. Como argumento a favor das regras, elas servem a realizar "the greatest good in the aggregate, even if that requires giving up the aspiration to do what particular decision-makers think is the right thing in particular cases" (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction to legal reasoning. Massachussets: Harvard University Press, 2009. p. 212).

5. Isso é o que Schauer denomina de *subotimidade* das regras. Toda regra é potencialmente *sobre* e *subinclusiva*: é *sobreinclusiva* quando inclui mais do que deveria em sua área de incidência quando comparamos esta última ao propósito que a regra pretende implementar; é *subinclusiva* quando inclui menos do que deveria em sua área de incidência

esquecer a considerável vantagem de previsibilidade[6] quanto aos resultados futuros que a regra apresenta.

Por sua vez, o *standard* representa um tipo de estratégia normativa diferente. Ao fazerem uso de termos vagos na formulação normativa, os arquitetos dos mais diversos sistemas jurídicos objetivam garantir espaço à discricionariedade dos aplicadores. A vagueza faz com que a área de incidência do *standard* seja menos definida do que a área de incidência da regra. E, assim, o *standard* tem a capacidade de ser mais sensível em cada caso em que sua aplicação seja posta em questão. Enquanto a regra pretende garantir determinado propósito descolando-se das considerações político-morais que lhe serviram de fundamento ao momento de sua formulação, o *standard* representa um convite permanente a reflexões sobre a realização do propósito que ele visa proteger. Não por outra razão, o *standard* "dirija prudentemente" pode excluir da punição o piloto de Fórmula 1 que no nosso exemplo conduzia a mais de 80 km/h. Verificando a habilidade do piloto de conduzir com segurança mesmo em alta velocidade, o aplicador interpreta o caso individual como conforme ao *standard* e, por isso mesmo, livre da multa. Fica claro que o *standard* representa uma porta aberta ao exercício intelectual do aplicador sobre quais comportamentos, nos casos individuais, representam ameaça ao propósito que visa proteger. O *standard* pretende ser uma estratégia mais justa para os casos concretos, pois sempre resguarda ao agente discricionariedade para analisar o caso individual e suas especificidades tendo o propósito para o qual foi criado[7]. Como desvantagem quando comparado à regra,

---

quando comparamos essa última ao propósito que a regra pretende implementar. Para ficar no exemplo da regra de trânsito: é *sobreinclusiva* quando ela pune o piloto de fórmula 1 mesmo que ele não tenha colocado em risco a integridade física dos demais cidadãos, ao mesmo tempo em que é *subinclusiva* ao deixar de punir alguém que dirige dentro do limite de velocidade mas olha para os *outdoors* dispostos no caminho. A respeito da *sobre* e *subinclusividade* das regras, ver SCHAUER, F. *Playing by the rules*: a Philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Claredon Press, 1991. p. 31-34; p. 149-ss.

6. Sobre a previsibilidade produzida pela regra, ver SULLIVAN, K.M.; Amar, A. R. The Supreme Court, 1991 Term. *Harvard Law Review*, v. 106, 1992. p. 62: "[...] rules afford certainty and predictabilityte actors, enabling them to order their affairs productively".

7. Sobre os argumentos comumente apresentados a favor dos standards, ver SULLIVAN, K.M.; Amar, A. R. The Supreme Court, 1991 Term. *Harvard Law Review*, v. 106, 1992. p. 66: ""If fairness consists of treating like cases alike, then there is na argument that standards are fairer than rules. Rule-based decisionmaking suppresses relevant similarities and differences; standards allow decisionmakers to treat like cases that are

dado que o *standard* pretende oferecer uma pluralidade de respostas a depender das especificidades dos casos individuais, é fonte de incertezas e imprevisibilidade sobre os casos futuros [8].

3. Sobre *standards* de prova e as exigências do contexto probatório contemporâneo

A partir dessas considerações conceituais, é possível compreender a justificação da formulação de *standards* probatórios para o contexto da decisão judicial dos sistemas jurídicos contemporâneos. Trata-se de uma estratégia que busca compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais. Se atualmente se entende que é importante garantir ao julgador liberdade no que tange à valoração probatória, isso não implica anuência ao subjetivismo. Dizer que a valoração deve ser livre expressa a preocupação em nos distanciarmos das amarras normativas então características das provas tarifadas, mas não significa concordância acrítica aos caprichos e opiniões íntimas dos juízes. No nosso entender, o estado atual de coisas é conformado por dois movimentos complementares. Vejamos.

Num primeiro momento, o modelo designado como livre valoração surgiu como alternativa crítica à irracionalidade do antigo sistema da prova legal. De fato, não há defesa racional possível em vincular previamente valores, de modo geral e abstrato, às provas. Para citar alguns exemplos: que duas pessoas afirmem o mesmo fato nem torna tais alegações verdadeiras em si mesmas, nem torna ocorrido o fato narrado; que um acusado "confesse" não faz do fato confessado genuinamente correspondente à realidade. Colocar tanto peso às regras jurídicas na determinação dos fatos individuais foi uma estratégia que no passado produziu decisões injustas e irracionais. As provas tarifadas descansavam em generalizações espúrias[9] de acordo com as quais as confissões sempre tinham valor de verdade, a declaração de duas pessoas sempre trazia a verdade quando seu conteúdo contrastasse à declaração de uma só pessoa, e assim por diante. Como se não houvesse explicação diversa para a confissão do acusado que não o compromisso de

substantively alike. [...] They [standards] spare individuals from being sacrificed on the altar of rules, notwithstanding the good that rule-boundedness brings to all".

8. As particularidades relevantes de cada caso não estão predeterminadas pelo *standard*; do contrário, seria uma regra.

9. A expressão é de Schauer (SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*. Massachussets, Harvard University Press, 2006).

dizer a verdade (por ex.: a tortura); como se não houvesse outra razão para que duas testemunhas prestassem declaração com mesmo conteúdo (por ex.: a deliberada vontade de prejudicar o acusado; ou a sugestibilidade que a comunicação entre duas ou mais testemunhas pode produzir na construção da memória coletiva de um evento[10]). Foi como alternativa a esses absurdos que a valoração livre da prova surgiu. Uma confiança nas capacidades cognitivas do julgador foi proposta em substituição à antiga aposta nas capacidades estruturais das regras de prova legal. Evidente, no entanto, que a livre valoração também mostrou seus defeitos. Como recordado por alguns professores[11], a livre valoração acabou reconduzindo as decisões aos resultados irracionais que tanto se queria evitar. No lugar da irracionalidade oriunda da prova tarifada, passamos, em um segundo momento, à irracionalidade judicial; esta última possibilitada pela compreensão da valoração livre como "livre de qualquer regra" – não apenas livre de regras jurídicas de prova legal como também livres das regras provenientes do próprio raciocínio lógico[12]. Tal interpretação da livre valoração estendeu guarida a achismos e a generalizações apressadas, como se representassem um contato privilegiado entre o magistrado e o inefável. Amparadas em uma simples referência à convicção íntima, as decisões passaram a refletir o deturpado entendimento segundo o qual, se o julgador é livre, isso incluiria a sua liberdade de valorar as provas com base no que intimamente sentia quando em contato com elas[13].

10. Sobre o fenômeno da conformidade da memória, ver THORLEY, C. Memory conformity and suggestibilty. *Psychology, Crime & Law*, 2013. p. 565-575.

11. Michele Taruffo, Marina Gascón, Jordi Ferrer Beltrán entre eles. Veja-se TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005; TARUFFO, Michele, *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014; TARUFFO, Michele, *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2004; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, entre outros.

12. Contra a interpretação irracional da livre convicção, Jordi Ferrer afirma: "[...] la libre valoración de la prueba es libre sólo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración" (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración*, cit., p. 45). No mesmo sentido crítico à livre convicção entendida como livre de quaisquer regras inclusive da lógica, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos*, cit., p. 34-35.

13. Sobre a relação entre o modo irracional de compreender a livre convicção e o princípio da imediação, ver ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires, Editores del Puerto,

Em meio ao cenário de críticas às arbitrariedades judiciais, à falta de controlabilidade da racionalidade de suas decisões, é que a noção de *standard* de prova ganhou especial atenção. Sua função consiste em fixar o grau de corroboração suficiente para que uma hipótese seja considerada verdadeira. Quanto suporte probatório uma hipótese precisa apresentar para que seja considerada verdadeira e, na sequência, seja incluída como premissa menor do raciocínio decisório?[14] Nos casos individuais, a determinação suficiente da ocorrência do fato juridicamente relevante é condição inafastável da justificada condenação de alguém e essa é precisamente a função que um standard de prova deve cumprir[15]. Os *standards* mais conhecidos são originários da cultura jurídica estadunidense: o *preponderance of the evidence* (de agora em diante, PoE), o *clear and convincing evidence* (de agora em diante, CCE) e o *beyond any reasonable doubt* (BARD) pretendem refletir uma gradação quanto à exigência de corroboração probatória para que determinada hipótese seja considerada verdadeira. Essa gradação vai, respectivamente, da menor à maior exigência de corroboração. Ou seja: entre os três *standards*, o PoE é o menos exigente enquanto que o BARD é o mais exigente. Ao CCE sobra a posição intermediária de exigir menos do que o BARD e mais do que o PoE.

A atribuição de probabilidades matemáticas a cada um deles é um recurso frequentemente utilizado por parte dos autores de modo a esclarecer as diferentes

2007. p. 156: "[...] Ocurre que la manera de entender la práctica de la inmediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de la libre convicción. En efecto, entendido éste como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento y la justificación de los resultados".

14. Sobre a necessidade de justificação da premissa menor (fática) do raciocínio decisório, veja-se WRÓBLEWSKY, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. 5 *Rechtstheorie* 33, 1974.

15. Daí a afirmação de 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 orientadoras fortes'), que legitimimará a punição conforme o caso ('direito penal do fato')" (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 40).

exigências dos *standards*[16]. As probabilidades matemáticas indicadas como representativas de cada um deles são as seguintes: BARD é de 95%, CCE é de 75% e do PoE é de 50%+1 (qualquer ponto acima de 50%). Significa que, para que uma hipótese seja considerada verdadeira segundo o BARD ela tem de alcançar uma probabilidade (de ser verdadeira) de 95% ou mais; já para que seja considerada verdadeira segundo o CCE ela tem de alcançar uma probabilidade em torno de 75%, e, por último, caso estejamos diante do PoE, será suficiente se atingir qualquer probabilidade superior a 50% de chance de ser verdadeira. Ou seja: Uma mesma hipótese *x* pode ser considerada verdadeira quando se lhe aplique o PoE e não verdadeira (ou, em termos menos precisos, falsa) quando seja o BARD o *standard* aplicável. Isso acontece porque o mesmo conjunto probatório pode ser suficiente para alcançar o patamar de 50%+1 de probabilidade de ser verdadeira e insuficiente para alcançar o patamar de 95% de probabilidade de ser verdadeira. Logo, é certo concluir que a imposição de distintos *standards* de provas serve a dificultar (ou facilitar, a depender de qual perspectiva se assume) determinadas decisões sobre os fatos.

Não é por outra razão que o BARD é aplicável originalmente no âmbito da Justiça criminal e impõe a exigência de 95% de probabilidade à hipótese da acusação. Enquanto isso, na Jurisdição civil atuam *standards* de prova menos exigentes, os quais produzem assimetrias menos profundas entre os resultados possíveis. Desde Blackstone[17], reconhecemos que, no âmbito da Justiça criminal, é manifestamente pior condenar um inocente do que absolver um culpado. A formulação do BARD teria em sua origem a pretensão de dificultar a condenação de inocentes. Como? Dificultando as condenações em geral. Se o sistema criminal passa a exigir robustamente mais da hipótese de condenação para que seja

16. Como exemplos deste recurso numérico, Schauer e Laudan. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*, cit., p. 220: "[...] For purposes of simplicity and clarity, let us assign a rough numerical probability.... We can thus start with the premisse, say, that the prosecution must prove its case such that the jury, to convict, must be 95 percent certain of the defendant's guilt". LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 95: "Si se desea, podemos explicarnos esta escala en términos probabilísticos; la cual va de cero a uno. Bajo esta interpretación, BARD probablemente se ubicaría en algún punto entre 0.9 y 0.95 o incluso en puntos más altos. Por su parte, PCC se ubicaría cerca del 0.75. Por último, PoD sería todo aquello arriba de 0.5 (y menor a 0.75)".

17. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. Livro IV, cap. 24, 1769: "For the law holds, that it is better that ten guilty persons escape, than that one innocent suffer".

considerada verdadeira (95%), então, dificulta-se as condenações e, com isso, também as condenações de inocentes. O outro lado dessa moeda é que as absolvições de culpados se veem facilitadas (pense-se que as hipóteses acusatórias que atinjam probabilidades altas como 80, 90% teriam de ser descartadas com base em um *standard* de prova tão exigente. A hipótese mais provável seria considerada perdedora para dar lugar a uma hipótese menos provável)[18].

Já no âmbito civil, dado que o risco da decisão equivocada não envolve uma consequência tão gravosa como a perda da liberdade, a estratégia consiste em distribuir o risco dos dois tipos de erros (improcedências injustas vs. procedências injustas) simetricamente. A hipótese fática confirmada em qualquer ponto superior a 50% será julgada vencedora. Deixar de dar a procedência a um pedido que merecia a tutela jurisdicional é considerado tão ruim quanto dar procedência a um pedido que em realidade não merecia a tutela jurisdicional. O equânime prejuízo produzido pelos dois tipos de erros conduz o sistema jurídico a adotar, para esses casos, um *standard* de prova menos assimétrico. Finalmente, ainda aplicável à Jurisdição civil, o CCE serve a dificultar determinadas decisões consideradas mais gravosas quando comparadas à rotina de decisões civis, como as decisões que declaram insanidade ou a perda de direitos sucessórios.

A lógica, como se vê, é de exigir mais das hipóteses fáticas quanto mais gravosas sejam as consequências delas extraídas. Em situações nas quais os arquitetos dos sistemas jurídicos entendam que uma das partes têm mais a perder do que a outra (CCE), ou manifestamente mais a perder do que a outra (BARD), eles farão uso de *standards* mais exigentes[19]. Para as outras situações nas quais consideram equilibrados os riscos de erros, farão uso de *standards* menos exigentes e

18. Sobre a outra cara da moeda do BARD, SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*, cit., p. 220: "Supose we have ten defendants, and suppose further that each of them is 90 percent, but only 90 percent, likely to have commited a crime. If the jury is doing its job properly, then all ten defendants will go free, because in none of these cases will the prosecution have met the requisite burden of proof of 95 percent confidence in the defendant guilty. But because each of the ten has been charged, we can expet that nine of those acquitted defendants will actually be guilty of that for which they are on trial, in spite of which they are now going free".

19. "Cuando se adopta un estándar de prueba más exigente, lo que está en juego es evitar especialmente un tipo de error, el falso positivo (declarar probada una proposición falsa), aun a costa de elevar el riesgo de falsos negativos (declarar no probada una proposición verdadera). Se trata de un fin diferente al de la pura averiguación de la verdad y que está parcialmente en tensión con éste" (ACCATINO, Daniela. Certeza, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho XXXVII*, p. 488). Nesse

produtores de menores assimetrias entre as hipóteses fáticas em jogo (PoE). Em resumo, a pluralidade de *standards* pretende expressar a ideia de que há certos falsos positivos[20] mais gravosos do que outros: a condenação de um inocente é mais gravosa, do ponto de vista social, do que a procedência injusta de um pedido.

Feitas essas considerações, será mesmo que o BARD cumpre a sua função de dificultar as condenações e, com elas, as condenações de inocentes?[21] Embora autores de considerável peso da epistemologia jurídica sejam otimistas com respeito à funcionalidade de algum *standard* em matéria probatória, certo é que as críticas ao BARD são um ponto de convergência entre diversas propostas teóricas[22]. Se por um lado defendem distintas propostas de *standard* de prova, por outro, estão de acordo no que tange à inadequação do BARD à satisfação de decisões racionais sobre os fatos. Ora, críticas tão ferrenhas ao BARD deveriam produzir cautela no cenário brasileiro. Adotar um *standard* de prova não é algo que se deva fazer a partir de meras intuições do que seja um bom caminho de decisão judicial, sentidas de forma isolada pelos operadores. O contexto adequado para uma decisão dessa relevância política é o das deliberações coletivas, nas quais seja possível debater conjuntamente sobre os prós e contras das opções em jogo. Não há razões para conferir ao BARD o protagonismo em matéria probatória que vem ocupando no nosso sistema processual penal. Aliás, uma comparação entre o BARD e a íntima convicção ilumina semelhanças difíceis de serem ignoradas e que nos ajudam a concluir que o BARD não traz vantagens reais[23], pois, da mesma maneira que ocorre com a íntima convicção (ou convencimento), o BARD

ponto, a autora acompanha Larry Laudan e à ideia dele de que os *standards* servem para distribuir de distintos modos a proporção entre os erros de falsos positivos e negativos.

20. Por *falso positivo*, entenda-se declarar provada uma hipótese fática em realidade falsa; por *falso negativo*, entenda-se declarar não-provado uma hipótese fática em realidade verdadeira).

21. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*, 220. "If that is taken seriously (referindo-se ao BARD) – and there is scant reason to believe that it is not in most criminal cases [...]".

22. Entre eles, Jordi Ferrer e Larry Laudan, como será possível ver mais adiante.

23. Para Ferrer, tanto "la íntima convicción" como o "más allá de toda duda razonable" são formulações insatisfactórias por distintas razões, mas que 'comparten una extraordinaria vaguedad y el recurso a las creencias del agente decisor como elementos 'justificantes', de sorte que se tratam de standards subjetivos "al extremo de que puede ponerse en duda su propio carácter de estándar de prueba" (FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, v. 15, 2007).

também apresenta uma forte referência ao aspecto psicológico; tanto o BARD como a íntima convicção põem ênfase no que o juiz deve ter em mente ao momento da decisão (certeza moral e ausência de dúvidas razoáveis), mas nenhum deles sublinha a relevância da prova como único e exclusivo caminho para a sua satisfação[24]. Isso, por sua vez, faz que a objeção quanto ao risco de viabilizar decisões subjetivistas, absolutamente livres de qualquer controle de racionalidade – originalmente atribuídas à íntima convicção – também sejam atribuíveis ao BARD[25]. Se é certo afirmar que o cenário de ausência de controle sobre os que exercem o poder é favorecido pela íntima convicção, também é certo que temos de reconhecer que essa ameaça à Democracia e ao Estado de Direito está longe de ser neutralizada pelo BARD.

4. O BARD no cenário jurídico brasileiro

4.1. O BARD e seu tratamento pelos tribunais brasileiros

Ao menos desde meados da década de 1990, há notícia do uso, no âmbito dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro (de agora em diante, STF), do *standard* "para além de toda a dúvida razoável" com o objetivo de determinar o critério de suficiência probatória utilizado em suas decisões. Um dos mais antigos registros da presença da expressão "além de qualquer dúvida razoável" numa decisão do STF encontra-se no Acórdão do HC 73.338/RJ, que teve como relator o Min. Celso de Mello e foi julgado pela 1ª Turma da Corte ainda em 1996. Embora associada à ideia de que a condenação exigia "prova inequívoca", a invocação do

24. Em outro trabalho, um dos coautores deste artigo tratou dos problemas que são produzidos pela excessiva confiança que os magistrados brasileiros possuem em si mesmos nos casos de condenações fundadas em reconhecimento pessoal sem observância do disposto pelo art. 226 do CPP. Trata-se de um conjunto de decisões absolutamente incompatíveis com a afirmação de que foram decididas com base em algum *standard* de prova racional. Ver, MATIDA, Janaina. *Standards* de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. *Arquivos da Resistência: ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 93-110.

25. Taruffo é um dos autores que destinam críticas ao BARD. "Trata-se do critério geralmente aplicado pelas cortes estadunidenses, que foi recentemente 'importado' para o processo penal italiano. O significado exato desse critério é bastante incerto: por um lado, não é possível saber como esse é efetivamente aplicado pelos júris estadunidenses, que não motivam seus vereditos; por outro lado, a definição de 'dúvida razoável' é tudo menos clara, e as tentativas de dar a essa uma quantificação não produziram qualquer resultado". Veja-se TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*, p. 253.

BARD, nos anos que se seguiram, foi repetida várias outras vezes, especialmente em julgamentos que tinham o já citado Ministro como relator. No voto que conduziu o julgamento do HC 80.084/PE, o Ministro Celso de Mello anotou: "Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado".

Parece, contudo, ter sido mesmo com o julgamento do famoso caso Mensalão (Ação Penal 470, julgada pelo STF entre 2012 e 2014) que o BARD passou a ser utilizado com mais recorrência, inclusive com sua menção nos votos de outros Ministros da Corte. No mais longo julgamento da história do STF, ao menos seis dos 11 Ministros[26] fizeram referência ao BARD em seus votos. A essa adoção mais disseminada do BARD produzida pelo Mensalão, seguiu-se a sua consolidação por meio da operação Lava Jato (iniciada sob a jurisdição da Justiça Federal do Paraná, em 2014). De fato, com a Lava Jato, o BARD ganhou "fama" e "notoriedade": até a atenção da imprensa foi despertada para o tema[27]. Se de um lado, em seus arrazoados, o Ministério Público Federal passou a sustentar que o BARD era "o melhor *standard* de prova que existe"[28], do outro, nas sentenças do Juiz Sérgio Moro, a indicação da existência de prova 'acima de qualquer dúvida razoável'[29] era utilizada de forma recorrente, como um forte argumento retórico, empregado para lastrear a condenação na suposta presença de provas suficientes.

O uso do BARD na Lava Jato, contudo, não ficou restrito à primeira instância. Também no TRF da 4ª Região, o "para além de toda a dúvida razoável" passou a

26. Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

27. CARVALHO, Luiz Maklouf. "Prova acima de qualquer dúvida razoável" é do direito anglo-americano. *O Estado de S.Paulo*, 26.01.2018. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-prova-acima-dequalquer-duvidarazoavel-e-do-direito-anglo-americano,70002167155]; PEREIRA, Merval. Além da dúvida razoável. *O Globo*, 24.01.2018. Disponível em: [https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/alem-da-duvida-razoavel.html].

28. Literalmente, segundo os Procuradores que integram a Força Tarefa da Lava Jato: O melhor *standard* de prova que existe foi desenvolvido no direito anglo-saxão, e é o "para além da dúvida razoável" (Alegações finais do MPF no Processo 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, disponível em: [https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/06/EPROCMOB_CONSULTA_PUBLICA.jfpr_.50465129420164047000.912.912-70149641087439376003500743999 3.pdf]).

29. Como exemplo, veja-se a sentença proferida no Processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view].

ser lugar comum nos votos de alguns dos Desembargadores da Turma encarregada dos julgamentos dos recursos da Lava Jato. Notório entusiasta do BARD, o Desembargador João Pedro Gebran Neto (a quem coube a relatoria dos processos da Operação), passou a fazer constar das suas decisões[30]:

> "Importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátria pouco avançam sobre o nível (standard) probatório exigível para um decreto condenatório, quase sempre se limitando à persuasão racional e ao livre convencimento do juiz. Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova 'acima de uma dúvida razoável' (*proof beyond a reasonable doubt*). Essa 'prova acima de uma dúvida razoável' importa no reconhecimento da inexistência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção. Assim, tanto provas diretas quanto indícios devem ser considerados para composição do quadro fático que se busca provar. Além disso, a 'prova acima de uma dúvida razoável' implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável. Entretanto, as evidências devem levar o julgador, para que possa ser emitido um decreto condenatório, ao firme convencimento da culpa, sendo que a dúvida deve levá-lo à absolvição".

Em seus votos, depois de ressaltar que o BARD é o *standard* de prova previsto no Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional) e de asseverar que, o BARD já foi utilizado como *standard* tanto pelo Supremo como pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiros, o Desembargador Gebran deixa claro que o BARD é o seu critério de suficiência para a valoração da prova[31].

Conquanto a Turma integrada pelos Desembargadores João Pedro Gebran Neto, Leandro Paulsen e Victor Laus tenha se notabilizado por uma taxa de confirmação das decisões da primeira instância superior a 90%[32], foram os casos de

30. Como exemplo, consulte-se o voto do Des. Gebran Neto na Apelação Criminal 5012331-04.2015.4.04.7000/PR, julgada em junho de 2017, pela 8ª Turma do TRF da 4ª Região.

31. Na 8ª Turma do TRF4, a dissidência nesse tema fica por conta da opinião contrária do Desembargador Victor Laus, que em determinado Voto consignou ressalvas de fundamentação "quanto à importação de *standards* probatórios estrangeiros, ao uso da doutrina da prova acima de qualquer dúvida razoável [...]" (Apelação Criminal 5013405-59.2016.4.04.7000/PR).

32. PEREIRA, Merval. Além da dúvida razoável. *O Globo*, 24.01.2018. Disponível em: [https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/alem-da-duvida-razoavel.html].

discordância quanto à valoração prova (entre a Turma e as decisões de Sérgio Moro) que produziram maior perplexidade. É que, em alguns casos, os julgadores chegaram a conclusões diametralmente opostas acerca da existência ou inexistência de prova suficiente para a condenação.

Alguns exemplos são paradigmáticos: em dois processos que tinham como réu o ex-tesoureiro de um partido político brasileiro[33], o juiz Sérgio Moro, fazendo expressa referência ao BARD nas sentenças, considerou existir prova suficiente e exarou decreto condenatório[34]; por seu turno, no TRF4, a maioria (dois a um), entendeu não existir prova suficiente para a condenação[35], tendo sido reformadas as sentenças e absolvido o acusado, em que pese no voto do Relator (vencido) tivesse sido consignado:

> "Não é demais repetir que o conjunto de indícios permite que se conclua acerca da responsabilidade criminal do réu. Não se exige prova cabal da participação do apelante nos crimes a ele imputados, sendo bastante, para a condenação, a existência de prova acima de qualquer dúvida razoável".

Num outro caso em que figurava como réu o diretor financeiro de uma empreiteira, o juiz afirmou existir prova robusta[36] para condenar o réu, em primeira instância, a uma pena de 11 anos de prisão[37]. Em grau de recurso, a 8ª Turma do TRF4 decidiu, à unanimidade, por absolver o réu, das acusações de lavagem de

33. Numa das decisões, em que a condenação chegou à casa dos 15 anos de prisão, disse expressamente o juiz Sérgio Moro: "Há prova, portanto, que não se limita aos depoimentos dos criminosos colaboradores e considerando a quantidade de depoimentos incriminadores, dos colaboradores e não-colaboradores, em total de nove, e a prova documental do pagamento da propina, pode-se concluir que a prova é acima de qualquer dúvida razoável da responsabilidade criminal de João Vaccari Neto" (Sentença proferida no Proc. 5013405-59.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/denuncias-do-mpf/documentos/sentencasantana.pdf]).
34. Numa das decisões, a condenação ultrapassou a casa dos 15 anos de prisão. Na outra, a pena aplicada ficou na casa dos 9 anos de reclusão. Cf. Ação Penal 5012331-04.2015.4.04.7000/PR e Ação Penal 5045241-84.2015.4.04.7000/PR.
35. Os desembargadores que votaram pela absolvição entenderam que a ausência de prova de corroboração em relação aos depoimentos prestados por delatores premiados não satisfazia a exigência de prova em relação à culpabilidade do réu.
36. STRECK, Lenio Luiz. *O que é prova robusta?* Moro e TRF-4 divergem! Em jogo, pena de 11 anos!. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-mar-07/senso-incomum-prova-robusta-moro-trf-divergem-jogo-pena-11-anos]. Acesso em: 07.03.2019.
37. *Vide* Processo 5083376-05.2014.4.04.7000/PR.

dinheiro e pertinência à organização criminosa, tendo o Relator feito expressa referência ao BARD em seu voto[38].

Ora, se dois juízes, atuando em instâncias diferentes ou integrando um mesmo órgão colegiado, avaliam um determinado conjunto probatório e chegam a conclusões diversas sobre a (in)existência de prova suficiente para uma condenação, é sinal de que algo não vai bem.

Se o que se deve esperar de um *standard* é a redução dos espaços de decisionismo[39] e de arbitrariedade, além da possibilidade de um controle intersubjetivo[40] sobre o modo como se dá a valoração das provas nas decisões judiciais, a constatação da existência de decisões tão contraditórias (e onde estava em jogo a aplicação de penas de nove, 11 e até 15 anos de prisão) já é capaz de dar conta de que o uso desse *standard* não está ajudando muito nesse sentido.

É difícil dizer se esse mau uso do BARD é consequência do caráter intrinsecamente subjetivo e ambíguo[41] desse *standard*, ou se é resultado da cultura judicial[42] que ainda leva os juízes, na prática, a decidirem conforme sua íntima convicção, ainda que procurem disfarçar isto fazendo referência retórica a determinado *standard*. Mas o que parece claro, de todo modo, é que se queremos mesmo melhorar o controle sobre a forma como os juízes desempenham o raciocínio probatório e avançar na direção de uma concepção racionalista da prova, não podemos achar que a adoção do BARD soluciona todas as nossas questões.

4.2. O BARD e seu tratamento pela dogmática brasileira

Os problemas da adoção do BARD no Brasil, contudo, não ficam restritos à jurisprudência e às manifestações dos atores jurídicos. Parcela da doutrina nacional também tem se revelado um tanto seduzida pelo BARD.

---

38. Apelação Criminal 5083376-05.2014.4.04.7000/PR.
39. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.
40. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Jueces para la Democracia, n. 47, 2003. p. 27-34.
41. LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, 2005. p. 95-113.
42. Como bem lembra González Postigo, o Brasil ainda é o único país em toda a América Latina a possuir um Código de Processo Penal inquisitório, promulgado mais de 40 anos antes da '(re)democratização' (GONZÁLEZ POSTIGO, L. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: GONZÁLEZ POSTIGO, L. (Ed.). *Desafiando a inquisição*: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017. p. 15 e ss.).

Em artigo em que defendeu a possibilidade de o crime de lavagem de dinheiro ser provado exclusivamente com base em prova indireta, Moro não escondeu a sua avaliação positiva a respeito do BARD. Na oportunidade, registrou:

> "Afinal, qualquer crime pode ser provado exclusivamente por meio de prova indireta. Vale, no Direito brasileiro, o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz, conforme o art. 157 do CPP, o que afasta qualquer sistema prévio de tarifação do valor probatório das provas. O conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou exclusivamente por uma delas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, 'acima de qualquer dúvida razoável'"[43].

É semelhante o pensamento de Dallagnol, que, depois de apontar a inadequação dos conceitos de "verdade e certeza", assinalou:

> "o melhor *standard* probatório, que exprime essa ideia, é o da prova para além de uma dúvida razoável ou, na expressão inglesa, *beyond a/any reasonable doubt*. Essa noção, embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido é que deve ser compreendido o brocardo *in dubio pro reo*"[44].

Ao lado de defender a compatibilidade do BARD com o direito brasileiro[45], o autor ainda sustenta que "a determinação do que é uma dúvida razoável, em concreto, deve tomar em consideração as dificuldades probatórias e circunstâncias do tipo de caso concreto"[46], o que faz também remetendo ao contexto do uso da "prova indiciária em crimes complexos e de difícil prova"[47].

Seguindo na incursão sobre a bibliografia acerca do tema no Brasil, não é difícil encontrar quem, curiosamente, renda encômios ao BARD, a despeito de adotar,

43. MORO, Sergio Fernando. Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. *Revista CEJ*, v. 12, n. 41, 2008. p. 11-14.
44. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 267.
45. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas*, cit., p. 273.
46. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas*, cit., p. 272.
47. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas*, cit., p. 272.

no referencial teórico, autores como Larry Laudan e Jordi Ferrer, conhecidos por serem severos críticos desse *standard*. Esse é o caso, por exemplo, de Melgaço Reis que – a despeito das citações que faz de Laudan e Ferrer – apresenta o BARD como "o critério atualmente mais aceito, no âmbito do processo penal, para se proferir um julgamento justo", traduzindo-o ainda como "interpretação mais correta e lúcida do princípio *in dubio pro reo*"[48]. Uma leitura desavisada poderia até passar a impressão que os autores citados são igualmente simpáticos ao BARD. Definitivamente, não é isso o que acontece.

Larry Laudan, por exemplo, tem dedicado uma parte importante de sua produção acadêmica para denunciar que um *standard* que seja assim tão subjetivo e ambíguo, como sói ocorrer no caso do BARD, não serve para ser um *standard*[49], e que já seria chegada a hora de "aposentar" esse *standard* (na expressão do autor, cunhada no título de um dos seus relevantes artigos, "[...] *finally time to put 'proof beyond a reasonable doubt' out to pasture*"[50]). Conquanto reconheça que num julgamento civil ou penal parece não haver elemento mais importante que o *standard* de prova[51], e que a ausência de *standard* é um convite aberto à uma variação arbitrária entre os casos julgados (o que se constitui como um obstáculo maciço ao propósito de assegurar justiça entre os julgamentos)[52], Laudan se destaca por ser um crítico rigoroso do BARD, cuja noção é, em suas palavras, penosamente inadequada, deliberadamente pouco clara, totalmente subjetiva e aberta a um número de interpretações semelhante ao número de juízes a quem corresponde, em última instância, a tarefa de explicar aos jurados em que consiste a prova que satisfaça tal *standard*[53].

Trata-se, ainda de acordo com Laudan, de um parâmetro obscuro, incoerente e pantanoso[54], em relação ao qual, considerando a realidade da jurisprudência

48. MELGAÇO REIS, André Wagner. Standard *de prova além da dúvida razoável* (proof beyond a reasonable doubt). Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/andre-melgaco-reis-standard-prova-alem-duvida-razoavel]. Acesso em: 15.09.2018.

49. LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 28, 2005. p. 95-113.

50. LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put "proof beyond a reasonable doubt" out to pasture?*. April 19, 2011. U of Texas Law. *Public Law Research Paper*, n. 194. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=1815321].

51. LAUDAN, Larry. *Is it finally*, cit., p. 2.

52. LAUDAN, Larry. *Is it finally*, cit., p. 2.

53. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 61.

54. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*, cit., p.61.

estadunidense, nem mesmo as mentes mais sagazes do sistema de impartição de justiça foram capazes de elaborar um entendimento homogêneo acerca de qual é o nível de prova apropriado para condenar alguém pelo delito que se lhe imputa[55].

Sem embargo, a noção do que poderia vir a ser uma dúvida razoável – parte nuclear do *standard* – é dotada de uma enorme carga de ambiguidade e tamanha vagueza que é mesmo difícil, senão impossível tentar explicá-la. E uma boa evidência disso é o fato de que nos EUA, depois de uma fase em que se achava importante tentar (sem muito êxito, evidentemente) explicar aos jurados o que se deveria entender desse *standard*, passou-se – nas palavras de Laudan – ao ato supremo de desespero[56] de se evitar dar qualquer explicação sobre o significado da expressão *beyond a reasonable doubt*.

Contudo, fugir do enfrentamento da questão – adotando defensivamente uma lógica de que o BARD seria autoevidente e de que quanto mais se tenta explicá-lo, mais difícil fica de compreendê-lo, como têm feito os Tribunais estadunidenses[57] – segundo nos parece, só agrava o problema. É que dessa forma está a se fazer de conta que o BARD funciona bem e que através de sua fórmula se atinge os objetivos almejados com a instituição de um *standard*.

De fato, porém, o que há de mais grave com o BARD é que, em lugar de atuar como um critério que explique racionalmente quando se pode dizer que o patamar de prova para uma condenação criminal foi atingido, esse *standard* gera uma espécie de tautologia insuperável, no sentido de que a prova será suficiente toda vez que que o juiz ou tribunal disser que ela é suficiente[58]. Como bem diz Laudan, sem arrodeios, um sistema que atue assim "es una parodia de un sistema de prueba"[59].

---

55. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*, cit., p. 62.

56. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*, cit., p. 83.

57. Segundo Laudan, essa postura mais recente da jurisprudência das Cortes dos EUA está calcada na ideia de que "any attempt to define it would only obscure jurors pre-existing comprehension of the difference between reasonable and unreasonable doubts" (LAUDAN, Larry. *Is it finally*, cit., p. 2).

58. VIALE DE GIL, Paula. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Revista Pensar en Derecho*, 2014.

59. Nas palavras de Laudan, um *standard* de prova "– en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera) – tiene la

Da mesma forma que Laudan, Jordi Ferrer tem se dedicado a demonstrar que a redução dos espaços de arbitrariedade no sistema de justiça demanda um esforço no sentido da superação de chamada concepção psicologista ou persuasiva da prova (relacionada com a aquisição do estado mental de convicção ou crença, isto é, de processos psicológicos internos do julgador)[60]. Em lugar disso, como uma consequência da garantia do devido processo[61], é preciso passar a uma concepção racionalista da prova, que se valha de um processo de valoração racional da prova, sob o qual a justificação da decisão sobre os fatos provados seja baseada no método de corroboração da hipótese, e não na crença de quem quer que seja, mas se está suficientemente corroborada a hipótese sobre o ocorrido que se declara provada[62].

Para Ferrer, a concepção racionalista da prova supõe a exigência de uma detalhada motivação judicial sobre a decisão adotada (motivação esta que não basta ser uma explicação, mas uma justificação em sentido estrito), não importando o *iter* psicológico do juiz que o levou a tomar a decisão, suas crenças ou prejulgamentos, mas uma motivação baseada nas provas que justificam a sua decisão, ou seja, um raciocínio fundado nos elementos de prova disponíveis no processo, que permitam corroborar de forma suficiente a hipótese tida por provada[63].

---

intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos. En el derecho penal, por el contrario, esta cuestión es ignorada enteramente o sorteada descaradamente mediante algunos trucos. En vez de especificar que el nivel de confianza del jurado respecto de la culpabilidad debe depender del ofrecimiento de una prueba firme, el derecho penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador (esto es el jurado) tiene respecto de la culpabilidad del acusado. Tenemos una prueba, dice la ley, con tal que los jurados estén totalmente persuadidos de la culpabilidad del acusado o con tal que ellos le asignen una probabilidad mayor que X, en donde X es el EdP probabilístico. En cualquier caso, cuando el jurado haya llegado a un algo grado de confianza, tendremos una prueba. Esto es poner las cosas precisamente al revés" (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*).

60. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 64.
61. BELTRÁN, Jordi Ferrer. El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. *Revus*, n. 33, 2017, p. 107.
62. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional*, cit., p. 65.
63. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional*, cit., p.65-66.

Obviamente, não se pode ter sucesso nesse propósito se não existir um *standard* (ou vários *standards*) de prova que seja intersubjetivamente controlável (para o professor de Girona, a existência de *standards* intersubjetivamente controláveis é uma condição de operatividade da presunção de inocência, enquanto garantia processual)[64]. De acordo com Ferrer, "determinar cuándo la prueba de cargo es suficiente para justificar la condena es precisamente la función de un estándar de prueba", mas se, em contrapartida, "no se dispone de un estándar de prueba que establezca cuándo la prueba es suficiente, la mera apelación a la suficiencia no aporta garantía alguna al ciudadano"[65].

De fato, ainda com Ferrer, a estrutura do raciocínio probatório exige mostrar que se superou determinado nível de corroboração de uma hipótese fática para justificar que ela seja aceita como provada, mas para isso é fundamental conhecer qual é esse nível[66]. Assim, se o *standard* de prova for indeterminado, será impossível justificar a tomada de decisão sobre os fatos[67]. É justamente nisso que reside o perigo do BARD: o seu grau de indeterminação faz com que ele não ajude em nada na tarefa de exigir do julgador uma valoração racional da prova (baseada na contrastação das hipóteses e sem perder de vista a necessidade de um controle criterioso das inferências probatórias[68] utilizadas). O desafio, portanto, reside em estabelecer um *standard* que, diferentemente do BARD, esteja livre de tanta

64. FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, [S.l.], v. 4, n. 1, apr. 2010. Disponível em: [http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/2341]. Acesso em: 11.03.2019. Ainda de acordo com Ferrer, "sólo avanzando en la formulación de estándares de prueba que (aunque no sean iguales al propuesto) reúnan características que no los hagan expresión de dudas o certezas subjetivas, podrá dotarse de sentido un derecho a la presunción de inocencia" (FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, v. 15, 2007).

65. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Una concepción minimalista*, cit.

66. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba*, cit.

67. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba*, cit.

68. MATIDA, Janaina R.; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo (Org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 209. Referindo-se à importância do controle da qualidade das inferências probatórias, Geraldo Prado pontua: "Nem todas as inferências probatórias são epistêmicas, ou seja, sem todas compartilham uma base empírica como fundamento. Muitas delas resultam de preconceitos que têm a função de normatizar nossas crenças" (PRADO, Geraldo. Prefácio. GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2012).

subjetividade, e que possa fornecer alguma definição, o mais objetivamente possível, sobre quando se poderá considerar haver prova suficiente para que, num determinado caso concreto, uma hipótese possa ser dada como provada.

Daí por que Jordi Ferrer dedicou a parte final do seu mais conhecido livro à proposição de um *standard* de prova (exigente e objetivo)[69] para o processo penal, bem como vem trabalhando, mais recentemente[70], com a sugestão de 6 *standards* de prova (de maior à menor exigência) para serem utilizados no processo penal[71]. Em suma, como vêm advertindo esses autores, o BARD é um *standard* difícil de ser definido e mais ainda de ser compreendido, dada a sua carga de vagueza e imprecisão, o que faz com que, não raramente, para explicá-lo, se tenha que recorrer à ideia de certeza moral, e até mesmo "pessoal" do julgador[72], o que

69. As limitações de espaço deste texto não nos permitem um maior aprofundamento sobre o tema, mas é relevante anotar que a pretensão de Ferrer caminha no sentido de demonstrar como deve ser construído um *standard* de prova objetivo, calcado num método de formulação que privilegie a ideia de contrastação das hipóteses. Para o professor de Girona, standard de maior exigência para o processo penal (suficiente para possibilitar uma condenação, inclusive) seria o seguinte: uma hipótese sobre os fatos será considerada como provada em um processo quando se deem, conjuntamente, as seguintes condições – a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições de novos dados que a hipótese permita formular devem ter sido confirmadas; – e devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas desses mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc* (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional*, cit., p. 147).

70. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba*. Girona, 2018. Palestra realizada no Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio, 07.06.2018.

71. Para Ferrer, há necessidade de se formular com mais de um *standard* de prova para serem utilizados em diferentes etapas ou momentos do processo: "Habría que formular también los respectivos estándares de prueba para considerar que hay elementos de juicio suficientes para abrir juicio oral, para aplicar medidas cautelares como la prisión preventiva y también, ya en la fase de sentencia, para la hipótesis de la inocencia (que no tiene que tener las mismas exigencias que la de la culpabilidad)" (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba*, cit.).

72. MELGAÇO REIS, André Wagner, *Standard de prova*, cit.: ""Enfim, a adoção do *standard* de prova acima da dúvida razoável traduz o alto grau de probabilidade necessário a produzir a certeza pessoal (convicção) que se exige para fins de condenação no processo penal (guilty beyond any reasonable doubt), afinal, havendo provas suficientes do fato criminoso praticado – e não, frise-se, prova plena, cabal e absoluta – deve o condenado ser acusado".

mostra que, ao menos da forma como tem sido adotado no Brasil, não haja diferença em falar em condenação baseada na existência de prova para além de uma dúvida razoável para a íntima convicção[73]. É dizer, no limite, a decisão sobre condenar ou absolver fica relacionada com um estado mental do julgador, repleto de subjetividade, que antagoniza com a pretensão de que, no Estado de Direito, as decisões judiciais sejam justificadas racionalmente e que, ademais, sejam passíveis de revisão ou controle, por intermédio de instâncias recursais.

Daí que o BARD, no contexto de um processo penal ainda regido por uma cultura e por um Código inquisitorial, acaba cumprindo função oposta daquela que seria desejável de um *standard* (ou seja, atua verdadeiramente como um anti-*standard* de prova, tal como só ocorrer no caso do *in dubio pro societate*), pois opera como uma espécie de gatilho retórico, que faz crer que a decisão e o raciocínio probatório nela empregados cumpriram as exigências de fundamentação e racionalidade, quando, em verdade, não se fez nada disso.

5. Conclusão

O presente trabalho foi movido pela nossa preocupação quanto à crescente adoção BARD no Brasil. Desde magistrados da primeira instância à mais alta corte, promotores e parcela da doutrina, o *standard* probatório originário da cultura jurídica estadunidense reina como "o melhor dos *standards* de prova". A justificativa, segundo seus defensores, estaria no fato de que seria ele, o BARD, o responsável pelo reconhecimento geral de que não há que se falar na busca por verdades absolutas e, nesse sentido, sobre as condenações não pairaria a exigência de plena certeza, formada por inequívoca prova ou coisa que o valha. O BARD teria a capacidade de trazer doses necessárias de ceticismo aos aplicadores jurídicos, que, pelo emprego deste *standard* probatório, chegariam a decisões menos subjetivas e mais conformes ao dever de proferir decisões racionais. Ora, sempre que haja dúvida razoável, o Juízo estaria obrigado a absolver; do contrário, a mera existência de dúvidas não seria bastante para desautorizar as condenações. Simples e indolor. Por que, então, teríamos demorado tanto para solucionar o problema da falta de controlabilidade da racionalidade das decisões? Se para isso era suficiente realizar afirmações tão sonoras como "há prova além de toda dúvida razoável para a condenação", por que não importamos muito antes?

73. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Los estándares de prueba*, cit.

É forçoso reconhecer que o BARD vem ganhando espaço precisamente em razão de seu elevado apelo retórico e persuasivo, mas esse *standard* não representa qualquer avanço genuíno concernente à implementação de um cenário de decisões menos subjetivas quando as comparamos às decisões proferidas estritamente com base na livre ou íntima convicção dos magistrados. Tanto é assim que, como sublinhado no item 4.1, o exame de idênticos conjuntos probatórios por parte do juiz de primeira instância e pelos magistrados do órgão recursal foi capaz de gerar resultados opostos – condenação e absolvição – em casos, frise-se, de nove, 11 e 15 anos de pena a ser cumprida, se as condenações tivessem sido confirmadas. Como não está claro o que é "dúvida razoável", o *standard* que lhe faz referência não é capaz de oferecer uma diretiva precisa aos julgadores.

Aliás, essa constatação não é compartilhada apenas pelos autores deste artigo, senão que resultante da combinação de uma série de empreitadas teóricas assumidas por uma um conjunto expressivo de autores dedicados à epistemologia jurídica. Neste artigo, debruçamo-nos mais especificamente sobre as críticas ao BARD desenvolvidas por Jordi Ferrer e Larry Laudan. É de Laudan a potente crítica à formulação e aplicação do BARD mesmo considerando o sistema jurídico para o qual tal *standard* foi criado. Já Ferrer, acentua a necessidade de um *standard* de prova que torne as decisões judiciais intersubjetivamente controláveis, o que só será possível à medida em que termos vagos – como "dúvida razoável" – sejam eliminados de sua formulação. Essas, entre outras objeções, fazem com que tanto Ferrer quanto Laudan recomendem o abandono do BARD.

Mas não paramos por aí. Com independência do que funcione ou deixe de funcionar para outros sistemas de Justiça, neste trabalho procuramos, através do exame de casos expressivos, demonstrar que também temos boas razões para desconfiarmos dos efeitos e consequências da ação do BARD no Brasil. A tranquilidade de se poder confiar na "dúvida razoável", a nosso ver, é apenas aparente. Longe de representar avanços em direção a decisões racionais, a adoção do BARD pelo sistema de justiça criminal brasileiro apenas consiste em mais uma forma de manutenção da excessiva e perigosa referência ao estado psicológico do julgador. Em outras palavras, o sentido da relação entre convicção e prova permanece deturpado, pois, a convicção judicial (ou a ausência de dúvida razoável) é que é entendida como fonte de prova, em lugar de que as provas sejam entendidas como fonte da convicção. Precisamos de um *standard* que enfatize o fato de que a convicção deve se formar através única e exclusivamente do exame de provas, e não de um que sugira o contrário. Não temos dúvida razoável sobre isso.

6. Referências bibliográficas

ACCATINO, Daniela. Certeza, Dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho XXXVII*.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Livro IV, cap. 24, 1769.

CARVALHO, Luiz Maklouf. "Prova acima de qualquer dúvida razoável" é do direito anglo-americano. *O Estado de S.Paulo*, 26.01.2018. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-prova-acima-dequalquer-duvidarazoavel-e-do-direito-anglo-americano,70002167155].

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, n. 47, p. 27-34, 2003.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2005.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, v. 15, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, [S.l.], v. 4, n. 1, apr. 2010. Disponível em: [www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/2341]. Acesso em: 11.03.2019. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*: bases argumentales de la prueba. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2004.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: GONZÁLEZ POSTIGO, L. (Ed.) *Desafiando a inquisição*: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago: CEJA, 2017).

LAUDAN, Larry. Is reasonable doubt reasonable? *Legal Theory*, v. 9, n. 4, p. 295-331, 2003.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 28, p. 95-113, 2005.

LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put "proof beyond a reasonable doubt" out to pasture?*. April 19, 2011. U of Texas Law. *Public Law Research Paper,* n. 194. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=1815321].

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera, Madrid: Marcial Pons, 2013.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. I, 2004.

MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. *Arquivos da Resistência: ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

MATIDA, Janaina R.; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Eduardo (Org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELGAÇO REIS, André Wagner. *Standard de prova além da dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt)*. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/andre-melgaco-reis-standard-prova-alem-duvida-razoavel]. Acesso em: 15.09.2018

MORO, Sergio Fernando. *Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária*. Revista CEJ, v. 12, n. 41, p. 11-14, 2008.

PRADO, Geraldo. Prefácio. In: GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2012.

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

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. Claredon Press, 1991.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and stereotypes*. Massachussets, Harvard University Press, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction to legal reasoning. Massachussets, Harvard University Press, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é prova robusta?* Moro e TRF-4 divergem! Em jogo, pena de 11 anos!. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-mar-07/senso-incomum-prova-robusta-moro-trf-divergem-jogo-pena-11-anos]. Acesso em: 07.03.2019.

SULLIVAN, K.M.; Amar, A. R. The Supreme Court, 1991 Term. *Harvard Law Review*, v. 106, 1992.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THORLEY, C. Memory conformity and suggestibilty. *Psychology, Crime & Law*, p. 565-575, 2013.

VIALE DE GIL, Paula. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Revista Pensar en Derecho*, 2014.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision. 5 *Rechtstheorie* 33, 1974.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A falta disciplinar por prática de fato definido como crime doloso na execução penal. Um enfoque sob a ótica dos *standards* probatórios, de Thiago Colnago Cabral – *RT* 960/145-166 (DTR\2015\13208); e
- Âmbito cognitivo da revisão criminal, quando fundada no art. 621, I, segunda hipótese, do CPP, de Maria Alice Silva Moraes – *RBCCrim* 37/120-136 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/1061-1078 (DTR\2002\537).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2018\1104832, JRP\2018\1254893 e JRP\2015\13860.

Interrogatório policial, confissões forçadas e hipótese de culpa

Police interrogation, forced confession and hypothesis of guilt

Leonardo Augusto Marinho Marques
Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.
leonardo@leonardomarinho.com.br

Jamilla Monteiro Sarkis
Mestre em Direito pela UFMG.
Graduada em Direito pela UFMG. Advogada.
jamilla.sarkis@gmail.com

Recebido em: 09.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão dos autores: 15.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o interrogatório policial, da forma como vem sendo realizado pelos agentes de polícia no Brasil, mantém a tradição inquisitória de obsessão pela confissão, considerada a principal forma de revelar a verdade real e sobre a qual gravitam os demais elementos de prova. Essa realidade se confirma pelo método "Reid", adotado pelas polícias para a condução de interrogatórios, baseado em questionamentos confirmatórios, decorrentes de uma hipótese de culpa já consolidada, e com o objetivo principal de obter confissões, utilizando-se para tanto de técnicas coercitivas de pressão psicológica, persuasão e manipulação. Neste trabalho, serão feitas exposições acerca do método "Reid", de

Abstract: This article aims to demonstrate that police interrogation, as it is been conduced by police officers in Brazil, keeps the inquisitorial tradition on incessant search for confession, considered the main way of revealing the real truth and on which other evidence gravitate around. This reality is revealed by the Reid method, adopted by the police to conduct interrogations, based on confirmatory questions, due to primary hypothesis of guilt, and with the main objective of obtaining confessions, using coercitive techniques such as psychological pressure, persuasion and manipulation. In this work, the "Reid" method will be exposed, so its incompatibility with the alleged accusatory system of criminal procedure will be evident. Besides, it will

forma que sua incompatibilidade com o pretenso sistema acusatório de processo penal restará evidente. Além disso, será demonstrado que o interrogatório policial, como é feito, viola as garantias asseguradas ao interrogando pelo Código de Processo Penal e pela Constituição, além de repercutirem diretamente sobre a ação penal dele decorrente. Ao final, serão analisadas três propostas para solução do problema apresentado, com fundamentos no modelo garantista de sistema acusatório, no método "Peace" de interrogatório policial e na possibilidade de registro audiovisual das declarações colhidas durante a investigação criminal.

Palavras-chave: Interrogatório policial – Confissão – Sistema inquisitório – Método "Reid".

be demonstrated that the police interrogation, as it is done, violates the defendeant rights guaranteed by the Criminal Procedure Code and by the Constitution, in addition to directly repercussing on the criminal action resulting from it. At the end, three proposals will be analyzed to solve the problem presented, based on a model of guarantees for the accusatory system, the "Peace" method of police interrogation and the possibility of audiovisual recording of the statements collected during the criminal investigation.

Keywords: Police interrogation – Confession – Inquisitorial system – "Reid" technique.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tradição inquisitória do interrogatório policial: confissão como revelação da verdade. 3. O método "Reid". 4. Interrogando: sujeito de direitos ou fonte de provas?. 5. Reflexos na ação penal. 6. Considerações finais: proposições à luz do sistema acusatório. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Em outubro de 2012, o morador de rua Valdivino Luiz Ribeiro dormia na calçada de uma movimentada esquina em Goiânia-GO, quando foi atingido por disparo de arma de fogo na têmpora. No mês de agosto de 2013, Edimila Ferreira Borges foi morta com um tiro na cabeça durante assalto na mesma cidade.

Exatos um ano depois, Ana Lídia Gomes, de 14 anos, foi assassinada em um ponto de ônibus, também em Goiânia. Uma motocicleta preta acima da velocidade permitida foi detectada por radares próximos ao local do crime e, após investigações, a Polícia Civil chegou ao vigilante Tiago Henrique Gomes da Rocha.

Ao ser interrogado pela polícia, Tiago confessou a autoria desses três crimes e de mais 36 homicídios[1], o que deu a ele o título de "*serial killer* de Goiânia".

Poucos dias depois de ter confessado 39 crimes, Tiago voltou atrás e disse ter praticado 29 homicídios. De acordo com o acusado, as confissões dos demais

1. A íntegra do interrogatório prestado por Tiago Henrique Gomes da Rocha à Polícia Civil do Estado de Goiás está disponível em: [https://bit.ly/2AhYOBb]. Acesso em: 27.12.2019.

delitos teriam sido forçadas durante o interrogatório, realizado ao longo da madrugada e sem a presença de advogado[2].

À imprensa, o titular da Delegacia Estadual de Investigações de Homicídios de Goiânia Murilo Polati informou que continuaria investigando 38 dos crimes atribuídos ao *serial killer*. Na entrevista coletiva, o Delegado disse que "Tiago se enganou ao repetir um mesmo crime durante o depoimento, além de ter informado sobre um homicídio que, depois, descobriu-se que a vítima não morreu. Por outro lado, ele também assumiu, de maneira informal aos policiais, que matou um jovem de 22 anos"[3].

De fato, as investigações prosseguiram a partir das confissões de Tiago, mesmo diante de sua posterior retificação. Indiciado por mais de 30 homicídios, o acusado foi submetido a Júri Popular e, até então, absolvido de 3 (três) imputações. Entre elas, os homicídios de Valdivino Luiz Ribeiro e Edimila Ferreira Borges. No primeiro caso, o projétil que atingiu a cabeça da vítima não foi encontrado, além de inexistirem filmagens ou testemunhas[4]. No segundo, a testemunha presencial dos fatos e prima da vítima afirmou expressamente que Tiago não era o autor do crime[5].

Falsas confissões proferidas em sede de inquérito policial não são uma novidade. Nos Estados Unidos[6], as confissões estão presentes em 60% dos casos de homicídio em que os condenados foram exonerados com prova pericial de DNA.[7] No total de suspeitos interrogados (inocentes ou culpados), estima-se que entre 40% e 76% confessam a prática de crimes.[8]

No Brasil, há maior dificuldade empírica em se trabalhar o tema em razão da ausência de registros públicos acerca das falsas confissões. Se não fosse a atenção recebida pelo "*serial killer* de Goiânia" dos veículos de imprensa, sequer seria de

2. Disponível em: [https://glo.bo/2GI6cvi]. Acesso em: 27.12.2019.
3. O conteúdo da entrevista coletiva está disponível em: [https://glo.bo/2Q2O7aA]. Acesso em: 27.12.2019.
4. Disponível em: [https://bit.ly/2Tg8K5e]. Acesso em: 27.12.2019.
5. Disponível em: [https://glo.bo/2f9hpFU]. Acesso em: 27.12.2019.
6. Remete-se o leitor à série documental *The confession tapes* (Estados Unidos, 2017), que apresenta seis histórias de condenações criminais baseadas exclusivamente na confissão dos acusados obtidas pela polícia que, posteriormente, despertaram dúvidas acerca de sua veracidade. Disponível em: [https://goo.gl/qZF6TD]. Acesso em: 27.12.2019.
7. BENFORADO, Adam. *Unfair*: the new science of criminal injustice. New York: Broadway Books, 2016. p. 42.
8. GUDJONSSON, Gisli H. *The psychology of interrogations and confessions*: a handbook. Hoboken: John Wiley & Sons, 2003.

conhecimento público o fato de que o acusado confessara à autoridade policial crimes que não cometeu ou que não aconteceram.

Existe, contudo, um elo que justifica a comparação entre a realidade brasileira dos interrogatórios realizados pela polícia e a estatísticas das falsas confissões induzidas ainda na fase de inquérito nos Estados Unidos: a adoção, por parte das autoridades brasileiras, de idêntico método de interrogatório policial, cujo foco é a obtenção de confissões, a partir das quais gravitam todos os demais elementos do inquérito e, posteriormente, da própria ação penal.

Tanto no Brasil[9] como nos Estados Unidos, prevalece nas academias de polícia o método de interrogatório conhecido como "Reid", em referência ao investigador de Polícia John Reid, autor do pioneiro manual de interrogatórios *Criminal interrogation & Confessions*, publicado pela primeira vez em 1942[10].

Suas principais características, na definição do professor de Direito e Psicologia da Universidade de São Francisco Richard A. Leo, são os questionamentos confirmatórios (buscando somente pela confissão que confirma a hipótese inicial) e acusadores (tendo como uma de suas principais técnicas a atribuição direta de responsabilidade ao interrogado, muitas vezes de forma repetida), baseados

9. Acerca da realidade brasileira, o acesso aos manuais de treinamento das academias de polícia de vários estados ou mesmo à ementa dos cursos de formação policial revelam que, no tocante às técnicas de interrogatório, recomenda-se a utilização de técnicas de extração de confissões do método "Reid". Nesse sentido: ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. *Métodos e técnicas de investigação policial*. Belo Horizonte, 2004; ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. *Técnicas de Interrogatório*. Belo Horizonte, 2012; OLIVEIRA, Wellington. Aplicando técnicas de entrevista e interrogatório na investigação: Método Reid. *Polícia Civil do Estado do Mato Grosso do Sul*. Disponível em: [www.pc.ms.gov.br/?page_id=344]. Acesso em: 07.01.2019; ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DE PERNAMBUCO. *Técnicas de entrevista e interrogatório policial*. João Pessoa, 2004. Disponível em: [https://bit.ly/2AyPeK2]. Acesso em: 07.01.2019; POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manual operacional do policial civil*: doutrina, legislação e modelos. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002. Disponível em: [https://bit.ly/2QrBXbn]. Acesso em: 07.01.2019; ACADEMIA DE POLÍCIA DE MATO GROSSO. *Ementa do Curso de Formação Técnico Profissional*. Cuiabá, 2016. Disponível em: [https://bit.ly/2Rgt3mw]. Acesso em: 07.01.2019.

10. Para ilustrar a importância e o alcance do método "Reid" para o interrogatório policial, veja-se a comparação feita por Richard A. Leo: "Assim como se diz que praticamente toda a literatura moderna é uma variação de Shakespeare, também pode-se dizer que praticamente toda a técnica de interrogatório policial empregada atualmente na América é uma variação do método Reid" (Tradução livre) (LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy for Justice*: a report on scholarship and criminal justice reform, n. 6, 2017. p. 241.

na presunção de culpa (interrogando somente aqueles aos quais se atribui culpa com razoável grau de certeza) e que, por meio de pressão e persuasão, buscam mover um suspeito da posição de negação para a de admissão, obtendo assim uma narrativa completa com a confissão da culpa[11].

O cenário do interrogatório policial guarda, como determina o método de "Reid" e aplicado pelas polícias judiciárias no Brasil, notável semelhança com o primado da hipótese sobre os fatos traçado por Franco Cordero ao descrever o estilo inquisitório. O investigador funda uma hipótese de culpa e, através de meios persuasivos, direciona o interrogado até que diga exatamente o que pretende ouvir, dentro de um quadro mental paranoico onde o que importa é tão somente o resultado[12]: a confissão.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objeto o estudo crítico do interrogatório policial, pautado pela lógica inquisitória de busca incessante da confissão para dar fim a todo o debate que cerca o caso, reconhecendo seu protagonismo como mais importante fonte prova produzida na fase de investigação e seus reflexos imediatos no processo penal.

2. Tradição inquisitória do interrogatório policial: confissão como revelação da verdade

Na tradição inquisitória, a confissão é prova absoluta. Ao confessar, o acusado deixa de ser sujeito de direitos para converter-se em fonte de prova, como portador da verdade absoluta, a ser extraída a qualquer custo"[13].

Na literatura, Jorge Luis Borges ressignificou o ato de confessar: "deixar de ser o ator para ser uma testemunha, para ser alguém que o olha e narra e que já não é quem executou"[14]. Tanto na arte quanto na realidade, aquele que confessa perde o protagonismo sobre a própria história, passando a ser dela mero narrador.

Com a finalidade de obter confissões, os inquisidores tinham carta branca para os métodos que lhes parecessem mais adequados, entre os quais se destacam por certo as torturas física e psicológica.

11. LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy for Justice*: a report on scholarship and criminal justice reform, n. 6, 2017. p. 242.
12. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. 1. p. 19.
13. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 469.
14. BORGES, Jorge Luis. Guayaquil. *O informe de Brodie*. Trad. Davi Arrigucci Jr. São Paulo, Companhia das Letras, 2008. p. 68.

Já nas práticas processuais mais modernas, o regime da prova legal ou tarifada foi afastado. Nesse ponto, a confissão deixa de ser a rainha das provas e passa a ser mais um dos possíveis elementos probatórios capazes de formar a convicção do julgador.

Como explica Franco Cordero, o mecanismo da prova tarifada não foi rechaçado por sua falibilidade, já que também são falhas as provas detidamente apreciadas pelo julgador. Efetivamente, a prova legal implica menor risco geral de erro, na medida em que compõe um sistema de axiomas legais corretamente elaborados sobre bases indutivas adequadas. Todavia, a impropriedade desse método se perfaz na possibilidade de que a sorte do acusado seja decidida por um simples cálculo[15].

Não fosse insuficiente, por si, para garantir a transição das trevas para a época das luzes, o regime geral das provas, sem qualquer prevalência entre seus meios, continuou a conviver com a incessante busca pela verdade real, outro mito forjado pela inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual[16] que desconsidera ser a verdade *não o que sucedeu, mas aquilo que se pensa ter sucedido*[17].

A partir do inconveniente fascínio exercido pela verdade, criou-se uma "cultura inquisitiva"[18], capaz de contagiar todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal e de justificar as mais diversas práticas probatórias.

Como explica Eugênio Pacelli, "a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal".

Essa característica marca o retorno à tradição medieval, sob a nova roupagem da neoinquisitoriedade[19]. Eliminou-se o sistema tarifado de provas, relativizou-se a importância da confissão, baniu-se a tortura física, mas se manteve intocada "uma doentia ambição pela verdade, que se recusa a arrefecer"[20].

---

15. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. 2. p. 28.
16. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 303.
17. "A verdadeira história não é o que sucedeu; é o que pensamos que sucedeu" (Tradução livre) (BORGES, Jorge Luis. Pierre Menard, autor del Quijote. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé Editores, 2005. v. 4. p. 475-482).
18. PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas. p. 343.
19. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, ago. 2016. Disponível em: [https://goo.gl/r4yHsS]. Acesso em: 05.01.2019. p. 222.
20. KHALED JR, Salah H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan.-fev. 2015. p. 341.

A lógica inquisitorial, que insiste em se sustentar na modernidade, igualmente mantém suas severas repercussões no ato do interrogatório, especialmente aquele produzido durante a fase de investigação preliminar, como principal meio de obtenção da verdade através da confissão.

Nas palavras de Mirjan Damaška, "o interrogatório do suspeito se converte na peça principal de sua nova forma processual ('sabe melhor se o fez, e caso tenha feito, quais eram suas intenções') e a confissão do suspeito, na forma mais preciosa de prova (*regina probatorium*)"[21].

As peculiaridades do interrogatório policial o tornam substancialmente diferente do ato processual. O ambiente hostil da delegacia de polícia, a maior proximidade temporal em relação aos acontecimentos, com a participação de diversos personagens (investigadores de polícia, escrivães, delegados etc.), a não incidência de direitos constitucionais, que se concentram inexplicavelmente em Juízo, e ausência de formalidade, inerente ao amorfismo jurídico inquisitório[22].

Com efeito, a mais significativa diferença está no fato de que, enquanto o Juízo colhe o interrogatório do acusado para formar sua convicção, tecnicamente velado pelo princípio da presunção de inocência, a Autoridade Policial o faz com a finalidade de formação primária e integral da culpa a partir da obtenção de confissões.

Ainda na década de 1950, essa situação saltou aos olhos de Roberto Lyra. O autor, criticamente, consignou o risco de que, com a confissão em mãos, o inquérito se tornasse um procedimento dispensável: "Procuram obtê-la, seja como for, ainda que inocente. Para que investigação? Para que trabalho, sobretudo intelectual? Para que sutilezas e finuras?"[23].

Uma pesquisa publicada em 2010 confirmou o problema que permeia o interrogatório policial, no qual a confissão serve "de orientação e de elemento-chave para fazer progredir o processo de formação da culpa. Com base nela obtém-se e se seleciona as provas materiais e é definido quem mais interrogar ou que informação levantar"[24].

21. DAMAŠKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 321.

22. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. 1. p. 23.

23. LYRA, Roberto. Novos meios de prova da autoria. *Revista de Identificação e Ciências Conexas*, v. 20, 1954. p. 193.

24. VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 2012. p. 237-265. Disponível em: [https://bit.ly/2R5Zm7q]. Acesso em: 01.01.2019.

Foram analisados inquéritos policias em cinco capitais brasileiras[25] constatando, entre outras variáveis, que em 80% dos casos os suspeitos confessaram à polícia a prática dos crimes investigados[26].

Os altos índices de confissão demonstram que "a polícia não se contenta em apenas verificar se há elementos suficientes para que o Ministério Público possa fazer a acusação, mas busca já formar a culpa, ainda que apenas na fase de investigação"[27].

Há que se ter em mente, porém, que a confissão não é natural ou instintiva, como fez crer a tradição religiosa que sustentava a expiação da culpa pelo arrependimento e pela revelação do pecado[28]. Recorrendo-se novamente aos escritos de Jorge Luis Borges, "confessar é dar ouvidos à razão"[29]. Mas que razão, senão a que funda a hipótese primária de culpa, impondo uma narrativa acusadora sobre a fala do imputado?

Não parece exagero, à essa altura, igualmente concordar com Roberto Lyra na afirmativa de que os Regimentos do Tribunal do Santo Ofício eram mais leais: "Textos hipócritas aboliram a tortura que continua em pleno vigor, clandestinamente, sob os silêncios compulsórios e os gritos estrangulados"[30].

A confissão, que antes era obtida por meio de torturas físicas, na inquisitoriedade medieval, passou a ser extraída pela pressão psicológica na neoinquisitoriedade. Mas, em idêntico sentido, continua sendo peça-chave do inquérito policial, objeto de desejo a ser conquistado de qualquer maneira.

Em pleno Estado Democrático pós-constitucional, há quem diga que ser este um dos efeitos da adoção, pelo Código de Processo Penal, de um "sistema misto"[31], em que o inquérito policial cultiva tradições inquisitórias enquanto o processo judicial conduz-se pelas bases do modelo acusatório.

---

25. Realizada em Brasília, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife e Rio de Janeiro.
26. MISSE, Michel (Org.). *O inquérito policial no Brasil*: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010.
27. VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 2012. p. 237-265. Disponível em: [https://bit.ly/2R5Zm7q]. Acesso em: 01.01.2019.
28. Nesse sentido: MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. O arrependimento como pressuposto de validade da confissão: moralidade e penitência cristã na aplicação da pena. *Revista de Estudos Criminais*, v. 17, 2018. p. 123-138.
29. BORGES, Jorge Luis. História de Rosendo Juárez. *O informe de Brodie*. Trad. Davi Arrigucci Jr. São Paulo, Companhia das Letras, 2008. p. 27-28.
30. LYRA, Roberto. Presente, passado e future da prova penal. *Justitia*, São Paulo, v. 51, out.-dez. 1965. p. 136.
31. "Há quem mencione um terceiro sistema, que reuniria características dos dois principais. A expressão *sistema misto* não me agrada. Discordo daqueles que defendem a

Referido argumento, porém, deve ser de plano rechaçado. Como bem identificaram Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner, "no sistema brasileiro, não existe um tratamento diferenciado – no que se refere à forma – para os atos praticados na fase policial em relação àqueles realizados na fase processual"[32].

Exatamente por isso, prevê o artigo 6º, V, do Código de Processo Penal a aplicabilidade, ao interrogatório policial, das disposições constantes do Capítulo III do Título Vll referentes ao interrogatório judicial.

Na prática, há que se compreender a prevalência absoluta da tradição autoritária, que pode ser identificada a partir de três principais eixos: *i)* o método utilizado pelas autoridades policiais durante a condução dos interrogatórios; *ii)* descumprimento das formalidades previstas para o ato pelo Código de Processo Penal; *iii)* ausência de repercussões diretas do descumprimento das formalidades ocorridas durante o inquérito policial na ação penal.

3. O método "Reid"

Para compreender a confissão como objeto de fetiche do interrogatório policial no modelo brasileiro, é preciso analisar a técnica adotada pelas autoridades policiais durante a oitiva de suspeitos[33].

O método foi desenvolvido por John Reid, investigador da Polícia de Chicago, considerado um interrogador de sucesso em razão do grande número de confissões obtidas, em parceria com Fred Inbau, diretor do Laboratório de Detecção de Crimes Científicos da Polícia de Chicago.

A necessidade de que se desenvolvesse uma técnica baseada em aspectos da psicologia, se deu por dois motivos. O primeiro deles, atribuído à necessidade de se avaliar a veracidade e confiabilidade das declarações prestadas por suspeitos,

existência do sistema híbrido, insistindo na "simples" mescla de elementos. Reconheço que o Código de Instrução Criminal de 1808 revigorou a técnica inquisitória, conferindo-lhe novos contornos. Entendo, porém, que o novo formato não desnaturarou a metodologia inquisitória" (MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório *versus* acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim IBRASPP*, ano 3, n. 4, 2013. p. 16-18. Disponível em: [https://goo.gl/Mh19gq]. Acesso em: 01.01.2019.

32. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 480.

33. Para tanto, foram consultadas as seguintes referências: INBAU, Fred E.; REID, John E.; BUCKLEY, Joseph P.; JAYNE, Brian C. *Essentials of the Reid technique*: criminal interrogation and confessions. Jones & Bartlett Publishers, 2013. Parte desse conteúdo também está disponível em: [https://bit.ly/2wKq3os]. Acesso em: 01.01. 2019.

independente da utilização do polígrafo[34]. À época, contra o método do polígrafo, surgiam algumas objeções, especificamente porque o aparelho não identifica somente a mentira, mas revela vários tipos de emoções sem, todavia, ser capaz de individualizá-las.

O segundo fator que deu causa à elaboração de uma técnica de interrogatório baseada em princípios psicológicos foi a proibição pela Suprema Corte da utilização do método *third degree* pela polícia americana durante os interrogatórios.

O *third degree* ou "terceiro grau" consistia na coerção física e no esgotamento mental do interrogando[35], cujas principais técnicas eram o prolongamento das sessões, privação de sono, água e comida, ofuscamento intenso de luzes e agressões físicas[36].

De acordo com o método "Reid", o primeiro passo para que a autoridade policial possa dar início ao interrogatório é diferenciá-lo de uma simples entrevista.

As entrevistas compreendem conversas livres, guiadas por abordagens neutras no formato de perguntas e respostas, com o objetivo de elucidar informações investigativas e comportamentais.

Os interrogatórios, por sua vez, devem seguir o formato monólogo, desencorajando o suspeito de falar até o momento em que esteja pronto para falar a verdade, a ser guiado pela abordagem acusadora e com o objetivo primário de obter uma confissão judicialmente admissível.

Para os interrogatórios, a técnica de "Reid" indica os nove passos que devem ser seguidos para a obtenção de uma confissão judicialmente admissível, de acordo com as seguintes sugestões e diretrizes: *i)* confrontação direta; *ii)* introdução do tema do interrogatório; *iii)* administração das negativas; *iv)* reversão das objeções; v) retenção da atenção; *vi)* reconhecimento da

34. "Como método físico, os detectores de mentira são aparelhos mecânicos que marcam o traçado do batimento cardíaco e da respiração e, conforme o tempo de reação às perguntas dirigidas ao interrogando, permitiriam assinalar as falsidades em que incorreu. Conforme o intervalo das reações, o perito poderia definir, em linhas gerais, um padrão de comportamento para as afirmações 'verdadeiras' e outro para as supostas 'mentiras'" (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 483).

35. LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy for Justice*: a report on scholarship and criminal justice reform, n. 6, 2017. p. 235.

36. HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 129.

resignação; *vii)* introdução de questão alternativa; *viii)* confissão oral; *ix)* confissão escrita[37].

O primeiro passo, *confirmação direta*, recomenda que o investigador dê início ao interrogatório a partir de uma afirmação acusadora direta e categórica, demonstrando ao seu interlocutor que a seu envolvimento no crime já está devidamente caracterizado, tendo o interrogatório a função de oferecer ao suspeito uma oportunidade de fazer jus às suas virtudes, de se esclarecer os motivos e circunstâncias do crime ou de verificar seu real grau de participação nos fatos.

Como diretrizes para a introdução do interrogatório, o método "Reid" recomenda que a confrontação seja feita de forma enfática, pausada e confiante; que o investigador se dirija ao interrogando pelo primeiro nome, sem fazer referências a títulos e tratamentos, mas ao mesmo tempo exigindo por parte do suspeito um tratamento formal, com a finalidade de estabelecer um ambiente de fragilização psicológica. Instrui, ainda, o investigador a dar início à *confrontação direta* antes de se sentar, de preferência com o inquérito em mãos, e sem a adoção de jargão jurídico.

Em seguida, o investigador deve promover a *introdução do tema do interrogatório*, oferecendo ao suspeito razões objetivas e subjetivas, morais e psicológicas, hábeis a justificar ou atenuar seu sentimento de culpa em relação ao crime praticado.

Para isso, deve ser levada em consideração a natureza da personalidade do suspeito, divididas entre "emocionais" e "não emocionais". Para os interrogandos "emocionais", sugere-se uma abordagem empática, colocando-se no seu lugar e reconhecendo que qualquer pessoa, nas mesmas circunstâncias, praticaria o crime ou simplesmente elevando na mais alta estima alguma de suas virtudes. Já para os "não emocionais", recomenda-se uma abordagem mais prática e factual, sugerindo por exemplo que os fatos são de menor gravidade ou atribuindo parte da responsabilidade a terceiros.

Para o terceiro passo, que envolve a *administração das negativas*, o método de "Reid" assume o pressuposto de que suspeitos raramente confessam os fatos imediatamente após serem confrontados pelo investigador e, por isso, tendem a negar a prática delituosa.

Nesse sentido, sugere que as negativas sejam administradas pelo investigador de quatro formas: *i)* antecipando-se em relação a ele, evitando que a negativa seja

37. KING, Lesley; SNOOK, Brent. Peering inside a Canadian interrogation room: an examination of the Reid model of interrogation, influence tactics, and coercive strategies. *Criminal Justice and Behavior*, v. 36, n. 7, 2009. p. 675.

sequer enunciada pelo interrogando; *ii)* censurando o interrogando e chamando sua atenção para a importância do ato e para a possibilidade de enunciações incriminadoras; *iii)* avaliando-as, de modo a perceber sinceridade ou dissimulação; *iv)* respondendo-as, com o objetivo de vencer sua resistência apontando provas específicas ou detalhes do crime.

Ao constatar que suas negativas não surtiram efeito e na tentativa de retomar o controle da situação, os interrogandos costumam fornecer argumentos na tentativa de explicar o motivo pelo qual a acusação é falsa. Diante disso, cabe ao investigador a *reversão das objeções*, isto é, mostrar ao suspeito que suas razões não surtirão efeito.

De acordo com o método "Reid", o procedimento para reverter as objeções deve ser imediatamente reconhecido e estimulado por parte do investigador. Em seguida, após ouvida por inteiro, a objeção não deve ser contestada, devendo o investigador assumi-la como possível. Ao fim, o conteúdo da objeção deve ser revertido em favor do interrogatório, tornando-se uma razão adicional para o suspeito dizer a verdade.

No quinto passo, a *retenção da atenção*, o investigador tem o desafio de recapturar e fixar a atenção do suspeito, depois de frustradas suas tentativas de negação e objeção. Existem várias formas de fixar a atenção do interrogando, entre elas a atenção às características do isolamento do suspeito (introspecção, olhar baixo, apatia etc.), aproximação física, contato visual e elaboração de perguntar retóricas.

Concluídos os cinco passos, o investigador passa a ter o objetivo de *reconhecer a resignação* do interrogando e de superar sua passividade. Aproveitando-se de sua vulnerabilidade, deve ser criado um ambiente de simpatia e compreensão convidativo, a fim de que o suspeito possa finalmente falar a verdade. Trata-se do ponto alto do interrogatório, em que o suspeito está reticente e mais propenso a ouvir, de forma que o investigador pode se aprofundar nas questões cruciais para a elucidação dos fatos.

A resignação do interrogando pode ser reconhecida com alguns sinais corporais, como a mudança de posição de braços e pernas para posturas menos defensivas (descruzados), acenos positivos de cabeça, alinhamento frontal com o investigador, fixação do olhar no chão, excesso de lacrimação e sonorizações nasais.

Reconhecida essa fase, o investigador deve dar início imediato à *introdução de questão alternativa*, que dá ao interrogando o poder de escolher entre suas explicações para a prática do crime, geralmente uma delas com maior grau de exculpação (minimização) e outra mais repreensível (maximização).

Esse mecanismo possibilita ao suspeito o alívio de suas tensões psicológicas para dar início à confissão com maior tranquilidade, admitindo o crime de forma mais simples e amena.

Ao descrever as alternativas para o suspeito, é importante que o investigador torne atraente a alternativa exculpante, planejando uma proposição moralmente favorável e de fácil aceitação por parte do interrogando. Por exemplo: "Você planejou o estupro ou foi um acidente?". Ao final, é igualmente relevante que o investigador reaja positivamente à alternativa escolhida, reforçando sua proximidade com o suspeito. Por exemplo: "Muito bem, foi exatamente o que eu havia pensado".

Logo após a escolha, por parte do suspeito, de uma das alternativas oferecidas pelo investigador, cabe ao policial estimulá-lo a fim de que ofereça mais detalhes do crime, com o objetivo de transformar uma admissão parcial da culpa em *confissão oral*. Recomenda-se que o investigador dê início à formulação das perguntas partindo das mais amenas e pontuais para que, somente após o inteiro comprometimento com a verdade, o suspeito possa responder às questões mais sensíveis.

Finalmente, o último passo do método "Reid" é a *confissão escrita*, na qual o investigador reduz a termo todo o conteúdo da confissão feita pelo suspeito, atendendo-se para o fato de que o interrogatório escrito deve ser providenciado o mais rápido possível, sob pena de o interrogando desejar retratar-se.

No decorrer dos nove passos, o investigador assume o papel de martelar no suspeito uma culpa inquestionável e enfatizar a impossibilidade de negativas à luz das evidências condenatórias, ao mesmo tempo que oferece com simpatia potenciais justificativas para minimizar a culpa e encorajar a confessar.

Essas abordagens, vale dizer, foram objeto de estudo empírico que comprovou seu potencial de triplicar hipóteses de falsas confissões[38]. Na pesquisa publicada em 2005 na *Psychological Science*, os participantes foram conduzidos, em dupla, para um local onde deveriam resolver, individualmente, questões de lógica, sendo proibido qualquer contato entre eles. Durante os testes, um dos componentes da dupla, que na verdade era um pesquisador não identificado, solicitava auxílio a alguns companheiros para resolver um dos problemas.

Assim, os participantes foram divididos em três grupos: aqueles aos quais foi solicitada ajuda e que prestaram efetivo apoio ao pesquisador não identificado;

38. RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Faida M.; KASSIN, Saul M. Investigating true and false confessions within a novel experimental paradigm. *Psychological Science*, v. 16, n. 6, 2005. p. 481-486. Disponível em: [https://goo.gl/meqsJw]. Acesso em: 03.01.2019.

aqueles aos quais foi solicitada ajuda e que não prestaram efetivo apoio ao pesquisador não identificado; aqueles aos quais não foi solicitada ajuda e que não prestaram efetivo apoio ao pesquisador não identificado.

Após a primeira rodada de testes, os três grupos foram submetidos a entrevistas a partir de duas táticas distintas. Na primeira tática, da *maximização*, os pesquisadores diziam a cada um dos participantes que haviam identificado violação à regra do estudo e que, por isso, haviam entrado em contato com o professor responsável e solicitado providencias junto à Universidade. Ao final, intimidavam o participante para que assinasse um formulário reconhecendo sua culpa.

Em alguns casos, os pesquisadores também ofereciam aos participantes um acordo em troca da confissão (por exemplo: deixar de comunicar a Universidade).

Na segunda tática, da *minimização* (adotada pelo método "Reid"), os pesquisadores demonstravam simpatia e preocupação com os participantes, aparentando buscar uma solução para ajudá-los e fornecendo desculpas pela violação das regras (por exemplo: "Sabemos que você não imaginou a seriedade do problema") e oferecendo um formulário no qual deveriam reconhecer sua culpa para que não enfrentassem mais problemas.

Em qualquer um dos cenários (maximização sem acordo, maximização com acordo ou minimização), os participantes deveriam assinar o formulário caso assumissem a culpa. Caso continuassem negando a violação das regras, os participantes eram submetidos a mais três entrevistas. Mantidas as negativas eram, ao final, liberados sem assinar qualquer formulário.

Os resultados demonstraram que a tática da minimização e o oferecimento do acordo aumentaram significativamente as proporções de confissões, falsas e verdadeiras. Concluem os autores que "a minimização, uma técnica comum de interrogatório, constitui um meio eficaz de obter verdadeiras confissões; todavia, também submete os participantes ao risco de falsas confissões".

Outro fator pontuado como uma principais razões para o aumento da taxa de confissões seria que "os participantes inferiram um sentimento de leniência ao confessar com base na comunicação e no tom amável estabelecidos pelo pesquisador".

Além disso, outra crítica ao método "Reid" está no fato de que o interrogatório iniciado a partir de uma narrativa acusadora de presunção de culpa torna os investigadores predispostos a ver como ambíguo o comportamento de qualquer suspeito.

Conforme sinalizado por Adam Benforado, essa característica tende a confundir os investigadores entre as nove fases de "Reid", fazendo-os mudar prematuramente entre os estágios e dar início a práticas mais agressivas.

O ator cita um estudo que demonstrou ser a presunção de culpa suficiente para que investigadores fossem encorajados a mencionar ao suspeito falsas provas contra ele. Como resultado, o estudo comprovou que os interrogatórios conduzidos com a presunção de culpa foram 20% mais propensos a confirmá-la em comparação àqueles iniciados com presunção de inocência[39].

A partir dessa síntese do método "Reid" e dos estudos empíricos realizados no campo da psicologia cognitiva, verifica-se que as técnicas de interrogatório ensinadas nas Academias de Polícia continuam perpetuando práticas comuns ao autoritarismo inquisitório, tirando "proveito da nossa miopia cognitiva"[40].

Também é visível que, a partir das técnicas de persuasão e pressão aplicadas pelo método "Reid", os interrogandos são submetidos a violações psicológicas que, consequentemente, maculam a validade de suas declarações.

O "jogo de mentes" estabelecido entre os agentes de polícia e os suspeitos, por sua vinculação direta à finalidade de obter confissões, acaba aproximando a prática de "Reid" às técnicas de tortura psicológica do *third degree*, em vez de afastá-las por absoluto.

4. Interrogando: sujeito de direitos ou fonte de provas?

A busca pela verdade real se revela como essência do processo inquisitório na própria semântica do *nomem iuris* "inquisição". Como esclarece Felipe Martins Pinto, o vocábulo significa "averiguação minuciosa e indagação"[41] e reflete, de imediato, ao sacrifício de direitos, regras e garantias em prol da minuciosa apuração dos fatos ocorridos.

Desde a tradição medieval e religiosa, a efetiva averiguação dos fatos contava com a obrigatória participação do acusado (ou suspeito), a quem incumbia a obrigação de comprovar sua inocência segundo os *juízos de Deus*, seja por meio das ordálias, seja por meio dos duelos os juramentos[42].

39. BENFORADO, Adam. *Unfair*: the new science of criminal injustice. New York: Broadway Books, 2016. p. 47.

40. BENFORADO, Adam. *Unfair*: the new science of criminal injustice. New York: Broadway Books, 2016. p. 44.

41. PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, 2010. Disponível em: [https://goo.gl/RgdFhv]. Acesso em: 20.01.2019. p. 195.

42. TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IV. p. 210.

Já naquele período, a pessoa do acusado era imediatamente convertida na principal prova para elucidação dos fatos. Na maioria das vezes, especialmente para os vassalos, o único meio de prova era o próprio corpo: se saísse ileso de uma fogueira, seria inocente; caso não se afogasse ao ser lançado ao mar junto a um monte de pedras, seria inocente; se o contato com ferro em brasa não lhe gerasse marcar, seria inocente.

Nota-se que, ainda no direito romano canônico, as partes se viam obrigatoriamente transmutadas em *telum adversarii sui*, isto é, armas ofensivas de seus próprios adversários[43].

Como notou Mirjan Damaška[44], parecia curioso que cada parte deveria provar suas próprias alegações e sustentar sua própria carga probatória, ao mesmo tempo em que uma delas (o acusado) poderia ser obrigado pelo Estado a produzir provas em seu desfavor. Transportando essa situação para a modernidade, seria o mesmo que inverter o ônus da prova e negar vigência ao direito de não se auto incriminar, simultaneamente.

Os resquícios da ideologia inquisitória medieval foram percebidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos ainda em 1914[45] quando, no caso Weeks *v.* United States[46], consignou-se que "a tendência de aqueles que executam as leis penais do país de obter condenações por meio de registros ilegais e confissões forçadas, declarações obtidas depois de submeter os sujeitos a práticas contrárias aos direitos garantidos pela Constituição Federal".

Posteriormente, entre as décadas de 1930 a 1960, as práticas de interrogatórios policiais que visavam a obtenção de confissões através da violação de garantias fundamentais do acusado foram debatidas e condenadas em dezenas de julgados[47]

---

43. DAMAŠKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 218.
44. DAMAŠKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 218-219.
45. THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatórios e inquisitivos en el processo penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 164.
46. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Weeks *v.* United States, 233 US. 383 (1914). Trecho em tradução livre.
47. Entre elas, cita-se: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Watts *v.* Indiana, 338 US. 436 (1966). "Nosso sistema é acusatório em oposição ao sistema inquisitorial. Esta tem sido a característica da justiça penal anglo-saxã desde que se livrou das práticas continentais importadas pela *Star Chamber*, que consistiam em submeter o acusado a interrogatório durante horas" (Tradução livre).

e consideradas violações ao *due process* incompatíveis com o sistema acusatório, que não conduziam à determinação da verdade[48].

A partir disso, foram consideradas ilegais as confissões obtidas pela polícia por métodos ilegais (*third degree*) e se deu início à preparação do caminho para a célebre decisão Miranda *v.* Arizona[49], que estabeleceu a obrigação dos policiais de informar ao interrogando de seus direitos ao silêncio e da presença de um defensor[50].

Antes dela, prevalecia a presunção de que os atos de interrogatório praticados pelos agentes de polícia seriam justos e legítimos, cabendo ao imputado a prova do contrário.

A partir da consagração dos *Miranda warnings* – segundo os quais o interrogando deve ser informado: dos direitos de permanecer em silêncio; de que qualquer de suas declarações pode ser utilizada em seu desfavor; do seu direito de ser acompanhado por um advogado; do seu direito de ter provido pelo Estado um advogado caso não tenha condições de pagar por serviços advocatícios particulares – as declarações prestadas por investigados perante autoridades policiais passaram a ser presumidamente obtidas mediante coerção, ou *cruel trilemma*[51]: "permanecer em silêncio e encarar a prisão; falar a verdade e encarar a prisão; ou mentir e encarar a prisão, dessa vez por perjúrio[52]".

48. THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatórios e inquisitivos en el processo penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 165.

49. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Miranda *v.* Arizona, 384 US. 436 (1966).

50. Especialmente em relação ao direito de ser acompanhado por advogado, conforme salienta Carlos Haddad, a Suprema Corte passou a considerá-lo imperativo em 1964, ao decidir o caso Escobedo *v.* Illinois, consignando que iria "contra toda a lógica admitir o defensor na instrução, a qual constitui a fase com mais garantias do processo penal, e excluí-lo do interrogatório do preso, cujos resultados podem fazer com que o defensor não tenha nada a dizer em juízo" (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 130).

51. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 138.

52. Cumpre registrar que o Código Penal brasileiro não pune o perjúrio, mas sim o crime de falso testemunho. Está em trâmite, contudo, o Projeto de Lei 4.192/2015, de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira (REDE-RJ), que altera o Código Penal para tipificar a conduta de "fazer afirmação falsa como investigado ou parte em investigação conduzida por autoridade pública ou em processo judicial ou administrativo". O Projeto de Lei está disponível em: [https://bit.ly/2C3hIvE]. Acesso em: 04.01.2019.

Outra importante ferramenta de combate aos ranços inquisitórios adotada pelos países da tradição *common law*, inclusive os Estados Unidos, está na obrigatoriedade de submissão dos acusados aos interrogatórios, tanto na esfera policial quanto em juízo. Enquanto a prática acusatória recomenda que seja facultado ao imputado o ato do interrogatório, os resquícios autoritários do sistema continental impõem a sua presença e tomada de declarações, conferindo-lhe somente o direito de recursar-se a responder às perguntas de forma geral ou particular.

Todavia, na prática brasileira, vale lembrar que até mesmo esse direito é muito limitado e bastante ilusório, sendo que normalmente se renuncia a ele[53] ou lhe reduz à mera formalidade. Exemplo disso é quando, de início, o interrogando manifesta seu desejo de ficar em silêncio e, mesmo assim, a autoridade policial ou judiciária fazem questão de constar no termo de declarações as suas perguntas.

Outra ilusão limitada pela prática policial no Brasil é o direito do interrogando de se ver acompanhado por defensor durante a colheita de seu depoimento. Em tese, prevê o artigo 185 do Código de Processo Penal (aplicável ao inquérito policial por força do artigo 6º, V) ser imprescindível a presença de defensor, constituído ou nomeado, no momento do interrogatório.

Também o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de 1988 assegura a assistência de defensor no interrogatório do preso, assim como o inciso LV assegura a ampla defesa, inclusive em sede policial, independente do *status* de liberdade ou prisão.

No dia a dia forense, o direito de defesa do imputado se vê subjugada por três principais razões. A primeira delas, mencionada por Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner[54], está na censurável *práxis* policial de intimar ou conduzir à delegacia e colher depoimento sem informar a condição do declarante, seja ela testemunha, informante, seja suspeito.

Nesse caso, além de lhe privar do direito ao silêncio, prescinde a necessidade de acompanhamento por advogado. Afinal, raros são os casos em que testemunhas e informantes se fazem acompanhados por defesa técnica na tomada de depoimentos.

O segundo problema concernente ao acompanhamento do interrogando por advogado está na impossibilidade, enfrentada por grande parte da *clientela* do

53. DAMAŠKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 221.

54. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 479.

sistema penal, em arcar com os custos de um advogado particular para acompanhar interrogatórios na fase de inquérito policial.

O nobre papel da Defensoria Pública encontra diversos entraves e dificuldades que a limitam, majoritariamente, à atuação na fase processual e nas situações envolvendo prisões. Assim, o interrogando que está em liberdade perde a garantia de se ver acompanhado por advogado e fica à mercê da atuação policial.

A terceira relativização do direito de defesa durante o interrogatório policial está na efetiva atuação defensiva durante a tomada de declarações. Na melhor das hipóteses, isto é, quando o interrogando e cientificado da sua condição de suspeito e se faz acompanhar por advogado, não são raras as oportunidades nas quais o defensor se vê obrigado a figurar como "convidado de pedra"[55], por mera formalidade.

Novamente, no plano do *dever ser*, garante o artigo 188 do Código de Processo Penal o direito do advogado de formular ao interrogando perguntas que entendam pertinentes e relevantes. Para isso, é necessário que lhe seja conferido o direito de manter com o imputado entrevista prévia e reservada, a fim de instruí-lo e prepará-lo para o ato.

Na esfera do *ser*, esse nem sempre é um direito assegurado. A prática da advocacia revela que existem agentes de polícia que se recusam a conceder espaço para que o defensor formule perguntas ao seu cliente ou mantenha com ele contato prévio.

Em determinados casos, até mesmo o acesso ao inquérito policial é negado pelas autoridades, a despeito dos quase vinte anos de edição da Súmula Vinculante 14 por parte do Supremo Tribunal Federal e da alteração, em 2016, do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil pela Lei 13.245[56].

Aliás, no Brasil, há um profundo abismo entre a teoria e a prática dos interrogatórios proferidos em sede policial, talvez porque tal ato não costuma ser objeto

55. Expressão constante em: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 480.

56. Referida Lei acrescentou ao artigo 7º do Estatuto da OAB, que versa sobre os direitos dos advogados, os seguintes incisos: "XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital" e "XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração".

de grandes discussões, seja por parte da doutrina[57], seja pelas decisões judiciais que já pacificaram o entendimento de que as máculas contidas no inquérito não contaminam a ação penal.

5. Reflexos na ação penal

A imparcialidade deveria ser a maior das responsabilidades durante o procedimento investigatório. Como aponta Mirjan Damaška, os métodos de investigação somente seriam aceitáveis, no modelo acusatório de processo, se assumissem como único objetivo, para além da verdade, a equidade[58].

Essa visão de equidade se sustenta, especialmente, pelo fato de que a paridade de armas encontra amparo, a rigor, na qualidade de todo o procedimento investigatório. Ora, se o papel a ser desempenhado pela polícia judiciária está na apuração dos fatos em todos os seus espectros – tanto acusatórios quanto defensivos – garantir ao interrogando equidade em relação aos demais atores do processo penal a partir do direito de defesa significa não somente assegurar direitos fundamentais, mas compreende um compromisso institucional de desempenhar com afinco a atividade investigatória.

Ao centralizar na figura do interrogando as fontes de prova e ao considerar a confissão o principal meio de prova, a atividade policial se esgota. Todo o inquérito passa a ser construído a partir da confissão e em torno dela gravitam os demais elementos.

Em *Hamlet*, William Shakespeare narra esse cenário. Quando o Rei Cláudio pede a Rosencrantz e a Guildenstern que investiguem o estado emocional do Príncipe, são surpreendidos pelo jovem Hamlet com a seguinte resposta: "E eu dir-lhes-hei porque; d'est'arte *a minha confissão precederá as suas investigações*"[59].

A tragédia *shakespeariana* se assemelha à tragédia dos inquéritos policiais. A confissão, símbolo de verdade e conclusão dos fatos, tende a guiar todos os demais atos da investigação, praticados exclusivamente com a função de corroborá-la, ainda que de forma precária.

---

57. Como exceção, cita-se: LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 478-483.
58. DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatório a la deriva*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 125.
59. SHEAKSPEARE, William. *Hamlet*: drama em 05 actos. Tradução portuguesa. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1880. p. 126.

Assim como Gertrudes, Rainha e mãe de Hamlet, que se mantém inerte diante dos abusos praticados pelo Rei Cláudio, cega pela atração que lhe prende a ele, o Judiciário brasileiro insiste em ignorar as consequências que a prática autoritária e inquisitorial dos interrogatórios policias, consagrando reiteradas vezes o entendimento de que "eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal dele decorrente"[60].

Concretamente, não se pode ignorar que os atos do inquérito policial, inclusive aqueles praticados de maneira irregular, interferem diretamente no convencimento do Juízo, até porque, encartados aos autos da ação penal. Além disso, influenciam diretamente na atuação do magistrado quando do interrogatório judicial, realizado em audiência.

Partindo exatamente da hipótese de que os juízes que têm acesso às investigações preliminares se apegam às informações colhidas durante o inquérito e tenta confirmá-las durante a audiência, de modo a superestimar as informações consoantes e a menosprezar as informações dissonantes, que Benard Schünemann[61] estruturou uma pesquisa com 58 juízes criminais e promotores de diversas regiões da Alemanha Federal para avaliar o impacto do domínio, pelos magistrados, do conteúdo do inquérito policial, nas decisões da ação penal dele decorrentes.

Para tanto, o autor partiu da teoria da dissonância cognitiva, de acordo com a qual todo ser humano busca manter seu sistema cognitivo em equilíbrio, caracterizado por uma relação não contraditória entre seus conhecimentos e suas crenças.

Assim, a dissonância cognitiva age de forma a reduzir as contradições e restaurar o estado de equilíbrio, o que resulta em dois diferentes efeitos: *i)* autoconfirmação das hipóteses, quando as informações que confirmam as hipóteses consideradas corretas são superestimadas em relação às informações contrárias; *ii)* busca seletiva de informações, quando se busca, predominantemente, por informações que confirmem as hipóteses consideradas corretas, sejam elas consonantes ou dissonantes (desde que facilmente refutáveis).

Referido estudo apresenta importantes conclusões que reforçam a crítica à participação dos juízes na gestão da prova, outro traço do autoritarismo

60. Esse tema foi, inclusive, objeto da edição 105 do "Jurisprudência em Teses" organizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp]. Acesso em: 04.01.2019.

61. SCHÜNEMANN, Bernard. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 208.

inquisitorial. Contudo, para o presente artigo, são especificamente relevantes dois dos resultados obtidos por Schünemann em suas experiências.

O primeiro deles está no fato de que os magistrados seguem a tendência de apegarem-se à imagem do fato que lhes foi transmitida pelo inquérito policial. As informações obtidas em audiência que destoam da imagem preconcebida não são somente menosprezadas, mas sequer percebidas.

A segunda circunstância confirmada por Schünemann compreende o fato de que as faculdades de formulação de perguntas por parte dos juízes não são adotadas no sentido de otimizar o processamento de informações, mas tão somente de confirmar ar hipóteses inicialmente concebidas.

Veja-se que Schünemann comprovou empiricamente e depois de algumas décadas, o postulado de Franco Cordero: "Certo do ponto se partida, o inquisidor elabora hipóteses dentro de um marco paranoico"[62].

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho vai além, indicando que o primado da hipótese sobre os fatos não é algo excepcional do sistema inquisitório, mas um pensamento típico da mentalidade ocidental que tende "a acreditar nas imagens produzidas pela razão"[63].

Por obvio, essa crença não seria definitiva, sendo certo que se poderia voltar atrás e adotar uma posição contrária à inicial, "mesmo porque, se assim não fosse, a imagem assumida se converteria em real e se estaria diante de uma psicose típica, a paranoia"[64]. Todavia, a regra é outra: "tendem a prevalecer as hipóteses assumidas sobre os fatos e, com liberdade, o juiz orienta o êxito para onde quiser"[65].

A contaminação dos juízes pelos elementos contidos no inquérito policial é uma realidade. Comprovada cientificamente por Schünemann, descrita por Cordero e interpretada por Coutinho, só foge aos olhos do Judiciário.

Insistir que as máculas do inquérito não atingem a ação penal dele decorrente é consagrar e encorajar práticas autoritárias, típicas da tradição inquisitória, no cotidiano das delegacias de polícia.

62. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. 1. p. 19.
63. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, 2009. p. 112.
64. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, 2009. p. 112.
65. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, 2009. p. 113.

Mais que isso, é assumir o risco de que confissões extraídas por métodos abusivos, como "Reid" balizem todo o procedimento investigatório, permanecendo esquecidas hipóteses diversas daquela lançada pelo acusador.

6. Considerações finais: proposições à luz do sistema acusatório

A opção por apresentar ao leitor o método "Reid" teve como principal finalidade demonstrar objetivamente a natureza neoinquisitorial de interrogatórios no Brasil. É o método "Reid" que tem sido ensinado nas academias de polícia e escrito nas apostilas dos cursos de formação e aperfeiçoamento de delegados, escrivães e investigadores.

O olhar, por mais superficial, sobre o método "Reid" revela, de cara, sua intenção: obter, a partir do interrogatório, a confissão, ainda que forçada, do suspeito. Para isso, não são poupadas técnicas tendenciosas e manipuladoras, que em pouco ou quase nada se diferem dos velhos métodos de tortura psicológica que buscavam, através do esgotamento mental do suspeito, a obtenção da famigerada verdade real.

Ao adotar do método "Reid" como técnica de condução do interrogatório policial, o Brasil reflete os traços do autoritarismo inquisitório que permanecem arraigados à sua cultura processual. A confissão continua sendo a rainha das provas, o fetiche da busca pela verdade real se mantém inalterado; os meios empregados para a obtenção da confissão justificam a finalidade de alcance da realidade dos fatos.

A crítica se põe, escancarada, a frente de quem lhe dá atenção. Os mínimos direitos assegurados pelo Código de Processo Penal – que em vez de prever uma disciplina particular, com garantias específicas, para o interrogatório policial, optou por aplicar-lhe, naquilo que couber, as disposições pertinentes ao interrogatório judicial – são rechaçados sem pudores. Os métodos utilizados se valem de técnicas de pressão psicológica e persuasão para obter confissões e, somente a partir das confissões, são buscados outros elementos de prova hábeis a sustentar o inquérito.

Trata-se de uma realidade dura; perdem todos, de todos os lados. Perde o interrogando, que não tem garantidos seus direitos mais fundamentais; perdem a instituições policias, que se prendem à uma cultura medieval; perde o Judiciário, que se prende ao já ultrapassado conceito de verdade real como um ouroboros[66];

66. Expressão derivada do grego antigo, onde οὐρά significa "cauda" e βόρος significa "devora", designando "aquele que morde a própria cauda". Mitologicamente, representa-se

e perde a vítima, que deixa de ter sua demanda analisada sobre todas as possíveis vertentes quando uma única hipótese acusatória toma a mente do investigador.

A conclusão não poderia ser outra: urge a necessidade de rompimento definitivo com as práticas inquisitórias que continuam permeando a prática processual brasileira. Depois da Constituição da República de 1988, qualquer sistema que não se adeque à processualidade democrática deve cair no esquecimento, sem reprimida em definitivo.

Com o interrogatório policial, não pode nem deve ser diferente. Luigi Ferrajoli[67], ao traçar, a partir do modelo *garantista* do processo acusatório, as diretrizes para o interrogatório, preocupa-se inicialmente em alterar a percepção sobre a pessoa do interrogando.

Em vez de fonte de prova para o preenchimento da hipótese acusatória ou para formação da convicção das autoridades, o interrogando deve ser tutelado pelo direito de autodefesa, tanto na esfera positiva – direito de praticar todo e qualquer ato de resistência contra o poder de investigar do Estado, valendo-se do seu direito à liberdade[68] – quanto negativa. Em ambos os casos, imperiosa a prevalência absoluta da presunção de inocência.

Em seguida, adota o *nemo tenetur se detegere* como pressuposto básico, a partir do qual resultam como corolários: a proibição de juramento do imputado; o direito de permanecer em silêncio e faltar com a verdade; a proibição de obter confissão por meio de violência física ou manipulação psicológica; a negação do papel definitivo da confissão, tanto pela refutação integral ao sistema de provas tarifadas quanto pelo caráter indisponível das situações penais; e o direito do imputado a ser assistido por advogado, com a finalidade de impedir abusos e de, eventualmente, produzir provas a seu favor.

Com efeito, Ferrajoli atesta que o interrogatório deve ser subordinado a uma série de regras, a fim de permitir efetivamente a defesa do imputado: a realização imediata ou, ao menos, tempestiva; a possibilidade de contestar verbalmente não somente as acusações, mas todos os argumentos e resultados obtidos a partir das investigações que se opõe às alegações defensivas; a proibição de perguntas

---

pela figura da serpente que morte a própria cauda e traduz o conceito cíclico de eternidade.

67. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 560.

68. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 479.

tendenciosas, maliciosas ou ambíguas; a proibição de qualquer assédio ou pressão direta ou indireta contra o interrogando com o objetivo de induzir-lhe ao arrependimento e, consequentemente, à confissão; o registro integral do depoimento prestado pelo imputado; a tolerância a possíveis interrupções e eventuais intemperanças; a obrigação de investigar todas as circunstâncias e hipóteses suscitadas pelo interrogando; e a liberdade pessoal do acusado, garantida pela paridade de armas e seriedade do procedimento[69].

Há, portanto, clara incompatibilidade entre o modelo garantista de sistema acusatório e o método "Reid" de interrogatório policial. Apesar de exigir uma mudança completa da situação institucional das polícias judiciárias, o que não é tarefa fácil nem rápida, existem alternativas ao método de interrogatório coercitivo e autoritário que vem sendo adotado no Brasil.

Uma dessas alternativas é a técnica conhecida como "Peace" (em tradução livre: planejamento e preparação; comprometimento e explicação; obtenção de relato; fechamento; avaliação[70]), adotada inicialmente na Nova Zelândia e na Austrália e que tem alcançado espaço na Europa Ocidental, sendo aplicada atualmente na Inglaterra[71].

O método "Peace" deriva diretamente dos componentes da Entrevista Cognitiva[72], técnica que se utiliza estratégias para recuperação de memória básica e que foi considerada a maior contribuição da psicologia social para o direito[73], no sentido de potencializar a oitiva dos envolvidos em casos criminais, especificamente no que se refere à qualidade das informações afetadas por lapsos de memória.

---

69. Não escapam das críticas de Ferrajoli as hipóteses de colaboração do imputado com órgão de persecução ou acusação que sejam fruto de meios capciosos ou transações, principalmente se feitas às escuras. Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 560.

70. No original: Planning and preparation; Engage and explain; Obtain an account; Closure; Evaluation.

71. DIXON, David. Questioning suspects: a comparative perspective. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 26, n. 4, 2010. p. 429.

72. MEISSNER, Christian; REDLICH, Alisson D.; BHATT, Sujeeta; BRANDON, Susan. Interview and interrogation methods and their effects on investigative outcomes. *Campbell Systematic Reviews*, v. 8, n. 1, 2012. p. 4-52.

73. MEMON, Amina; MEISSNER, Christian A.; FRASER, Joanne. The cognitive interview: a meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 16, n. 4, 2010. Disponível em: [https://goo.gl/LhZSnT]. Acesso em: 20.01.2018. p. 340.

O direcionamento pode ser apontado como a principal diferença entre os métodos "Reid" e "Peace". Enquanto "Reid" é uma técnica de presunção de culpa desenvolvida a partir da acusação, "Peace" se limita a desempenhar apenas a função investigativa. Por isso, os agentes de polícia são instruídos a manter suas mentes abertas durante o inquérito, sem presumir que determinado suspeito seja efetivamente o culpado pelo crime. Até por isso, prefere-se a terminologia "entrevista investigativa" no lugar da expressão "interrogatório".

Como resultado do direcionamento diferenciado da entrevista investigativa, em vez de guiar os depoimentos para a obtenção de confissões, o método "Peace" recomenda que os profissionais estejam engajados em conseguirem relatos por parte dos suspeitos e viabilizarem a conferência de autenticidade em cotejo com as demais provas obtidas ao longo da investigação.

Aqui, mais uma significativa diferença entre "Reid" e "Peace": enquanto, em "Reid", os policiais buscam a confissão para, a partir dela, conduzirem as investigações e concluírem o inquérito, em "Peace" as investigações são desenvolvidas antes da oitiva de entrevistado para, a partir dos elementos obtidos até então, serem efetivamente confrontados relatos e provas.

Efetivamente, existe ainda uma terceira proposta – além da consolidação do sistema garantista de sistema acusatório proposto por Ferrajoli e do método de entrevista investigativa revelado pelo método "Peace" – cujo potencial transformador incide diretamente sobre a prática dos interrogatórios policias no Brasil: o registro audiovisual.

De acordo com os estudos de Richard Leo[74], o registro audiovisual da integralidade do interrogatório cria um registro factual abrangente e passível de revisão que pode ser usado para resolver qualquer controvérsia posterior, especialmente sobre possíveis utilizações de métodos coercitivos de manipulação mental que contaminam os interrogandos.

A partir da gravação completa dos interrogatórios, a própria polícia também terá a possibilidade de se resguardar contra eventuais alegações de abuso de autoridade ou tortura, permitindo o desempenho das atividades investigativas com segurança. Além disso, confere maior dinamismo durante as perguntas, na medida em que a redução das declarações a termo torna-se prescindível, além de otimizar o tempo do ato.

74. LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy for Justice*: a report on scholarship and criminal justice reform, n. 6, 2017. p. 253.

Outra parte a ser beneficiada pela gravação das sessões de interrogatório é o Ministério Público, que poderá desempenhar com maior afinco sua função de fiscalização das condutas e práticas policiais. Igualmente, advogados e juízes que queiram assistir aos vídeos terão a oportunidade de verificar com exatidão o teor dos interrogatórios.

Um detalhe relevante ressaltado por Richard Leo é a sugestão, decorrente de diversas pesquisas empíricas, de que as gravações sejam realizadas com foco simultâneo no interrogando e nos policiais, a fim de que ambas as posturas sejam devidamente registradas e que os espectadores possam avaliar a voluntariedade e confiabilidade das declarações prestadas.

Há que se destacar, também, o baixo custo dessa solução, principalmente quando avaliada em comparação com seus benefícios, que se estendem a todas as partes envolvidas[75]. Para a gravação dos interrogatórios pela polícia, é necessária tão somente a utilização de uma filmadora digital com cartão de memória e um tripé.

Existem, portanto, diversas soluções concretas para o problema dos interrogatórios policiais no Brasil. Para tanto, é necessário o comprometimento, por parte de defensores, órgãos de investigação e persecução e judiciário, com a imediata e total ruptura com a mentalidade inquisitória e seus resquícios de autoritarismo.

Nenhuma mudança será efetiva ou eficaz, contudo, se conservada a tradição policialesca de girar em torno da confissão os demais elementos do inquérito, a prática acusatória de perseguir incessantemente a verdade real e a orientação jurisprudencial de renegar os (d)efeitos do inquérito policial na ação penal dele derivada.

Finalmente, é fundamental que as propostas de reforma sejam adotadas, mesmo que paliativamente, em sua integralidade, sob pena de que soluções pontuais – ainda que bem-intencionadas – percam-se no emaranhado de enunciados neoinquisitórios e façam da prática processual penal uma eterna colcha de retalhos[76].

75. LEO, Richard A. Police Interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy for Justice*: a report on scholarship and criminal justice reform, n. 6, 2017. p. 254.

76. Expressão utilizada por Chiovenda para definir reformas esparsas e pontuais que tentam corrigir problemas cujas concepções alcançam espectros superiores à sua capacidade de solução (CHIOVENDA, Giuseppe. *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*: relazione e testo annotato. Napoli: Jovene, 1920. p. 4).

7. Referências bibliográficas

ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. *Métodos e técnicas de investigação policial*. Belo Horizonte, 2004.

ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. *Técnicas de Interrogatório*. Belo Horizonte, 2012.

ACADEMIA DE POLÍCIA DE MATO GROSSO. *Ementa do Curso de Formação Técnico Profissional*. Cuiabá, 2016. Disponível em: [https://bit.ly/2Rgt3mw]. Acesso em: 07.01.2019.

ACADEMIA DE POLÍCIA CIVIL DE PERNAMBUCO. *Técnicas de entrevista e interrogatório policial*. João Pessoa, 2004. Disponível em: [https://bit.ly/2AyPeK2]. Acesso em: 07.01.2019.

BENFORADO, Adam. *Unfair*: the new science of criminal injustice. New York: Broadway Books, 2016.

BORGES, Jorge Luis. Pierre Menard, autor del Quijote. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé Editores, 2005. v. 4.

BORGES, Jorge Luis. Guayaquil. *O informe de Brodie*. Trad. Davi Arrigucci Jr. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

BORGES, Jorge Luis. História de Rosendo Juárez. *O informe de Brodie*. Trad. Davi Arrigucci Jr. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*: relazione e testo annotato. Napoli: Jovene, 1920.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. 1.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. 2.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 103-115, 2009.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DAMAŠKA, Mirjan R. *El derecho probatório a la deriva.* Madrid: Marcial Pons, 2015.

DIXON, David. Questioning suspects: A comparative perspective. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 26, n. 4, p. 426-440, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUDJONSSON, Gisli H. *The psychology of interrogations and confessions*: a handbook. Hoboken: John Wiley & Sons, 2003.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

INBAU, Fred E.; REID, John E.; BUCKLEY, Joseph P.; JAYNE, Brian C. Essentials of the Reid technique: criminal interrogation and confessions. Jones & Bartlett Publishers, 2013.

KHALED JR, Salah H. A ambição de verdade e a permanência do autoritarismo processual penal. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340-355, jan.-fev. 2015.

KING, Lesley; SNOOK, Brent. Peering inside a Canadian interrogation room: an examination of the Reid model of interrogation, influence tactics, and coercive strategies. *Criminal Justice and Behavior*, v. 36, n. 7, p. 674-694, 2009.

LEO, Richard A. Police interrogation and suspect confessions: social science, law and public policy. *Academy for Justice*: a report on scholarship and criminal justice reform, n. 6, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LYRA, Roberto. Novos meios de prova da autoria. *Revista de Identificação e Ciências Conexas*, v. 20, p. 193, 1954.

LYRA, Roberto. Presente, passado e future da prova penal. *Justitia*, São Paulo, v. 51, out.-dez. 1965.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. *Boletim IBRASPP*, ano 3, n. 4, p. 16--18, 2013. Disponível em: [https://goo.gl/Mh19gq]. Acesso em: 01.01.2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a Lava Jato?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122, p. 206-227, ago. 2016. Disponível em: [https://goo.gl/r4yHsS]. Acesso em: 05.01.2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SARKIS, Jamilla Monteiro. O arrependimento como pressuposto de validade da confissão: moralidade e penitência cristã na aplicação da pena. *Revista de Estudos Criminais*, v. 17, p. 123-138, 2018.

MEISSNER, Christian; REDLICH, Alisson D.; BHATT, Sujeeta; BRANDON, Susan. Interview and interrogation methods and their effects on investigative outcomes. *Campbell Systematic Reviews*, v. 8, n. 1, p. 4-52, 2012.

MEMON, Amina; MEISSNER, Christian A.; FRASER, Joanne. The cognitive interview: a meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 16, n. 4, p. 340-372, 2010. Disponível em: [https://goo.gl/LhZSnT]. Acesso em: 20.01.2018.

Misse, Michel (org.). *O inquérito policial no Brasil*: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink/Fenapef/Necvu, 2010.

OLIVEIRA, Wellington. Aplicando técnicas de entrevista e interrogatório na investigação: Método Reid. *Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul*. Disponível em: [www.pc.ms.gov.br/?page_id=344]. Acesso em: 07.01.2019.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas.

PINTO, Felipe Martins. A inquisição e o sistema inquisitório. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56, p. 189-206, 2010. Disponível em: [https://goo.gl/RgdFhv]. Acesso em: 20.01.2019.

POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manual operacional do policial civil*: doutrina, legislação e modelos. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002. Disponível em: [https://bit.ly/2QrBXbn]. Acesso em: 07.01.2019.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Faida M.; KASSIN, Saul M. Investigating true and false confessions within a novel experimental paradigm. *Psychological Science*, v. 16, n. 6, p. 481-486, 2005. Disponível em: [https://goo.gl/meqsJw]. Acesso em: 03.01.2019.

SCHÜNEMANN, Bernard. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHEAKSPEARE, William. *Hamlet*: drama em 05 actos. Tradução portuguesa. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1880.

THAMAN, Stephen C. Aspectos adversariales, acusatórios e inquisitivos en el proceso penal de los Estados Unidos. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense. v. IV, 1959.

VARGAS, Joana Domingues. Em busca da "verdade real": tortura e confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 237-265, 2012. Disponível em: [https://bit.ly/2R5Zm7q]. Acesso em: 01.01.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A verdade real não pode ser buscada a qualquer preço – análise de um dos maiores erros judiciários do país: o célebre caso dos irmãos Naves, de José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior – *RT* 951/287-305 (DTR\2014\20991); e
- Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso), de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 83/322-349 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 2/449-473 (DTR\2010\120).

O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito

The future of criminal law bargaining and the Democratic State of Law

Miguel Tedesco Wedy

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Decano da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogado.
wedymiguel2@gmail.com

Maria Eduarda Vier Klein

Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Membro da Rede de Pesquisa Estado e Constituição. Advogada.
mariaeduardaklein@hotmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão dos autores: 18.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: Busca-se tratar acerca do futuro do direito consensual criminal no ordenamento jurídico brasileiro, dando-se ênfase ao estudo do instituto da colaboração premiada. Inicialmente, aborda-se a ascensão do direito consensual criminal e se analisa o contraponto entre as sistemáticas da *commom law* e da *civil law*, bem como a possível influência do instituto da *plea bargaining* no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, caracteriza-se o instituto da colaboração premiada, analisando sua regulamentação e a legitimidade das autoridades para

Abstract: It seeks to deal with the future of consensual criminal law in the Brazilian legal system, with emphasis on the study of the institute of award-winning collaboration. Initially, it addresses the expansion of criminal consensual law and analyzes the counterpoint between the common law and civil law systems, as well as the possible influence of the plea bargaining institute in the Brazilian legal system. Subsequently, the institute of the prize-winning collaboration is characterized, analyzing its regulation and the legitimacy of the authorities to sign agreements

firmarem acordos de colaboração premiada, bem como os poderes do magistrado acerca do mérito do acordo. Em última análise, faz-se um paralelo entre a eficiência penal garantida pelos resultados obtidos através da implementação do referido instituto e entre as garantias processuais, que podem vir a acarretar uma tensão constitucional no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direito penal negocial – Colaboração premiada – Estado Democrático de Direito – Garantias processuais – Eficiência penal.

of prize collaboration, as well as the magistrate's powers on the merit of the agreement. Ultimately, there is a parallel between the criminal efficiency guaranteed by the results obtained through the implementation of this institute and among procedural guarantees, which may entail constitutional tension in the legal system of the country.

Keywords: Criminal law bargain – Plea bargaining – Democratic state of Law – Procedural guarantees – Criminal efficiency.

Sumário: 1. Noções introdutórias. 2. A ascensão do direito consensual criminal na sociedade contemporânea. 2.1. *Civil Law* x *Commom Law*: o instituto Plea Bargaining e possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. 2.2. A caracterização do instituto da Colaboração Premiada. 2.3. Evolução e regulamentação do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. 2.3.1. Requisitos e benefícios expressamente previstos na Lei 12.850/2013 acerca do instituto da Colaboração Premiada. 2.3.2. Regulamentação no âmbito do Ministério Público Federal. 2.3.3. Da legitimidade da Polícia Federal para firmar acordos de colaboração premiada. 3. Estado Democrático de Direito e a utilização da colaboração premiada. 4. Considerações finais . Referências

1. Noções introdutórias

O presente artigo versa sobre o futuro do direito consensual criminal no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase no estudo do instituto da colaboração premiada e seus desdobramentos na prática penal. Buscar-se-á demonstrar como se dá a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada no atual cenário jurídico brasileiro, bem como se busca com o presente estudo analisar se o contexto no qual está inserido o referido instituto, que é considerado um mecanismo célere e eficaz no combate ao crime organizado, consegue ter respaldo constitucional em sua aplicabilidade e ao mesmo tempo equilibrar conceitos de justiça e eficiência penal.

Em razão das transformações ocorridas na sociedade contemporânea se tornou necessária a criação de novos meios de obtenção de provas no âmbito do processo penal. No mesmo sentido, o aumento da criminalidade organizada fez surgir novas técnicas que possibilitam uma investigação mais célere e eficaz. Como suposta resposta a essa demanda, o direito penal negocial expande-se gradativamente no ordenamento jurídico brasileiro e cresce a utilização do instituto da colaboração premiada, objeto de estudo deste trabalho.

Embora o instituto da colaboração premiada esteja devidamente regulamentado na legislação brasileira, ainda restam dúvidas quanto a sua aplicabilidade na prática forense, especialmente sobre os poderes das autoridades envolvidas na negociação e na homologação do referido acordo. Dessa forma, o presente trabalho justifica-se na medida em que é necessário analisar as peculiaridades do instituto da colaboração premiada, seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro e os impactos de sua utilização no âmbito do Estado Democrático de Direito, fazendo-se um contraponto entre a eficiência penal gerada pela aplicabilidade do referido instituto e entre o respeito às garantias constitucionais inerentes ao sistema jurídico brasileiro.

Nesse contexto, a pesquisa tem como objetivo geral analisar o futuro do direito consensual criminal no âmbito do processo penal, buscando demonstrar o crescimento da colaboração premiada na esfera da justiça negocial, sua evolução histórica, sua regulamentação e analisar parte de sua aplicabilidade no contexto de aplicação do direito penal negocial brasileiro.

Para atingir esse desiderato, o artigo encontra-se dividido em três partes. A primeira trata sobre a ascensão do direito consensual criminal na sociedade contemporânea, uma vez que o desenvolvimento social traz consigo novos desafios a serem enfrentados pelo direito, fazendo com que o direito negocial surja como suposta resposta a essas novas demandas. Para entender a implementação do instituto da colaboração no ordenamento jurídico brasileiro, preliminarmente, será feito um contraponto entre as sistemáticas da *civil law* e da *commom law*, buscando-se abordar o instituto da *plea bargaining,* verificando seus reflexos na legislação brasileira e possíveis semelhanças com a colaboração premiada.

Posteriormente, será feita a caracterização do instituto da delação premiada, verificando sua regulamentação na legislação brasileira e no âmbito do Ministério Público Federal, abordando-se por fim, o recente entendimento firmado na ADI 5508, pelo Supremo Tribunal Federal que concedeu à Polícia Federal legitimidade para firmar acordos de delação premiada.

Por fim, a terceira parte fará um paralelo entre a eficiência penal que objetiva a obtenção de resultados rápidos e eficazes e as garantias fundamentais que são colocadas sob ameaça em certos pactos colaborativos, de modo a demonstrar se a aplicabilidade do referido instituto encontra respaldo constitucional.

No que se refere ao método de procedimento, neste artigo, o monográfico se apresentará satisfatório. Por fim, como técnica de pesquisa, a bibliográfica se mostrará adequada.

2. A ascensão do direito consensual criminal na sociedade contemporânea

As transformações ocorridas na sociedade contemporânea desafiam estruturas já consolidadas no âmbito do processo penal e, cada vez mais, é recorrente o surgimento de novas demandas jurídicas que exigem o amparo do direito penal. Desse modo, com o desenvolvimento da sociedade, o direito também precisa evoluir, acompanhando os fenômenos da globalização e da pós-modernidade, marcados pela rapidez das comunicações, pelo acelerado desenvolvimento tecnológico e pela influência da economia[1].

Em razão do fenômeno da globalização, as interações entre os indivíduos se intensificam e se tornam cada vez mais complexas, estimulando/potencializando um maior número de conflitos. Por sua vez, os avanços tecnológicos também propiciam o surgimento de diferentes comportamentos lesivos, que levam à prática de novos delitos[2]. Isso exige, cada vez mais, uma resposta inovadora do direito.

Desse modo, no mundo globalizado, inúmeras são as propostas de evolução e/ou transformação do processo penal em um instrumento mais eficaz, que busque a resolução dos novos conflitos. Nesse sentido, busca-se maior celeridade e simplificação procedimental, a fim de tornar o processo penal mais eficaz e menos moroso[3].

Como suposta resposta a essa demanda, surge como um modo de abreviação do caminho necessário para a imposição da sanção penal, a justiça negocial[4], no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, sendo necessária sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, em razão dos desafios enfrentados, atualmente, pelo processo penal. Há, portanto, a necessidade de que o processo se adapte ante um ambiente social mais complexo, no entanto, sem deixar de preservar o núcleo de valores essenciais para a concretização de suas finalidades[5].

---

1. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. *Belo* Horizonte: Del Rey, 2013. p. 18.
2. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 23.
3. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 25.
4. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: anál*ise das tendências expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 23.
5. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 17.

A emergência da justiça consensual em diversos ordenamentos jurídicos pertencentes ao sistema do *civil law*, como o caso brasileiro, é um fenômeno recente, característico da segunda metade do século XX[6]. No entanto, em países regidos pelo sistema da *commom law*, o qual se utiliza do método indutivo para solução de conflitos[7], ou seja, onde os casos são resolvidos a partir da jurisprudência e/ou precedente estabelecido para situações semelhantes, a prática do consenso já é comum há mais tempo e, portanto, encontra-se mais consolidada.

Importante salientar que no sistema do *commom law* o que há é a liberdade de negociação entre a acusação e a defesa, trazendo maior possibilidade de barganha sobre o conteúdo dos acordos firmados. Por outro lado, nos ordenamentos jurídicos regidos pela sistemática do *civil law*, apesar de haver a possibilidade de acordos entre ambas as partes, tal pactuação segue restrições legais mais rigorosas, em vista do processo adaptativo do consenso nas legislações nacionais[8].

Dessa forma, sob a influência de diversos países que utilizam a justiça consensual como principal modo de resolução de conflitos, o Brasil passou a adotar alternativas ao princípio da obrigatoriedade penal, o que tem resultado na não obrigatoriedade, como outrora, da proposição da ação penal[9]. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se desses meios de consenso com o objetivo de alcançar maior celeridade processual, configurando-se como meio alternativo para a resolução de conflitos.

Segundo Vinicius Gomes de Vasconcellos[10], o marco inicial da justiça consensual brasileira na esfera penal é a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95[11]), que foi criada para tratar de crimes com menor potencial lesivo e

6. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 30.
7. BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24.
8. LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 33.
9. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada:* negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 137.
10. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 97.
11. BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm]. Acesso em: 05.10.2018.

trouxe consigo os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Todos esses institutos em comum possuem como ponto principal a renúncia à possibilidade de defesa, característica inerente à justiça negocial.

Assim, somado ao crescimento dos espaços de oportunidade no processo penal, já mencionados, é que surge no ordenamento jurídico pátrio a ascensão do instituto da colaboração premiada, que é uma possibilidade de consenso no denominado direito penal premial. O crescimento do referido instituto se dá no intuito de promoção de maior profundidade e celeridade as investigações criminais, sobretudo, no tocante às que investigam organizações criminosas e a criminalidade econômica.

2.1. Civil Law *x* Commom Law: *o instituto Plea Bargaining e possíveis reflexos no ordenamento jurídico brasileiro*

Para que se possa entender as possíveis influências da sistemática da *commom law* no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo do instituto *plea bargaining*, faz-se necessário, preliminarmente, estabelecer uma diferenciação entre o referido sistema e a sistemática adotada pela *civil law*, a qual rege o ordenamento jurídico pátrio.

A sistemática da *commom law*, tendo como pressuposto de análise o direito norte-americano, é caracterizada por ser um instituto pragmático[12], que tem por base a celeridade procedimental, calcada na eficácia e na economia processual, de modo que atribui às partes litigantes um forte poder de disposição de direitos, de garantias e de coleta de provas[13].

Ao analisar o direito norte-americano pautado pelo sistema da *commom law*, tem-se que a jurisprudência formada pelos tribunais é conhecida como *case law*. Nesse sentido, existe um critério hierárquico de formação da vinculação entre os tribunais, ao passo que os tribunais inferiores proferem suas decisões com base na jurisprudência dos tribunais superiores, fato que gera o chamado "precedente judicial"[14]. Importante salientar que a política de precedentes não dispensa o caráter

12. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 32.

13. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 76.

14. TASSINARI. Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 74.

interpretativo do magistrado, ou seja, não dispensa a análise de determinado julgado, a fim de verificar se ele deve ser aplicado ao caso concreto[15].

Por sua vez, o sistema ao qual está inserido o *civil law* é conhecido pelo seu dogmatismo[16], ou seja, enquanto o sistema da *commom law* é baseado na adoção de precedentes, o ordenamento jurídico brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, tem a lei como fonte primordial[17]. Desse modo, enquanto na sistemática da *civil law* se faz necessário respeitar todos os comandos legislativos, na sistemática da *commom law* há uma grande flexibilidade do Ministério Público na condução do processo, a partir da utilização de institutos como o *plea bargaining*[18].

O instituto da *plea bargaining* é considerado pela existência de pleno acordo entre acusação e defesa, com o intuito de abreviação do procedimento ou, até mesmo, da possível redução de pena que seria imposta ao acusado no caso de oferecimento da ação penal pela Promotoria[19].

Nos Estados Unidos, o crescimento do instituto da *plea bargaining* se deu, principalmente, pelo crescimento populacional, uma vez que o aumento exponencial da demografia necessitou de um sistema jurídico que fosse capaz de acompanhar a expansão do país, logo, a expansão da criminalidade[20].

Esse sistema é dividido em três modalidades: *sentence bargaining*, *charge bargaing* e uma modalidade mista. Em resumo, nessas modalidades o que se tem é um modo de negociação entre defesa e acusação, em que, de um lado, há a prestação de informações úteis para o processo e, de outro, uma recompensa, que, inclusive, pode ser a desistência de apresentação da acusação, ficando a cargo do Ministério Público decidir qual será a benesse concedida ao acusado[21].

---

15. TASSINARI. Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 75.
16. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 32-33.
17. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 77-78.
18. No presente artigo, a abordagem da sistemática *commom law* será baseada, sobretudo, no estudo da experiência norte-americana.
19. COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada*: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. p. 49.
20. FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph*: a history of plea barganing in America. Standford: University Press, 2003. p. 63.
21. PALOMO, Gabriel Henrique Custódio Dias; HARO, Guilherme Pradro Bohac de. Estudo da delação premiada em comparação ao *plea bargaining*. *Anais do Encontro Toledo de*

Ao desmembrar essas três modalidades que compõem o *plea bargaining*, Walter Fanganiello Maierovitch[22] especifica:

> "Na *charge bargaining* o arguido declara-se culpado e o Ministério Público (prosecutor) muda a acusação. Substitui o delito original por outro de menor gravidade.
>
> Na *sentence bargaining*, sempre depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusador postula a aplicação de uma sanção mais branda. Quanto participa o juiz, promete-se a aplicação de determinada pena ou, dentre várias, uma delas, a ser anunciada na fase procedimento reservada à *sentencing*.
>
> A terceira forma, mista, combina benefícios das duas anteriores, ou seja, a *charge* e da *sentence bargaining*".

Nessa sistemática, há a disponibilidade do processo penal pelas partes, pois as negociações feitas podem ocorrer pela declaração de culpa do acusado (*guilty plea*, mote do *plea bargaining*) ou pela declaração de que não haverá a contestação pela acusação (*nolo contendere*)[23]. Desse modo, a maioria (mais de 90%[24]) dos casos é resolvida antes de ir a julgamento.

Embora haja discricionariedade da promotoria no tocante à condução das investigações e ao exercício da ação penal[25], para que sejam mantidos os direitos processuais do autor do fato, o juiz precisa observar alguns elementos, tais como se o acusado não está sob qualquer influência que vicie sua vontade ou, por exemplo, se o acusado compreende a acusação que lhe está sendo feita e se compreende as possíveis consequências de sua aceitação[26].

Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé, Presidente Prudente, v. 11, n. 11, 2015. p. 1-16. Disponível em: [intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4999/4855]. Acesso em: 05.10.2018. p.16.

22. MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello Apontamentos sobre política criminal e o "Plea Bargaining". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 112, out.-dez. 1991. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175928/000461964.pdf? sequence=1]. Acesso em: 20.09.2018. p. 205.
23. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada:* negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 65.
24. UNITED STATES. Dep't of Justice. Bureau of Justice Statistics. *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*. Alebamy, Table 05.22.2009. Disponível em: [www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222009.pdf]. Acesso em: 19.10.2018.
25. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 37.
26. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 68.

Por sua vez, no atual sistema brasileiro, embora haja a influência da sistemática norte-americana, como a existência de mecanismos como os previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, conforme já exposto, a regra é a obrigatoriedade da ação penal, isso porque essa inspiração não significa consentir com qualquer possibilidade de acordo entre Ministério Público e acusado[27].

Em verdade, o que possibilita a pactuação de acordos entre acusação e defesa, no sistema norte-americano, é a ampla discricionariedade do acusador e as delimitações do *due process of law.*[28] Dessa forma, o indivíduo pode se declarar culpado e abrir mão de seus direitos fundamentais, trazendo maior celeridade ao procedimento, que resta atalhado com a confissão do acusado.

No sistema da *commom law*, a possibilidade de a acusação conduzir inicialmente o feito, decidindo se vai ou não oferecer a ação penal, e, caso ofereça, de decidir qual crime será tipificado, estimula as confissões e aumenta os casos de negociação entre acusação e defesa[29]. Fato que não pode ser visto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista, que é vedada a prática de qualquer "mercancia" dos direitos fundamentais do acusado.

Conforme já referido, em que pese se tratar de ordenamentos jurídicos diferentes, ainda assim, é evidente à influência norte-americana, sobretudo da sistemática da *commom law*, no atual cenário brasileiro, em razão dos espaços de consenso estarem ganhando cada vez maior notoriedade.

Sendo a colaboração premiada uma prática oriunda do sistema da *commom law*, que sofre reflexos do instituto da *plea bargaining*, sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro pode ensejar uma modificação na compreensão da *civil law*, ao passo que modifica a compreensão das próprias figuras processuais, com a ampliação da participação e do poder de negociação das partes e a assunção de uma passividade do juízo[30].

Esse fato acabará por impor uma mudança de modelo mental das figuras atuantes no processo, de modo a reconhecer a plena autonomia e capacidade das partes

27. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45.

28. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 60.

29. COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada*: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. p. 48.

30. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 77.

no âmbito negocial e, possivelmente, a limitação dos poderes judiciais apenas para a verificação do cumprimento dos aspectos formais dos acordos estabelecidos.

Nesse sentido, se torna cada vez mais relevante o estudo do tema, em razão da necessidade de preenchimento de possíveis insuficiências legislativas, conforme será demonstrado no decorrer do presente artigo.

2.2. A caracterização do instituto da Colaboração Premiada

Pode-se considerar a colaboração premiada, também chamada de delação premiada, como uma técnica especial de investigação criminal ou meio de obtenção de prova, em que se parte da premissa que de um lado há um colaborador suscetível de responsabilização criminal fundada no delito por si delatado e de outro o oferecimento de um benefício penal ofertado pelo Ministério Público, caso o colaborador auxilie na investigação[31]. Esse tipo de colaboração tem sido utilizado, principalmente, quando se trata de investigações que envolvam organizações criminosas e crimes relacionados à ordem econômica, como por exemplo, em operações que envolvam a investigação dos delitos de lavagem de dinheiro e corrupção.

Ao conceituar o instituto, Frederico Valdez Pereira[32] pondera que:

> "A colaboração premiada é uma técnica de investigação e meio de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados; inserida no ordenamento jurídico como mecanismo de justiça consensual, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior de atividades criminosas a partir da ampla confissão e de revelações do colaborador, sendo que a atitude cooperativa advém da expectativa de prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da relevância da informação voluntariamente prestada".

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho e Nunes Brandão[33] conceituam o instituto como:

---

31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 127.483/PR*. Tribunal Pleno. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros. Relator Min. Dias Toffoli. Brasília, 28.08.2015. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666]. Acesso em: 02.10.2018;
32. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 193.
33. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a

> "A colaboração premiada é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais ou processuais penais".

Atualmente, o instituto da colaboração premiada é considerado um instrumento funcional, ao passo que se destina, habitualmente, para elucidar crimes mais complexos, não podendo ser utilizado como um meio de obtenção de prova de qualquer delito, de modo que, sua adoção se dá apenas em situações excepcionais e em crimes especiais.

É relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal, além de ter considerado a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, a considerou um negócio jurídico de natureza personalíssima, pois além de natureza processual, por ter grande influência da justiça negocial, o instituto também tem aplicabilidade no direito material. Assim, o instituto da colaboração premiada é mecanismo *complexo* e *poliforme*, de natureza tanto penal quanto processual[34], ou seja, enquanto o instituto é meio de obtenção de provas no processo penal, o acordo realizado entre as partes se constitui em negócio jurídico processual.

Em razão dessa constante utilização, faz-se necessário observar seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se analisar se a legislação atual que regulamenta a colaboração premiada se mostra suficiente para enfrentar os embates apresentados pelo direito contemporâneo, bem como se a mesma é exaustiva em relação ao seu conteúdo, devendo ser analisado dessa forma se do modo como está sendo aplicada hoje no cenário brasileiro a colaboração premiada consegue ser um instituto que revela segurança jurídica a todas as partes que celebram o pacto.

2.3. Evolução e regulamentação do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro

Além de se fazer presente, de diversos modos, na legislação brasileira, o direito premial também encontra previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, fato que estimula a adesão ao instituto da colaboração premiada. São exemplos desses tratados, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime

operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 146, n. 4000, 2016. p. 23.

34. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 193.

Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), promulgada pelo Decreto 5.015/2014, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), promulgada pelo Decreto 5.687/2006.[35]

Diante de todas essas previsões legais, o instituto evoluiu e ganhou manifestação expressa na Lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas, sendo regulamentada a prática da colaboração premiada no capítulo que trata da investigação e dos meios de obtenção de prova, nos artigos 4º até o 7º.

Essa inserção do instituto da colaboração premiada na Lei das Organizações Criminosas fez com que fosse necessário o estudo de seus reflexos no processo penal brasileiro, pois, apesar de trazer celeridade aos procedimentos investigativos, existem algumas insuficiências legislativas capazes de fragilizar a sua aplicação e de trazer insegurança jurídica para as partes envolvidas no acordo pactuado.

Embora não se tenha a pretensão de exaurir todas as lacunas presentes na Lei 12.850/13, tampouco de demonstrar todas as fragilidades na aplicação do referido instituto, buscar-se-á analisar alguns pontos da Lei das Organizações Criminosas, dos acordos firmados no âmbito de operações que envolvam criminalidade organizada e algumas disposições legais sob a ótica das garantias processuais penais e constitucionais, de modo que se possa verificar alguns pontos relevantes na análise prática da aplicação do instituto.

2.3.1. Requisitos e benefícios expressamente previstos na Lei 12.850/2013 acerca do instituto da Colaboração Premiada

Ao analisar a Lei das Organizações Criminosas, é possível identificar alguns requisitos para que possa ser firmado um acordo de colaboração premiada. O primeiro requisito, disposto no artigo 4º, *caput,* é a necessidade do acordo pactuado entre as partes seja voluntário e efetivo. Ainda, outra exigência legal, disposta no artigo 4º, § 7º, é a de que todos os acordos que forem firmados, necessitam ser escritos, sendo este um requisito imprescindível para que haja a homologação judicial do acordo firmado.

Cumpridos tais requisitos, as autoridades têm o dever legal de cientificar o colaborador que o mesmo ao aceitar realizar a colaboração irá renunciar o seu direito constitucional ao silêncio e terá o compromisso legal de falar a verdade, bem

35. SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 155.

como que as informações prestadas deverão ser completas e úteis para as autoridades, para que sejam concedidos os benefícios firmados no acordo pactuado.

Diante da possibilidade de oferecimento de tais benefícios, o Ministério Público terá que observar algumas disposições legais antes de decidir qual será a benesse ofertada. Isso porque tudo irá depender de quem é o colaborador e qual momento processual se encontra seu procedimento.

Desse modo, se ainda não houver o oferecimento da denúncia pela acusação, poderá o Ministério Público oferecer a benesse de suspensão de prazo para oferecimento da ação penal. Esse prazo poderá ser suspenso pelo período de seis meses, podendo ser prorrogado por mais seis meses, sendo que, neste interregno, ficará suspenso também o prazo prescricional, conforme disposto no artigo 4º, § 3º, da referida legislação.

Em contrapartida, se a colaboração foi realizada somente após o trânsito em julgado da sentença criminal, os benefícios legais serão outros, ao passo que o Ministério Público poderá oferecer ao colaborador a possibilidade de redução de pena em até 1/2 e ainda, dependendo do caso concreto, a progressão de regime prisional.

Ademais, ainda há a previsão de outros benefícios dispostos na lei, como por exemplo, conforme pontua, Cibele Benevides da Fonseca[36] até mesmo a imunidade plena poderá ser oferecida ao colaborador: "A nova lei de combate ao crime organizado prevê a possibilidade de concessão de inúmeros benefícios, desde o cumprimento de pena em regime mais benéfico até a imunidade plena".

No entanto, para que seja concedida a imunidade plena ao colaborador, conforme disposto no artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013 é necessário que ele não seja um dos líderes da organização criminosa e ainda, que sua colaboração judicial seja a primeira do grupo criminoso. Nesses casos, em que é oferecida a referida imunidade, poderá o Ministério Público deixar de dar início a ação penal, ou seja, não irá oferecer a denúncia.

Ainda, além dos requisitos e benefícios dispostos na Lei das Organizações Criminosas, há também a previsão de alguns resultados, os quais se espera que ocorram com a assinatura do termo de colaboração, como, por exemplo, identificação dos demais coautores da organização criminosa, bem como das investigações por eles praticadas, a divisão de tarefas entre os integrantes da organização criminosa e até mesmo a recuperação do produto do crime ou do proveito das infrações praticadas pela organização criminosa.

36. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 172.

Além de tais disposições legais presentes na Lei 12.850/2013, o Ministério Público Federal criou um manual técnico, a fim de especificar algumas disposições acerca do instituto da colaboração premiada, conforme será analisado a seguir.

2.3.2. Regulamentação no âmbito do Ministério Público Federal

O instituto da colaboração premiada, embora expressamente previsto na Lei 12.850/13, conforme já referido, ainda é fonte de muita discussão e dúvidas acerca de sua aplicação, de modo que o Ministério Público Federal firmou orientação consolidada pelas Câmaras Criminal (2CCR) e de Combate à Corrupção (5CCR) acerca da matéria.

Essa orientação, chamada de "Manual de Colaboração Premiada", trata-se de um guia técnico procedimental para auxiliar o Ministério Público na aplicabilidade do referido instituto. Ao conceituar a colaboração premiada, o Manual[37] dispõe:

> "É um meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa a amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas".

De acordo com o exposto no Manual, no que diz respeito aos direitos do colaborador, algumas premissas devem ser esclarecidas antes da pactuação do acordo de colaboração, tais como a renúncia feita pelo colaborador do direito ao silêncio e os benefícios presentes na lei que poderão ser concedidos ao acusado.

Nesse sentido, pontua Cibele Benevides Guedes da Fonseca[38]:

> "Nos acordos o réu renuncia, como já dito em cláusula própria, à garantia contra a autoincriminação e o direito ao silêncio, sem jamais abrir mão da assistência de advogado, cuja aceitação do acordo em conjunto com seu cliente, inclusive, é prevista no termo como requisito de validade da avença".

37. BRASIL. Ministério Público Federal. *Manual*: colaboração premiada. Brasília, DF, 20.01.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da- atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf]. Acesso em: 19.08.2018.

38. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 174.

Além disso, segundo dispõe o Manual[39], deve ser elucidado ao colaborador, o fato de que as informações prestadas devem ser completas, verdadeiras e úteis, caso contrário, ele não terá direito ao benefício oferecido pela autoridade. Isso porque, somente uma confissão eficaz e verdadeira poderá trazer alguma benesse ao acusado, do contrário, será somente concedida a atenuante da confissão, conforme previsto no artigo 65, inciso III, alínea *d* do Código Penal.

O colaborador, segundo consta tanto na legislação quanto no Manual, será acompanhado em todos os atos durante o procedimento da colaboração, por seu defensor constituído. Sendo que até o recebimento da denúncia, apenas poderão ter acesso aos autos da delação, a autoridade policial, o Ministério Público, o juiz, o colaborador e seu advogado, o qual deverá segundo consta no Manual ter procuração especifica para acesso ao procedimento de colaboração premiada, devendo sempre que quiser ter acesso pedir autorização judicial, não incluindo, o acesso a diligencias que tiverem em andamento.

Ademais, outro ponto suscitado pelo Manual, que é importante destacar, é a vedação de qualquer promessa ao colaborador antes do mesmo firmar o acordo de colaboração premiada, como, por exemplo, o *quantum* de pena que será aplicado, tendo em vista que o acordo deve ser feito de maneira voluntária e não baseado em uma promessa.

Posteriormente à assinatura do acordo pelas partes, caberá ao juiz a função de homologá-lo. Ao realizar a homologação, somente vai fazer a verificação se o acordo foi celebrado segundo as formalidades legais, não podendo fazer nenhum juízo de valor em relação a extensão e eficácia da colaboração. Nesse sentido, dispõe o Manual técnico do Ministério Público sobre quando não deve ser homologado o acordo pelo magistrado[40]:

> "Importante ressaltar que não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula

39. BRASIL. Ministério Público Federal. *Manual*: colaboração premiada. Brasília, DF, 20.01.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da- atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf]. Acesso em: 19.08.2018.

40. BRASIL. Ministério Público Federal. *Manual*: colaboração premiada. Brasília, DF, 20.01.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da- atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf]. Acesso em: 19.08.2018.

> fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena".

E aqui é que se verifica a fragilidade do manual elaborado pelo Ministério Público, que procura trazer mais garantias ao MP e menos segurança ao colaborador. Ora, só haverá segurança jurídica ao colaborador se ele tiver a garantia de que o pactuado será respeitado. Como pactuar algo com o MP se o juiz pode destruir o pacto, descumprindo o quantum de pena a ser aplicado ou até a não aplicação de pena? Essa previsão revela a ausência de mudança do modelo mental por parte do MP, que quer estabelecer um modelo negocial, porém não parece querer que o mérito do pacto estabelecido, como os benefícios ao colaborador, tenha garantias contra predadores, como o Judiciário ou outras esferas (Ministérios Públicos de Contas, CADE, Receita Federal etc.). Se se quer estabelecer um direito penal negocial, que se o faça por inteiro, de modo que o pactuado de forma voluntária por um colaborar capaz, acompanhado por um advogado, seja devidamente respeitado.

O mesmo ocorrerá nos casos de que as provas trazidas pelo colaborador foram usadas em outras esferas. Ora, é plenamente aceitável que elas sejam usadas em outras esferas, exceto contra o colaborador, caso haja uma cláusula de proteção nesse sentido. Não haveria sentido algum trazer elementos na esfera penal que depois serão utilizados em outras esferas, com novos sancionamentos contra o colaborador, que ficaria desprotegido. Isso seria a destruição da eficácia do instituto da colaboração. Desse modo, em nosso entender, se o juiz não aplicar os benefícios acordados com o MP, em toda a sua extensão, o acordo deverá cair por terra, por sua ineficácia em relação ao colaborador. Aliás, essa é uma causa que deveria constar claramente para o rompimento do acordo e invalidação dos elementos de prova trazidos.

Desse modo, apesar de o magistrado participar em alguns momentos do procedimento de colaboração premiada, ainda assim não é considerado parte no processo, devendo agir com imparcialidade, não podendo participar efetivamente das negociações entre o colaborador e a autoridade competente, devendo-se ater aos aspectos formais da homologação. Agir de outro modo seria fragilizar o instituto. Por certo que isso opera, sem dúvida alguma, uma mudança de modelo mental, pois entrega nas mãos das partes a solução do problema mental. Porém, se não for assim, o que haverá será um desequilíbrio muito grande do instituto, com riscos imensos aos colaboradores.

Por fim, importante salientar que, em que pese o Ministério Público ter criado consolidação acerca do instituto em seu âmbito institucional, não se trata

do único órgão legitimado a firmar acordos de colaboração premiada. Isso pois, após recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme será visto a seguir, as autoridades policiais também figuram como parte legítima para pactuarem acordos de delação premiada.

2.3.3. Da legitimidade da Polícia Federal para firmar acordos de colaboração premiada

Diante do disposto no artigo 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13, a autoridade legítima para firmar acordo de colaboração premiada é tanto o Ministério Público quanto o Delegado de Polícia. Contudo, muitas foram as controvérsias acerca desse dispositivo, cuja constitucionalidade foi objeto de apreciação pela Suprema Corte Brasileira.

De um lado, a Procuradora-Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508 em face dos §§ 2º e 6º do artigo 4º da Lei 12.850/13, defendendo que as autoridades policiais não possuíam legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada. Por outro lado, as autoridades policiais defendiam sua participação legítima na pactuação dos acordos de colaboração premiada. Passa-se assim, à análise da referida ação[41].

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se no sentido de que a titularidade da ação penal[42] seria somente do órgão acusatório. De modo que as autoridades policiais não teriam legitimidade para firmar acordos de delação e, caso viessem a firmá-los, se estaria diante de expressa violação ao sistema acusatório e ao princípio da moralidade.

Para tanto, suscitavam a violação dos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), 37 (moralidade administrativa), 129, inciso I (titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório) e § 2º, primeira parte (exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público), e 144, §§ 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), todos da Constituição Federal.

41. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508. Decisão* Monocrática. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 04.12.2017. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000392809&base=baseMonocraticas]. Acesso em: 03.10.2018.

42. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508*. Decisão Monocrática. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 04.12.2017. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000392809&base=baseMonocraticas]. Acesso em: 03.10.2018.

Outro ponto suscitado na propositura da referida ação foi a violação aos princípios da segurança jurídica, da moralidade e da confiança. Isso porque, segundo entendimento da Procuradoria-Geral da República, no caso de recusa do juiz à homologação do acordo, somente o Ministério Público teria legitimidade constitucional para recorrer de tal decisão. Nesse sentido, a falta de legitimidade da autoridade policial deixaria o colaborador desprotegido e traria insegurança jurídica a todos os envolvidos no acordo de colaboração premiada.

Dessarte, a Procuradoria-Geral da República buscou, liminarmente, a suspensão da eficácia dos trechos dos dispositivos citados, e, no mérito, requereu a declaração de inconstitucionalidade da legitimidade da autoridade policial para celebrar acordos de colaboração premiada. Por fim, postulou que fosse dada aos preceitos interpretação conforme à Constituição Federal, a fim de assentar-se a indispensabilidade da presença do Ministério Público em todas as fases da elaboração do acordo, com caráter obrigatório e vinculante.

No mesmo sentido, Frederico Valdez Pereira[43]defende que a legitimidade para a pactuação de acordos de colaboração premiada é prerrogativa exclusiva do titular constitucional da ação penal, no caso, o Ministério Público. Segundo o autor:

> "A Lei 12.850/13 não deixa dúvida de que, após o início da ação penal, cabe ao Ministério Público a legitimação para oferecimento da proposta de acordo. Por outro lado, tratando-se de acordo de colaboração encaminhado na fase pré-processual, os §§ 2º e 6º do art. 4º parecem indicar que tal legitimidade seria também do delegado de polícia, que poderia, na redação da norma, negociar a formalização do acordo com o investigado e até mesmo representar pela concessão de perdão judicial ao colaborador.
>
> Acaso se pretenda a manutenção dos referidos dispositivos, é necessário interpretá-los conjuntamente com o caput do art. 4º, que é expresso em atribuir às partes, logo ao Ministério Público e acusado, a capacidade de postular a concretização da colaboração premiada. Sem essa interpretação, ter-se-ia que assentir com parte da doutrina no sentido que tais normas são inconstitucionais, uma vez que a titularidade exclusiva da ação penal é do MP, conforme art. 129, I da CF, de modo que apenas ele, em acerto com o investigado e seu defensor, poderia dispor total ou parcialmente da persecução penal".

43. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 131.

Em ampla discussão, grande parte da doutrina corroborou a tese de que as autoridades polícias não teriam legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada. Tal entendimento tinha por fundamento o fato de que, sendo o Ministério Público o único agente público com legitimidade para propor uma ação penal, seria ele também o único com poderes para dispor da ação penal e para negociar em nome do Estado.

Por sua vez, as autoridades policiais defendiam a legitimidade do Delegado de Polícia como parte competente a firmar acordos de colaboração premiada, com base na Lei 12.850/13. Bem como entendiam que deveria haver igualdade entre todas as instituições, inclusive manifestando-se a Advocacia-Geral da União, que não caberia centralizar somente no Ministério Público a persecução criminal.

Diante das discussões e da dúvida em relação a constitucionalidade ou não dos acordos firmados pela Polícia Federal, o Supremo Tribunal Federal, manifestou- se pela improcedência da ação proposta pela Procuradoria-Geral, a fim de legitimar as autoridades policiais a firmarem acordos de colaboração premiada. Na ação proposta, figuraram como terceiros interessados, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), a Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal (FENADEPOL) e a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF).

O relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508[44], Ministro Marco Aurélio Mello, decidiu pela improcedência da ação, que foi julgada no dia 20 de junho de 2018, pois entendeu que o Delegado de polícia é o agente público que mantém contato direto com os fatos, sendo responsável pela apuração da materialidade, da autoria e das circunstâncias delituosas. O Ministro ainda ponderou sobre a necessidade de que seja assegurado o equilíbrio entre os órgãos públicos, sendo prejudicial ao bom funcionamento do Estado a concentração de poder em somente um órgão. Desse modo, decidiu que a colaboração premiada vincula a autoridade competente conforme o momento de sua realização, ou seja, durante as investigações criminais será de competência das autoridades policiais, com supervisão de um membro do Ministério Público; porém, depois de instaurada a ação penal, essa passa a ser de competência exclusiva da acusação.

No mesmo sentido do Ministro Relator se manifestaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia, aduzindo não ferir a atribuição constitucional conferida ao Ministério Público como titular da

44. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508. *Notícias STF*, Brasília, 20.06.2018. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031. Acesso em: 03.10.2018.

ação penal, o fato de conferir legitimidade as autoridades policiais para firmarem acordos de colaboração premiada.

Ademais, os Ministros Alexandre Moraes e Roberto Barroso só modificaram seus votos, que anteriormente eram no sentido de concordar em parte com o Relator, após manifestação expressa do Ministro Relator Marco Aurélio, no sentido de que não seria ferida a legitimidade do Ministério Público, bem como não haveria interferência policial em atribuições que são exclusivas da acusação, votando assim, integralmente de acordo com o voto proferido pelo Relator.

Já os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux divergiram de maneira parcial do voto proferido pelo Relator. Isso porque defendem a ideia de que mesmo havendo a possibilidade de as autoridades policiais serem legítimas na pactuação dos acordos de colaboração premiada, ainda assim, se faz necessário que a manifestação do Ministério Público seja definitiva e vinculante.

Outro Ministro, que divergiu parcialmente do voto do relator, no entanto, divergiu também dos votos dos Ministros acima referidos, foi o Ministro Dias Toffoli, que, apesar de entender que o delegado de polícia tenha direito a firmar acordos de colaboração premiada, entende que a manifestação do Ministério Público, não seria dotada de caráter vinculante.

Por fim, restou decidido que os §§ 2º e 6º do artigo 4º da Lei 12.850/2013 são constitucionais. Conforme manifestou o Relator Ministro Marco Aurélio em seu voto[45], a análise da questão se deu baseada na eficiência do mecanismo:

> "A supremacia do interesse público conduz a que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer 'queda de braço', como a examinada".

De tal modo, ficou consolidado que as autoridades policiais podem firmar acordos de colaboração premiada, sendo dispensada a manifestação obrigatória e vinculativa do Ministério Público em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada. Assim, há a concentração dos papéis de persecução criminal em ambas as autoridades, não havendo mais a centralização desse poder somente com o Ministério Público.

45. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508. *Notícias STF*, Brasília, 20 jun. 2018. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp? idConteudo=382031. Acesso em: 03.10.2018.

Se do ponto de vista da normatividade andou muito bem o Supremo Tribunal Federal, pois deu reconhecimento ao que está expressamente previsto em lei, por outro lado nos parece que poderá trazer mais insegurança jurídica ao instituto, tendo em vista que haverá o risco de que tais acordos sejam desrespeitados pelas autoridades judiciais, sob o argumento de que o titular da ação penal não será capaz de intervir no acordo, o que trará instabilidade jurídica aos acordos. No mínimo, o que se deveria exigir seria a chancela do Ministério Público ao acordo firmado entre a autoridade policial e o colaborador, sob pena de fragilização do instituto.

Mais uma vez se observa que o Poder Judiciário trabalha com o instituto com um modelo mental que não é adequado, pois não aduz o essencial, isto é, que o acordo, uma vez firmado e chancelado pelo MP, haveria de ser integralmente respeitado pela autoridade judicial, que haveria apenas de atentar para o cumprimento dos aspectos formais, como a voluntariedade e a existência de assistência efetiva de defensor do colaborador na construção do acordo.

3. Estado Democrático de Direito e a utilização da colaboração premiada

Partindo-se do pressuposto de que o instituto da colaboração premiada foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por influência do sistema norte-americano, entende-se que, no Brasil, por força das garantias constitucionalmente previstas, algumas problemáticas do instituto não podem ser resolvidas da maneira como seriam resolvidas no sistema da *commom law,* o que é um problema. Assim, ou se deve trabalhar em uma sistematização bem mais detalhada do instituto, que defina claramente e aumente o rol dos benefícios previstos, bem como determine a abrangência do instituto para outras esferas, além de impor o respeito aos pactos estabelecidos, ou então se há de partir para uma mais completa "americanização" do instituto, de modo que haja uma plena liberdade de pactuar entre as partes, sem amarras de qualquer espécie, com o respeito integral acerca do pactuado por parte das autoridades, ainda que frágeis ou demasiados os benefícios do colaborador, desde que firmados de forma voluntária, por partes capazes, com o colaborador devidamente assistido e defendido por advogado em relação aos seus interesses.

Faz-se necessário pontuar que o instituto da colaboração premiada trouxe um paradigma positivo no combate à criminalidade, sobretudo nos crimes de "colarinho branco", sendo um instituto que tem condições de permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando apenas de adequada regulamentação, a fim de que seja sanada toda e qualquer lacuna, buscando-se o equilíbrio entre eficiência penal e garantias processuais.

Em relação a essa adequada regulamentação, posicionam-se José Joaquim Gomes Canotilho e Nunes Brandão[46]:

> "Uma eventual admissibilidade constitucional de princípio da institucionalização legal da colaboração premiada, como aquela que tem vindo a ser sufragada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, não pode desconsiderar os perigos constitucionais que lhe vão necessariamente colados à pele. [...] E deverão ser sujeitas a este rigoroso crivo de constitucionalidade não apenas as normas legais quando tomadas pelo seu valor facial, isto é, quando "lidas" ao pé da letra, mas também as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração premiada sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais".

Por isso considera-se relevante estudar as fragilidades do instituto, a fim de alcançar uma regulamentação mais robusta, de modo a garantir aos envolvidos maior segurança jurídica e maior respaldo legal e constitucional.

O embate entre a eficiência penal e as garantias fundamentais no contexto da aplicabilidade do instituto da colaboração premiada se dá, sobretudo, em razão da necessidade de se questionar se o acolhimento da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de reforço das finalidades eficientistas do sistema penal pode ser compatibilizado integralmente com princípios e garantias constitucionais inerentes a esse ordenamento.

Assim, para um melhor desempenho da aplicação da colaboração premiada, seria necessário atingir o equilíbrio entre garantias fundamentais e eficiência processual.

Nesse sentido, Frederico Valdez Pereira[47] entende que:

> "Em outras palavras: para além da concepção idealista e/ou científica que se tenha dos modelos abstratos de conformação do sistema penal, deve-se questionar se eventual opção normativa de acolhimento da colaboração processual como instrumento de reforço das finalidades eficientistas do sistema penal poderia ser compatibilizada com princípios e garantias constitucionais:

46. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 146, n. 4.000, 2016. p. 24.

47. PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 55.

> a questão central está em saber se o ordenamento jurídico constitucional positivo consente conviver com a figura do arrependido e, se o faz, em que medida, condições e limites será legítima a sua conformação legal".

Conforme já suscitado, em razão do conflito entre os sistemas da *commom law* e da *civil law*, observa-se que as garantias penais constitucionais do indivíduo restam fragilizadas, na mesma proporção em que se aumenta a celeridade de um procedimento[48].

Ocorre que as características desse instituto visam a alcançar, sobretudo, indicadores de resultado, de desempenho e de objetivos, fatores que, quando utilizados sem uma regulamentação robusta, acabam trazendo insegurança jurídica e aumentam as possibilidades de violação das garantias constitucionais, em especial dos colaboradores.

Inclusive, em nome da eficiência penal do instituto da colaboração premiada, é possível observar situações em que o acusado ou o suspeito é constrito a colaborar. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que há prisões preventivas sem fundamento legal, bens arrestados ou sequestrados, residências invadidas para apreensão de bens, entre outros meios que podem vir a "forçar" uma colaboração indevida.

Nesse sentido, faz-se necessário pontuar novamente que não se nega a necessidade de mecanismos que busquem dar maior celeridade ao processo, tampouco a eficiência da colaboração premiada[49]. Contudo, não adianta se ter eficiência processual se, em contrapartida, não há respeito às diretrizes constitucionais.

---

48. Retirar o direito do colaborador a utilizar o *Habeas Corpus* ou recursos, por exemplo, quando o juiz descumpre o que foi acordado pelas partes, destruindo o acordo, significa tolher direitos constitucionais para viabilizar a eficácia de delações; é um expediente ofensivo aos princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e, inclusive, do acesso à Justiça, tendo em vista que a delação poderá, eventualmente, não atingir todos os objetivos pretendidos pelo delator, como o perdão judicial ou o montante de redução de pena (WEDY. Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre. Elegantia Juris: 2016. p. 353).

49. Não se nega, portanto, a eficiência da delação/colaboração premiada e sua dignidade histórica, especialmente em situações especiais. Porém, que se tenha a consciência dos limites que devem ser impostos e a racionalidade que se deve enfrentar, o que apenas será possível quando se recorre aos princípios, com a plena assistência de um advogado, com todas as garantias da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Equilibrar a balança das garantias e da eficiência não é fácil. Importa, porém, não desprezar e não descansar na defesa de uma racionalidade de princípios, sempre capaz de limitar os excessos do Estado e de alcançar a Justiça dentro do processo penal (WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, set.-dez. 2016. Disponível

Desse modo, o instituto da colaboração premiada só poderá ser efetivamente incorporado ao Direito Processual Penal brasileiro como meio de obtenção de prova e utilizado sem receios de violações legais e/ou constitucionais, quando sua regulamentação não permitir questionamentos quanto a sua utilização e legitimidade[50].

Até porque, conforme defende Luigi Ferrajoli[51], um processo penal menos arbitrário em que haja respeito as diretrizes constitucionais, só vai atingir esse objetivo, na medida em que satisfizer as garantias penais e processuais penais do direito penal mínimo. Segundo o autor: "Estas garantias se configuram, portanto, como outras condições de justificação do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes".

Desse modo, é necessário que haja uma ponderação de garantias, eficiência e de justiça no processo penal[52]. Contudo, tal equilíbrio só será alcançado quando se cumpram as diretrizes processuais constitucionais, a fim de acabar com a discricionariedade e/ou arbitrariedade das autoridades competentes na aplicação do instituto da colaboração premiada, assim como o preenchimento de todas as lacunas legislativas presentes na Lei 12.850/2013, que hoje são resolvidas de acordo com os operadores do direito e não com base tão somente no que diz a legislação acerca do assunto.

Há que se destacar, por fim, que a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro, pois cabe a ela a relevante função de proteger os direitos já conquistados[53]. Dessa maneira, não há como lutar para que haja mais celeridade processual e mais eficiência penal, sem que se lute, em primeiro lugar, para que sejam cumpridas com as disposições da Constituição Federal.

---

em: [www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1131/709]. Acesso em: 01.10.2018. p. 229).

50. SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 183.
51. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. *São Pa*ulo: RT, 2006. p. 318.
52. Só se alcançará a justiça de forma legítima, a partir de garantias claras (WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre. Elegantia Juris: 2016. p. 357).
53. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica juridical e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 67.

4. Considerações finais

Buscou-se com o presente artigo tratar da expansão da justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro, dando-se ênfase à análise do mecanismo da colaboração premiada, bem como de sua aplicabilidade no âmbito do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, analisou-se possíveis lacunas aparentes da aplicabilidade do referido instituto, as quais, tornam o seu ambiente de aplicação inseguro juridicamente.

O referido instituto, atualmente regulamentado na Lei das Organizações Criminosas, possui traços da sistemática da *commom law*, tendo sido feita sua análise no presente artigo, com base na experiência norte-americana, sobretudo influência do instituto *plea bargaining*. No entanto, por tratar-se de ordenamentos jurídicos diferentes nos quais estão inseridos ambos institutos, algumas diferenciações se fazem necessárias.

Isso porque, mesmo com a "importação" de um mecanismo de um ordenamento jurídico para o outro, não há como importar tamanha discricionariedade conferida à promotoria na sistemática norte-americana, enquanto que na sistemática brasileira, o Ministério Público fica adstrito a legislação para definir seu âmbito de atuação, não havendo a possibilidade de "mercancia" de garantias fundamentais entre as partes.

Ademais, o que torna ainda mais difícil de assemelhar um instituto ao outro, é o fato de que na sistemática *civil law*, na qual se insere a colaboração premiada, há o princípio da obrigatoriedade da ação penal ser proposta pelo Ministério Público, que não pode dispor do processo como achar necessário, ficando obrigado a agir em razão de sua vinculação constitucional com a ação penal, fato que não é visto na sistemática norte-americana. Ainda, o princípio do devido processo legal é amplamente negociado entre as partes no sistema *commom law*, enquanto no Brasil, trata-se de uma garantia constitucional, devendo assim ser amplamente respeitada.

Ainda, ao analisar o instituto da colaboração premiada, do modo que está sendo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro atualmente, faz-se necessário que sejam tecidas algumas críticas do ponto de vista legal e/ou constitucional, em razão de que conforme já visto, o instituto está inserido no Estado Democrático de Direito, não se podendo ignorar dessa forma as diretrizes da Constituição Federal.

Assim, o que se vê através dessa análise são fragilidades do instituto que não encontram um respaldo legal, em razão da insuficiência legislativa da Lei 12.850/13 em relação à colaboração premiada. Concessão de benefícios que não

encontram respaldo legal, discricionariedade das autoridades no tocante à escolha de quem poderá ser um colaborador e o conflito entre as autoridades que podem firmar acordos de colaboração premiada são apenas exemplos dessas fragilidades que acabam por deslegitimar a aplicabilidade do instituto.

Assim, acaba-se gerando um conflito entre a característica principal desse instituto que é a eficiência, em razão da rapidez procedimental e a célere obtenção de resultados e entre as garantias constitucionais que são tensionadas com sua aplicabilidade.

Desse modo, o que se pretende não é a inaplicabilidade do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, até porque se entende que se trata de um mecanismo promissor e eficaz no tocante a persecução criminal, mas sim, demonstrar que do modo que está sendo aplicado está causando um cenário de instabilidade e/ou insegurança jurídica. Destacando-se assim que em que pese o avanço da legislação das organizações criminosas, ainda assim é necessário que alguns pontos sejam melhor regulamentados a fim de que se tenha um instituto mais robusto e seguro, no tocante principalmente ao respeito as exigências legais e aos parâmetros exigidos pela Constituição Federal.

Referências

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Manual*: colaboração premiada. Brasília, DF, 20.01.2014. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados--da- atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners- 1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf]. Acesso em: 19.08.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nunes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 146, n. 4.000, p. 16-38, 2016.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação premiada:* a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. *São* Paulo: RT, 2006.

FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph*: a history of plea bargaining in America. Standford: University Press, 2003.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual e efetividade do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello Apontamentos sobre política criminal e o "Plea Bargaining". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 203-210, out.-dez. 1991. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175928/000461964.pdf? sequence=1]. Acesso em: 20.09.2018.

PALOMO, Gabriel Henrique Custódio Dias; HARO, Guilherme Pradro Bohac de. Estudo da delação premiada em comparação ao *plea bargaining*. *Anais do Encontro Toledo de Iniciação Científica Prof. Dr. Sebastião Jorge Chammé*, Presidente Prudente, v. 11, n. 11, p. 1-16, 2015. Disponível em: [http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4999/4855]. Acesso em: 05.10.2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada:* legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

SALOMI, Maíra Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica juridical e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – Decido conforme minha consciência?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI. Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

UNITED STATES. Dep't of Justice. Bureau of Justice Statistics. *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*. Alebamy, Table 5.22.2009. Disponível em: [www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222009.pdf]. Acesso em: 19.10.2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, set.-dez. 2016. Disponível em: [www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view File/1131/709]. Acesso em: 01.10.2018.

WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A delação nos sistemas punitivos contemporâneos, de Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckne – *RBCCrim* 128/65-89 (DTR\2017\223);
- Compatibilização constitucional da colaboração premiada, de Frederico Valdez Pereira – *RT* 929/ 319-358 (DTR\2013\585);
- Constitucionalidade da colaboração premiada: indícios de *common law* no processo penal brasileiro, de Nicolle Bolfarini Guiotti Campanatti Pereira – *RDCI* 103/247-265 (DTR\2017\6382); e
- Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal, de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 153/109-132 (DTR\2019\23902).

Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo?

Historical evolution of systems of evaluation of evidence: do we continue evolving?

Rafael Fecury Nogueira

Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado em Direitos fundamentais da Universidade da Amazônia (UNAMA). Professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor de Direito Eleitoral da Faculdade FIBRA. Advogado criminal.
rafaelfecury@uol.com.br

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 18.03.2019

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a evolução histórica dos sistemas de valoração da prova no processo penal a partir da compreensão dos diversos métodos que formaram a valoração da prova penal ao longo da história. O conhecimento dos sistemas de valoração da prova penal tem fundamental importância para a devida compreensão do funcionamento do próprio processo penal, revelando a sua face mais ou menos democrática, i.e., a adoção de determinado método de valoração da prova refletirá diretamente no modelo de processo penal. Como todo estudo histórico, é imprescindível que, além da análise pretérita, perceba-se criticamente a sua evolução a fim de melhor se compreender o objeto de estudo na atualidade. Assim, além do estudo histórico, far-se-á uma breve análise de um sistema de valoração da prova considerado recente no Brasil: a valoração racional da prova, verificando-se o seu funcionamento.

Abstract: This article aims to analyze the historical evolution of the systems of evaluation of evidence in the criminal process from the understanding of the various methods that formed the assessment of criminal evidence throughout history. The knowledge of the systems of evaluation of the criminal evidence has fundamental importance for the proper understanding of the functioning of the criminal process itself, revealing its more or less democratic face, the adoption of a certain method of evaluation of the evidence will directly reflect the model of criminal procedure . Like any historical study, it is imperative that, in addition to the previous analysis, its evolution is perceived critically in order to better understand the object of study today. Thus, in addition to the historical study, a brief analysis will be made of a system of evaluation of the evidence considered recent in Brazil: the rational evaluation and its functioning.

Nogueira, Rafael Fecury. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: continuamos evoluindo? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 307-352. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

Palavras-chave: Valoração da prova – Sistemas – Evolução – Processo penal.

Keywords: Evaluation of evidence – Systems – Evolution – Criminal procedure.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: um longo caminho até o livre convencimento motivado. 2.1. O direito romano e o tratamento da prova penal. 2.2. As ordálias ou "juízos de deus". 2.3. O sistema da "prova legal" ou da "prova tarifada". 2.4. A solução para a tarifação das provas: decisão conforme o íntimo convencimento. 2.5. Motivando a íntima convicção: a transição para o "livre convencimento motivado". 2.5.1. A teoria da "prova legal negativa". 2.6. O "livre convencimento motivado". 2.7. O modelo da "valoração racional da prova": um novo sistema probatório? 3. Os standards de prova e seu funcionamento como critério para a verificação probatória das decisões penais. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A valoração da prova é um dos temas mais relevantes da ciência processual penal, reunindo, a um só tempo, a forma de analisar o material probatório do processo e um componente histórico significativo nos diversos métodos concebidos para essa atividade. Para a análise da evolução histórica dos diversos sistemas de valoração da prova penal através dos tempos, deve-se, antes, definir o que seja essa atividade.

Segundo Michele Taruffo,

> "a valoração da prova tem por objeto estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a veracidade ou a falsidade dos enunciados relativos aos fatos em litígio. Procura-se estabelecer se e em que grau as provas disponíveis ao julgador sustentam uma conclusão sobre o status epistêmico final desses enunciados"[1].

1. A prova. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 130. Na mesma direção aponta MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 159, expressamente dispondo um direito à valoração ao afirmar que esta significa "um conjunto de operações intelectuais que têm por finalidade conhecer o mérito da convicção que pode resultar das provas trazidas ao processo". Semelhante ideia é sustentada por TORRES, Nelson Bassatt. La duda razonable en la prueba penal. Universidad del País Vasco Editorial, 2007. p. 66, para quem "valorar ou apreciar a prova é a operação mental mediante a qual o julgador avalia o poder de convencimento dos elementos probatórios admitidos no processo e que são necessários para a elaboração da decisão sobre a controvérsia".

Assim, a valoração da prova pode ser definida como o ponto conclusivo do procedimento probatório e o mais importante em virtude da meditação que o julgador faz sobre todo o material probatório validamente produzido, concluindo pela verificação ou não da imputação deduzida ou do que se pretende demonstrar. Valorar as provas do processo é, portanto, atribuir-lhes determinado valor jurídico diante do quadro fático apresentado.

Trata-se, nas palavras de Ettore Dosi, "do momento máximo do processo, o momento decisivo durante o qual o juiz colhe os frutos da instrução e da discussão"[2]. No momento da avaliação da prova é que se conhecerão o valor e o peso dados pelo juiz a cada meio de prova produzido. Para tanto, há métodos de valoração da prova penal que serão determinados pelo sistema probatório adotado pelo processo em que se insere, ocasionando, por vezes, distinções essenciais entre modelos diversos de valoração da prova subsequentes. Assim, ver-se-á que cada sistema probatório normalmente equivale a um determinado método próprio de apreciação da prova.

Nessa linha, o presente artigo analisará o desenvolvimento dos sistemas de valoração da prova ao longo da história do processo penal organizado e minimamente sistematizado, objetivando-se compreender os sistemas pretéritos e como se deu a evolução até se obter a forma atual de valoração da prova penal. Com efeito, verificar-se-á o tratamento da prova desde o direito romano, passando pelo sistema das ordálias, da prova legal ou tarifada, da íntima convicção, da prova legal negativa, do livre convencimento motivado e da valoração racional da prova. Essa análise desembocará na constatação de que a apreciação da prova penal sofreu (e vem sofrendo) evolução desde os tempos primevos até os dias hodiernos em um nítido aprimoramento dessa atividade.

2. Evolução histórica dos sistemas de valoração da prova penal: um longo caminho até o livre convencimento motivado

O sistema de valoração da prova penal consagrado hoje no Brasil e nos países do mundo ocidental é o denominado de "livre convencimento motivado" ou da

2. Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale. Universitá di Parma, pubblicazioni della facoltá di giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 1957. p. 59. Também realçando a importância da valoração da prova, VARELA, Casimiro A. Valoración, cit., p. 103, expressamente dispõe a etapa de valoração da prova como "uma das mais importantes do processo".

"persuasão racional", fruto de um processo evolutivo de séculos no estudo das provas penais[3].

Antes, porém, de analisar o modelo do livre convencimento motivado, é necessário percorrer, ainda que brevemente, a evolução histórica que culminou com o estabelecimento desse método de avaliação das provas atualmente consagrado. Isso porque o sistema processual adotado por um Estado, e seu consequente modelo probatório, correspondem ao modelo político que lhes dá sustentação, razão pela qual os sistemas de valoração da prova não são estanques, mas, etapas de um contínuo caminhar. Nesse sentido é a clássica lição de James Goldschmidt, ao asseverar que

> "os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Se pode dizer que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos coorporativos ou autoritários de sua Constituição"[4].

Especificamente, em relação aos aspectos político-ideológicos do sistema probatório, Danilo Knijnik alude que "as práticas probatórias não são axiologicamente neutras. Bem ao contrário, elas revelam tanto características culturais da sociedade como o próprio modelo de Estado em vigor"[5].

Disso decorre a importância da análise histórica dos sistemas de valoração da prova para a compreensão do modelo atual e das razões pelas quais se chegou até ele, percebendo-se, assim, como cada novo sistema que surge constitui uma etapa lenta de aprimoramento em relação ao sistema antecedente de modo a suprir as suas falhas.

---

3. Segundo SALAVERRIA, Juan Igartua. Valoración de la prueba, motivación y control em el proceso penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 32, "a teoria da livre valoração ostenta uma posição dominante nos sistemas processuais contemporâneos e é praticamente exclusiva no que concerne ao processo penal". Também nesse sentido, v. TARUFFO, Michele. La semplice veritá: o giudice e la construzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009. p. 219.
4. Problemas jurídicos y políticos del Proceso Penal. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67. NOBILI, Massimo. Il principio del libero convincimento del giudice. Milano: Giuffré, 1974. p. 134, também sufraga essa conclusão ao afirmar que "as grandes reformas jurídicas respondem essencialmente a valorações de ordem histórica, social e política; só de forma acessória, na medida do possível, a critérios de coerência do sistema".
5. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7. Também assim em relação ao sistema probatório, SALAVERRIA, Juan Igartua. Valoración, cit., p. 88, afirma que "toda teoria da prova está mediada por uma ideologia".

2.1. O direito romano e o tratamento da prova penal

Entende-se como sistema probatório todo aquele dotado de algum método, racional ou não, de análise das provas empregado em um dado ordenamento jurídico. Caso a valoração da prova seja aleatória, arbitrária ou sem que se persista em um método determinado, não se pode falar propriamente em sistema probatório.

O primeiro sinal de procedimento penal existente no direito romano ocorre no período comicial[6] e, em sua primeira fase, atende pelo nome de cognitio, o qual era desprovido de qualquer método para valoração da prova e nem mesmo é considerado um procedimento propriamente dito para a concretização da persecução penal.

No procedimento da cognitio do período comicial do direito romano, em relação ao julgamento da causa inexistiam critérios, havendo apenas uma fase dispositiva e uma decisão do caso sem qualquer exposição das razões tomadas pelo julgador, desconhecendo-se a valoração da prova e a motivação das decisões. O julgamento final era mera deliberação do julgador. Esse chamado procedimento da cognitio consistia em pura manifestação do poder (e arbítrio) dos reis e magistrados da época, correspondendo, segundo Rogério Lauria Tucci "a um sistema inquisitorial primitivo baseado no imperium e se caracterizava, sobretudo, pela inexistência de formalidades legalmente estabelecidas"[7], não se podendo falar, portanto, na existência de um sistema ou método probatório. Nesse sentido, assevera Maurício Zanoide de Moraes que

> "em sua perspectiva processual penal, essa fase ficou conhecida pelo exercício arbitrário e desmedido do poder de 'imperium' dos reis, ou de pessoas por eles delegadas para perseguir e julgar infratores de modo inquisitivo, com punições sem regras pré-definidas e sem limites, tudo sem procedimento previsto"[8].

O procedimento subsequente ao da cognitio foi denominado anquisitio, correspondendo à segunda fase do período comicial[9], o qual significou um avan-

6. O período comicial do direito romano está compreendido entre o período régio (século 754 a.C. até meados de 510 a.C.) e o período da República (510 a.C. até 27 a.C.), conforme a classificação adotada por TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do processo penal romano. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 35-36 e 109.
7. Lineamentos, cit., p. 109.
8. Presunção de inocência: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5.
9. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência, cit., p. 9.

ço em relação à cognitio pela atenuação do arbítrio do julgador e do poder do monarca, iniciando-se a humanização no tratamento do imputado.

A anquisito era realizada na presença do povo que podia se reunir em três dias diferentes. O magistrado expunha os elementos constitutivos do crime, interrogava-se o réu e aduziam-se as provas. O acusado apresentava sua defesa, seguindo-se, então, a prolação da sentença absolutória ou condenatória que, neste último caso, permitiria ao condenado interpor a provocatio ad populum para ser julgado pelos comitia, ou seja, pelo próprio povo reunido em assembleia. Rogério Lauria Tucci sintetiza o procedimento da anquisitio em cinco partes:

> "citação para o comparecimento do acusado; instrução sumária denominada de anquisitio; pronunciação da sentença; reclamação para o povo (provocatio ad populum); e, finalmente, a decisão final proferida por votação pelos comitatus maximus (iudicium populi)"[10].

Em relação à análise do material probatório no procedimento da anquisitio, embora previsto o direito de defesa e a produção de provas pelas partes, não havia critério para a prolação da sentença, não existindo, assim, qualquer método probatório organizado para a afirmação de um sistema probatório.

Com o fim da provocatio do procedimento da anquisitio surge o procedimento das quaestiones perpetuae na última fase do período da República de Roma[11], tratando-se de um procedimento de natureza acusatória organizado e sistematizado com diversas fases e respectivas decisões penais, além do direito de defesa do imputado. Contudo, no aspecto da valoração da prova, também não houve qualquer sistematização ou elaboração de um método probatório, realizando-se de acordo com o entendimento do magistrado, o qual, após a instrução, admitia a acusação para submeter o acusado a julgamento popular.

Finalmente, após o declínio do procedimento das quaestiones perpetuae, ressurge um procedimento de matriz inquisitiva no subsequente período imperial do direito romano[12] ocupando o lugar daquele anterior. Esse procedimento inquisitivo denominado cognitio extra ordinem repristinou todo o arbítrio imposto

10. Lineamentos, cit., p. 131-132.
11. Segundo ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência, cit., p. 13, esse procedimento começa a surgir entre os séculos II e I a.C.
12. O período imperial do direito romano (Principado) está compreendido entre o século 27 a.C. e meados do século 284 d.C., conforme a classificação adotada por TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos, cit., p. 35-36.

pelo procedimento da cognitio, caracterizando-se pela imposição desmedida de poder por parte do Príncipe. Assim, segundo Maurício Zanoide de Moraes,

> "o Principado (27 a.C. até 284 d.C.) necessita de um sistema centralizador e autoritário, no qual a figura do soberano possa ser o ápice e o eixo do qual todo poder emane e para o qual todas as demandas sejam, em última instância, encaminhadas. Decidir causas é demonstrar poder, e decidir causas penais, determinando penas, é a forma mais significativa de controle social e imposição de uma nova ideologia política"[13].

Também nesse procedimento inquisitivo não se pode falar em qualquer indicativo de sistema ou método probatório organizado, concluindo-se que o antigo direito romano[14] não estabeleceu nenhum sistema ou método de valoração da prova penal, revelando esse aspecto como manifestação nata do poder do julgador.

2.2. As ordálias ou "juízos de deus"

A evolução histórica da valoração da prova penal a partir da utilização de um critério adotado, por mais perverso e atécnico que seja, tem o seu "embrião" na Alta Idade Média[15] com os chamados julgamentos das ordálias, dos duelos, dos juramentos, também chamados de juízos de deus. Esses denominados juízos foram herdados da cultura germânica, que atribuíam a atividade valorativa da prova não à figura do juiz, mas aos juízos de deus, à interferência divina. Segundo Maurício Zanoide de Moraes, contextualizando o julgamento por ordálias na Alta Idade Média, "a sentença proferida era uma "sentença de prova", ou seja, cabia ao líder (tribal, feudal, militar ou religioso) decidir, diante da causa que lhe era exposta, sobre a necessidade e o tipo de ordália ou duelo a ser realizado. O que se conhece hoje por "decisão de mérito" era "atribuição divina", que – acreditavam – sempre agraciaria o justo"[16].

Essa forma de decidir tinha como base a utilização de castigos físicos para a condenação ou não do acusado. Se após o emprego do castigo pela autoridade o

13. Presunção de inocência, cit., p. 18.
14. Pode-se perfilar o antigo direito romano até meados do século VI.
15. Para ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência, cit., p. 39, nota 113, a Alta Idade Média compreende o período entre o final do direito romano (século VI) e o ressurgimento dos estudos jurídicos com a formação das escolas europeias e a fusão do direito romano repristinado com o direito canônico (século XII).
16. Presunção de inocência, cit., p. 43. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Direito à prova, cit., p. 20.

acusado permanecesse ileso estaria absolvido por ter recebido o beneplácito divino. Ao contrário, caso sofresse algum dano físico decorrente do emprego da força era culpado por não ter recebido a benesse divina de salvá-lo da agressão física.

Trata-se de um método desprovido de racionalidade, tornando a valoração da prova uma atividade de fé e crença, e não de técnica e racionalidade, podendo-se afirmar não haver propriamente avaliação de provas. Sem embargo dessa ausência de valoração, considera-se o julgamento das ordálias o primeiro sistema probatório por conferir uma forma (mal) organizada e contínua para a conclusão final sobre os fatos, ainda que precária e absurda. Desse aspecto decorre a importância desse modelo para a evolução dos sistemas de valoração da prova, a saber, a fixação de um método.

Veja-se que, apesar de ser considerado a origem dos sistemas de valoração da prova, o sistema das ordálias é muito criticado pela absoluta ausência de racionalidade e pela confusão do direito com a religião como característica dos ordenamentos da Idade Média. Nesse sentido é a crítica de Franco Cordero ao expor que "esse sistema não levava em consideração fato ou direito. Era uma 'racionalidade criptosseletiva' que, guiada por uma instrução oculta, chegava-se à solução divina da causa"[17].

A atividade de valoração da prova necessitava, portanto, de um método dotado de racionalidade e cientificidade para possibilitar a análise do conjunto probatório dos autos, afastando-se os critérios baseados em fé e crença, o que levou, certamente, ao método subsequente nesse contínuo processo evolutivo.

2.3. O sistema da "prova legal" ou da "prova tarifada"

Após as ordálias e diante da necessidade de se criar um sistema de valoração da prova provido de algum tecnicismo, originou-se, pela primeira vez na história, um método dotado de racionalidade que conferiu uma lógica bem definida para a apreciação do conjunto probatório. Assim, segundo Nelson Bassatt Torres, "em um passado remoto da Europa continental, a preocupação pela 'certeza' que requeriam os direitos das partes determinara a necessidade de um sistema probatório rígido[18].

17. Procedimiento penal. Bogotá: Temis, 2000. t. I. p. 16. Também assim conclui VARELA, Casimiro A. Valoración, cit., p. 65, referindo-se aos sistemas rudimentares de prova adotados no passado, afirma que "a prova tinha uma finalidade em si mesma e conduzia a fixar a sentença e, ainda que estabelecesse diversas regras sobre aquela, não conformavam um sistema processual no sentido em que se entende atualmente. Ao contrário, se buscava um convencimento meramente formal através de meios artificiais, como poderiam ser os juízos de Deus, as ordálias, os duelos judiciais, as provas de água e fogo, nos quais os procedimentos se convertiam na lei do mais forte, quando não em mero artifício de azar".

18. La duda razonable, cit., p. 66.

Trata-se do sistema da "prova legal" ou da "prova tarifada", desenvolvido plenamente na inquisição da Idade Média[19], o qual correspondeu à primeira forma de racionalização da atividade valorativa da prova penal, representando, naquele momento histórico, inegável avanço em relação ao "método" antecessor. Nessa direção se coloca Hernando Devis Echandía, ao concluir que

> "o sistema da tarifa legal das provas representou um avanço transcendental na administração da justiça e no ordenamento jurídico geral dos Estados, ao excluir os meios bárbaros e fanáticos que caracterizaram o período primitivo do sistema acusatório posterior à queda do império romano"[20].

Por sua vez, consoante elucida Nelson Bassatt Torres, "esse sistema – em que pese suas inegáveis deficiências – introduzia um método para racionalizar a valoração da prova ao reduzir (tendencialmente a zero) o perigo da arbitrariedade judicial, ao tempo que eliminava a provas irracionais das ordálias"[21].

Pode-se afirmar que a chamada teoria da prova legal passou a legitimar o modelo inquisitório em que se buscou racionalizar as técnicas do acertamento dos fatos por meio de um método em que cada prova tinha o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em uma certa quantidade de prova, poderia autorizar a condenação criminal[22].

---

19. Segundo VARELA, Casimiro A. Valoración, cit., p. 66, "a fase legal da prova tem seu fundamento no direito canônico que, sobre a base do direito romano, compôs um sistema lógico das provas, estendendo-se por toda a Europa". Para LUCA, Giuseppe de. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, n. 4, 1992. p. 1264, "a adoção do sistema das provas legais coincide com o declínio progressivo da tradição tópico-retórica que havia dominado por quase dois milênios o mundo da antiguidade".
20. Compendio de derecho procesal: pruebas judiciales. 10. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1994. t. II. p. 34.
21. La duda razonable, cit., p. 66-67. Nesse Sentido, ainda, SALAVERRIA, Juan Igartua. Valoración, cit., p. 77, informando que "tratava-se de um método para racionalizar a valoração da prova ao reduzir - tendencialmente a zero – o perigo ínsito no arbítrio subjetivo do juiz e, ademais, ao eliminar as provas irracionais como as do 'juízo de Deus"; e VARELA, Casimiro A.. Valoración, cit., p. 154, para quem "o sistema da prova tarifada, ao menos na época moderna, foi imposto como uma reação contra falhas desqualificadas pela arbitrariedade".
22. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Direito à prova, cit., p. 22. Em relação à terminologia, ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio, cit., p. 34, rechaça a expressão provas legais, preferindo empregar as expressões sistema de tarifa legal das provas ou sistema de prova taxada, posto que "assim se especifica claramente seu significado".

No sistema da "prova tarifada", as provas já estavam valoradas previamente, conforme determinado por lei, razão pela qual Massimo Nobili[23] assinala que a teoria das provas legais teve como base e fundamento teórico a concepção sistemática e apriorística da escolástica e do cartesianismo. Não era incumbência do juiz atribuir valor a determinada prova, mas do próprio legislador, que vinculava a pretensa atividade valorativa do julgador aos estritos parâmetros legais impostos[24].

Esse sistema preconizava à lei estabelecer a classificação das provas como plena, semiplena, perfeita e imperfeita, além de impor determinados valores para os indícios e as presunções e de fixar a quantidade e qualidade das provas necessárias à obtenção de uma determinada decisão. Assim, por exemplo, para a condenação a lei estabelecia uma determinada tarifação de provas a ser alcançada para validar a conclusão judicial.

A própria lei definia que a prova testemunhal possuía um valor "X", a confissão, um valor "Y", e os documentos, um valor "Z". O juiz, assim, estava vinculado ao regramento legal e deveria seguir a análise da prova feita ex ante pelo legislador, que traçava um detalhado roteiro para que o juiz chancelasse a prova como imposta por lei.

Consoante observa Luigi Ferrajoli,

> "se havia codificado uma verdadeira tarifa de provas que assinalava presumidamente determinadas estimações ou valores probatórios às diversas espécies de prova admitidas no processo, conforme os cálculos de suas probabilidades legalmente preestabelecidos: valor de provas 'perfeitas' ou 'plenas' a algumas provas, como a confissão ou a declaração de duas testemunhas concordantes; valores de provas 'imperfeitas', 'semiplenas', 'mais que semiplenas' ou 'menos que semiplenas' a outras que, combinadas entre si segundo complicadas aritméticas probatórias, poderiam formar uma prova plena ou perfeita"[25].

23. Il principio, cit., p. 92. Também aduzindo a sistematicidade e o apriorismo da escolástica e do cartesianismo como fundamento da prova legal, SALAVERRIA, Juan Igartua. Valoración, cit., p. 79.
24. SAMMARCO, Angelo Alessandro. Metodo probatório e modelli de ragionamento nel processo penale. Milano: Giuffrè, 2001. p. 31.
25. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109.

Não é exagero afirmar que o juiz era mero homologador final da valoração da prova feita pelo legislador, levando Gerhard Walter a definir o julgador dessa época como um juiz-calculadora automática[26]. Nesse aspecto, a despeito de se revelar como um avanço em comparação com os juízos de deus e com as ordálias, o sistema da "prova legal", como corolário do sistema inquisitório[27], significava ausência de liberdade dos magistrados, acarretando um engessamento da atividade judicial, além de uma indisfarçada desconfiança do sistema na atuação do juiz. Por essa razão, afirma Jorge de Figueiredo Dias que "muitas legislações do passado, receosas de que o juiz facilmente incorresse em erro na valoração dos meios de prova a utilizar, reputavam indispensável prescrever regras de apreciação da prova"[28].

Na tentativa de justificar o sistema da "prova legal", Massimo Nobili destaca dois aspectos:

> "o primeiro respondia a uma exigência de legalidade, ou seja, de absoluta prevalência do momento normativo sobre a experiência do caso concreto, correspondendo a uma tentativa de erradicar o arbítrio do juízo de fato. Em segundo lugar, esse método mirava racionalizar as técnicas do conhecer judicial, através de um método forjado sobre a base de uma experiência secular e cristalizado em critérios de abstrata legalidade, idôneos a resolver as incertezas do acertamento judicial e assegurar a uniformidade das valorações" [29].

O modelo da "prova legal" buscava justamente reagir ao poder e ao arbítrio do juiz, impedindo que a sentença fosse o produto das impressões subjetivas do

26. Livre apreciación de la prueba. Bogotá: Temis, 1985. p. 316. Também assim dispõe NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 106, ao apontar que "o procedimento da prova legal desembocou na construção de uma espécie de 'tarifário legal' das provas, consentindo um cálculo aritmético (provas plenas, semiplenas, quarto de prova, etc.) do qual se deseja excluir totalmente o convencimento do julgador"
27. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 104-105; e IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da prova, cit., p. 87.
28. Direito Processual Penal. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 199. Nesse sentido CAFFERATA NORES, José Ignácio e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. La prueba, cit., p. 56, asseveram que "esse sistema, próprio do processo de tipo inquisitivo, vigorou, principalmente, em épocas de escassa liberdade política (constituindo um fenômeno correspondente à falta de liberdade judicial)"; e VARELA, Casimiro A. Valoración, cit., p. 66, destaca que "a regulação legal obedecia também à pouca preparação dos juízes e à desconfiança que havia por sua ignorância em matéria jurídica".
29. Il principio, cit., p. 108-110.

julgador[30]. Essa limitação da atividade judicial levou Franco Cordero a afirmar que "a prova legal implica horizontes fechados e conclusões mecânicas"[31].

Logo o sistema ruiu e, deturpando-se o seu escopo de reduzir as arbitrariedades dos juízes, a prova legal começou a ser utilizada de forma mais repressiva do que protetiva. Hernando Devis Echandía destaca três desvantagens desse sistema:

> "mecaniza ou automatiza a função do juiz, impedindo-lhe de formar um critério pessoal e obrigando-o a aceitar soluções contra o seu convencimento lógico racional; conduz com frequência à declaração como verdade de uma simples aparência formal; e produz um divórcio entre a justiça e a sentença dificultando a realização da harmonia social buscada com a apreciação realista dos casos concretos"[32].

A razão desse uso deturpado da prova legal residia na dificuldade de se obter a operação aritmética para o perfazimento de um decreto condenatório, favorecendo-se, em tese, o acusado, pois apenas poderia haver condenação caso estivessem presentes todas as provas que a lei prescrevia previamente. Sem embargo disso, a confissão era a prova plena e suficiente para a condenação, daí ser ela sempre buscada no processo como equivalência da verdade. No entanto, como nem sempre a confissão era voluntária, frequentemente se recorria à tortura para se obter a prova máxima de culpa do imputado com o cumprimento do quantum de prova legalmente exigível para a condenação e a obtenção da preconizada verdade real , segundo entendimento da época.

Diante dessa dificuldade de se alcançar a prova para a condenação, o próprio sistema se encarregou de legitimar o mecanismo para o alcance da alegada verdade buscada, possibilitando-se mais condenações a partir da "descoberta" dessa forma mais fácil de arrancar o que era suficiente para a condenação: a confissão do acusado. Essa é a conclusão alvitrada por Antonio Magalhães Gomes Filho, ao asseverar que

> "à primeira vista, pode parecer que diante de tais regras estivesse favorecida a posição do acusado, pela extrema dificuldade de se obter uma demonstração plena da culpabilidade; no entanto, bem ao contrário, tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com o recurso

30. DOSI, Ettore. Sul principio, cit., p. 6.

31. Procedimiento, cit. t. II. p. 29.

32. Teoria general, cit. t. I. p. 94.

> inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição sine qua non para a obtenção do convencimento, sempre que os meios ordinários não propiciassem a certeza necessária para a condenação"[33].

Nasce, portanto, uma cultura de busca da confissão do acusado como objetivo principal para a obtenção da chamada "rainha das provas" (regina probationum) no quadro da prova legal. Consoante dispõe Massimo Nobili, "aos juízes, vinculados por uma série de previsões que tornavam difícil o alcance de uma prova 'completa', era consentido o recurso à tortura, como único instrumento idôneo a esse escopo"[34]. Com isso, o sistema rompeu com os seus próprios postulados para superestimar um único meio de prova em detrimento dos demais da tabela legal que ele próprio criara, levando Franco Cordero a sentenciar que "é fingida a álgebra combinatória nos catálogos dos indícios, pois, tendo os investigadores mãos livres, a estratégia mais segura se dirige à confissão arrancada pelo temor"[35].

Nesse momento, o sistema perde toda a sua racionalidade inicial de limitação do subjetivismo dos juízes, deixando de ser um método cartesiano de obtenção da decisão conforme a prova existente para se tornar um rigoroso (e perigoso) instrumento de punição dos hereges da inquisição da Idade Média. Assim, não obstante o propósito de se limitar o arbítrio do juiz, o modelo da prova legal deu lugar a práticas que conduziriam à sua quebra, tanto desde o ponto de vista gnosiológico como moral[36]. Começa, assim, o declínio dessa forma de apreciar o material probatório, levando Massimo Nobili a concluir que "provas legais, tortura, processo escrito, poder de iniciativa atribuído ao juiz ex officio de instaurar o processo e de obter as provas, constituíram instrumentos de um forte processo unitário: bastou colocar em discussão algumas premissas e derivou a crise e o desmoronamento de todo o sistema"[37].

---

33. Direito à prova, cit., p. 24. Também para CORDERO, Franco. Procedimiento, cit. t. I. p. 22, "A tortura é um meio clássico para arrancar a verdade". Nesse sentido, ainda, ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência, cit., p. 64-65.
34. Il principio, cit., p. 105. Complementando essa lição BARGI, Alfredo. Cultura del processo e concezione della prova. IN: BARGI, Alfredo; GAITO, Alfredo; SAGNOTTI, Simona C. (Org.). Teoria e prassi della prova: profili processual-filosofici. Torino: Utet, 2009. p. 29, afirma que "a rigorosa organização da forma probandi e de um sistema probatório racional refletem a opção por um juiz que não precisa de provas para decidir diante do primado da confissão do imputado e que legitima, assim, a tortura ad eruendam veritatem".
35. Procedimiento, cit. t. II. p. 32.
36. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valoração da prova, cit., p. 89.
37. Il principio, cit., p. 113.

Na escala evolutiva dos sistemas de valoração da prova penal, o método da "prova legal" sucumbiria a um método que conferisse liberdade ao julgador para apreciar o material probatório conforme a sua consciência, retirando-se as amarras dos juízes na apreciação do material probatório. Essa necessidade de conferir liberdade para o julgador foi a senha para o sistema probatório subsequente.

2.4. A solução para a tarifação das provas: decisão conforme o íntimo convencimento

O advento de um novo método de apreciação da prova penal não se deu fortuitamente, ao contrário, foi fruto dessa contínua evolução voltada, em tese, ao melhor acertamento dos fatos. Com o chamado método da íntima convicção ou íntimo convencimento não foi diferente.

A apreciação livre da prova, há muito esquecida, era a nova etapa na evolução dos sistemas de valoração da prova penal. Surge, então, o método da "íntima convicção", inspirado pelo modelo histórico do júri inglês, como reprovação ao que havia se tornado o sistema inquisitório que tinha na prova legal um de seus pilares.

Essa reprovação ao modelo inquisitorial e sua prova legal é consequência das profundas alterações políticas do iluminismo proporcionadas pela Revolução Francesa, que impôs um novo modo de pensar o Estado, o cidadão, a relação entre ambos e, consequentemente, tudo o que se relacionasse com o sistema processual penal[38]. Assim, com essa nova concepção política, deixou-se para trás toda a forma de organização social edificada pelo feudalismo[39]. Nessa direção leciona Massimo Nobili ao expor que

> "a recuperação das instâncias jusnaturalistas no contexto do racionalismo iluminista e as teorias contratualistas, puseram aquele primado dos direitos de liberdade do cidadão codificado na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 como fruto de uma nova maneira de entender a relação entre indivíduo e autoridade"[40].

Como consequência desse novo modo de pensar a relação Estado-cidadão, Juan Igartua Salaverria invoca um emaranhado de fatores para explicar o surgimento do sistema da íntima convicção, enumerando, para tanto, razões políticas,

38. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Direito à prova, cit., p. 25-26; e LUCA, Giuseppe de. Il sistema delle prove penali, cit., p. 1.270.

39. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 84.

40. Il principio, cit., p. 88-90.

jurídicas e filosóficas[41]. Com efeito, começou-se a perceber que o conhecimento da verdade[42] só seria obtido diante da observação direta e crítica e com contato direto dos fatos através da imediação no exame das provas, além da oralidade e publicidade no processo e julgamento. Portanto, era preciso romper definitivamente com o método da "prova legal", que preconizava exatamente o contrário, i.e., o segredo, a mediação e a escrita. Para isso, diante das profundas contradições sociais internas propiciadas pelo ancien regime, elas somente se resolveriam através de um movimento revolucionário que se concluiu com a afirmação definitiva da burguesia e com a proposição de alguns princípios basilares que nenhuma "restauração" sucessiva poderia cancelar[43].

Atenta a esse movimento reformador, a Assembleia Constituinte francesa inicia discussões para implementar reformas também no sistema penal, dividindo-se os debates, sobretudo, entre os argumentos opostos de Robespierre e de Duport. Adrien Duport, jovem conselheiro do parlamento, defende uma reforma radical fundada na dialética acusatória, na instituição do júri, na oralidade e na convicção íntima[44]. Sustentava Duport que a adoção do novo sistema probatório e de um processo rigorosamente oral eram condições absolutamente necessárias para conseguir a reforma[45].

Para os reformadores como Duport, o julgamento por jurados, com tudo o que implica a oralidade e a íntima convicção, era a única solução para uma maquinaria obsoleta, imoral e deficiente então existente[46]. Contudo, as ideias defendidas por Robespierre iam contra essa ideia sobre a reforma do sistema penal, tendo defendido que deixar tudo à convicção do juiz criaria o arbítrio e o despotismo, afirmando, ainda, que a lei colocou regras para o exame e admissibilidade das provas, sem

41. Valoración, cit., p. 79. No mesmo sentido, LUCA, Giuseppe de. Il sistema delle prove penali, cit., p. 1270.
42. O emprego da palavra verdade foi utilizado apenas para manter a ideia original da passagem doutrinária referida no contexto do século XVIII, sem embargo de nossa opinião contrária ao emprego da verdade como objeto de busca do processo penal.
43. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 84-86.
44. CORDERO, Franco. Procedimiento, cit. t. II. p. 31. Sobre a forma acusatória de processo e o convencimento livre, FLORIAN, Eugenio. Delle prove penali. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1921. v. I. p. 323, afirma que "a formação do convencimento livremente elaborada pelo juiz segundo o seu próprio critério é um método historicamente ligado ao processo acusatório".
45. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 155.
46. CORDERO, Franco. Procedimiento, cit. t. II. p. 32.

as quais o juiz não poderia condenar, qualquer que fosse a sua convicção[47]. Vê-se que Robespierre temia o arbítrio judicial na valoração da prova, sustentando a desnecessidade do convencimento íntimo do juiz em face da previsão de controle na admissibilidade das provas, o que, para ele, significava a proteção contra o arbítrio.

Prevaleceu a solução proposta por Duport, adotada pela Assembleia e posta em prática pela lei de 16 de setembro de 1791. Consoante sustenta Casimiro Varela, "a fase da livre convicção surge como consequência da evolução operada após a Revolução Francesa. O direito francês, que se difundiu também através da Europa, deu importância capital à infalibilidade da razão individual e ao instinto natural"[48].

Para a concretização desse novo modelo, foi necessário reformar a antiga Ordennance Criminelle francesa de 1670 com o seu procedimento inquisitivo, dando lugar ao surgimento da instituição do júri popular com o seu consectário sistema da "íntima convicção" na valoração da prova, pois, à época, considerava-se que somente o povo teria a necessária liberdade para julgar as causas criminais. Assim, consoante registrou Juan Igartua Salaverria, "em princípio, a intervenção do povo na administração da justiça era conforme com o artigo 6 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão que consagrava a aptidão de qualquer cidadão para intervir em todo assunto público"[49]. Com efeito, segundo Massimo Nobili[50] "nos sistemas probatórios de direito continental, a adoção do júri representou um dos pontos que caracterizaram – ao menos inicialmente – a teoria moderna do livre convencimento do juiz". Naquela quadra histórica da Europa continental, o júri popular foi o baluarte da condução ao sistema do "livre convencimento do juiz"[51].

Segundo o sistema da "íntima convicção", os juízes (os jurados populares à época) decidiriam não com base somente nas provas colhidas, muito menos com a tarifa legal, mas com a sua convicção íntima e sem ter que motivar o seu decisum. Passou-se, assim, de um modelo de controle total para um modelo de liberdade plena do julgador, o qual deveria atender apenas à sua consciência e à justiça. Acrescente-se que essa forma de valorar a prova foi inédita até então nos ordenamentos de civil law, diferente dos países de common law, como a Inglaterra, em que esse sistema sempre existiu, possuindo a law of evidence a

47. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 157.

48. Valoración, cit., p. 67. Nesse sentido, ainda, v. CORDERO, Franco. Procedimiento, cit. t. II. p. 31; e NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 160-161.

49. Valoración, cit., p. 81. Nesse sentido, v. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, cit., p. 110-111.

50. Il principio, cit., p. 92-93.

51. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 97.

característica fundamental de ausência total de regra de "prova legal" em face de sua evolução ocorrida em torno da Instituição do Júri[52].

Tratando-se, pois, de um sistema que dispensa a motivação das decisões, logo se viu a impossibilidade de controle do juízo de fato, abrindo margem a discricionariedades e, em segundo plano, a arbítrio por parte dos julgadores na apreciação das provas. Diante do alto risco de se valorar a prova de maneira arbitrária, as críticas não tardaram a chegar, levando Luigi Ferrajoli a concluir que

> "o abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais"[53].

Também criticando esse sistema, Franco Cordero assevera que "livre convencimento chega a ser a fórmula de um conhecimento onívoro em perfeito estilo inquisitório"[54].

Dessa maneira, a despeito de suas inegáveis vantagens em relação aos modelos anteriores, como a não vinculação do juiz a formalidades previamente estabelecidas e a sua consequente liberdade valorativa, começaram a sobressair no sistema da "íntima convicção" as consequências da ausência de motivação da decisão, gerando o perigo de arbitrariedade e de injustiça. Esse perigo foi aletrado por Eugenio Florian a afirmar que "o método do livre convencimento não poderia importar a anarquia na estimativa da prova"[55] e, também, por Nelson Torres, alertando que "o risco de irracionalidade está igualmente presente na valoração das provas a cargo dos jurados e de que a presunção de inocência possa sair seriamente afetada"[56].

Vê-se, então, que o avanço proporcionado pelo método da "íntima convicção" não foi um óbice para a sua análise crítica e para a verificação dos riscos que poderiam advir dessa nova forma de valorar o material probatório no processo penal. Esse dúplice aspecto – positivo/negativo – não passou despercebido por Massimo Nobili, ao anotar que

52. TORRES, Nelson Bassatt. La duda razonable, cit., p. 67.
53. Direito e razão, cit., p. 112-113.
54. Procedimiento, cit. t. II. p. 36.
55. Delle prove, cit., t. I. p. 326. CAFFERATA NORES, José Ignácio e HAIRABEDIÁN, Maximiliano. La prueba, cit., p. 56.
56. La duda razonable, cit., p. 70.

> "de um ponto de vista gnosiológico, se sublinha como o sistema da intima convicção era suscetível de ser interpretado em direções variadas e compreendidas entre os extremos de um novo racionalismo e de uma irracionalidade de caracteres 'passionais e sentimentais'"[57].

Com isso, o risco de um retorno à irracionalidade na avaliação da prova acabou por prevalecer, dando margem ao câmbio para um novo método. Isso porque, ao colocar o juiz em posição de supremacia incontrolável ou mesmo de difícil controle, como na "íntima convicção", criam-se as premissas para transformar esse método de valoração da prova em um instrumento para legitimar formalmente uma decisão já previamente tomada[58]. Contudo, a mudança do sistema de valoração da prova, a despeito de necessária, não ocorreu de forma simples.

Fracassados os experimentos concernentes ao método da "íntima convicção" e considerando que os jurados contrariavam a política Napoleônica, ocorrem acalorados debates no Conselho de Estado francês sobre o futuro Código de Instrução Criminal[59], o Código Napoleônico. Percebe-se, então, que os postulados preconizados pela Revolução Francesa não conseguiram se sustentar após o seu encerramento, tomando Napoleão as rédeas do poder. A reforma a ser feita começa pela entrada em vigor do Código dos Delitos e das Penas francês de 1795, que opera mudanças significativas no modelo de prova penal, assinalando uma etapa importante dessa mudança que desaguou no chamado processo misto, em grande parte inquisitório, desejado por Napoleão[60].

No Código de 1795 ficou mantido o sistema da íntima convicção, porém, introduziu-se uma instrução preparatória escrita e secreta, além de um incremento das funções da polícia judiciária, significando um acento autoritário desse modelo processual penal[61]. Dessa forma se deu a passagem do sistema da íntima convicção na sua forma pura, derivada das discussões da Assembleia Constituinte francesa de 1791 e com inspiração acusatória, para o sistema processual penal misto concebido por Napoleão para manter o controle do poder punitivo. Nessa linha, leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que, "da reunião dos

57. Il principio, cit., p. 143.
58. Nesse sentido, MONTELEONE, Girolamo. Alle origini, cit., p. 132, acrescentando, ainda, que "nesse caso, é francamente preferível o sistema da prova legal, pois constitui um obstáculo muito mais seguro contra o possível arbítrio do juiz e a injustiça da sentença".
59. CORDERO, Franco. Procedimiento, cit., t. II, p 32.
60. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 165-166.
61. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 166.

dois sistemas, Napoleão vai fazer surgir um processo misto, também conhecido reformado ou napoleônico. Em 17 de novembro de 1808, nasce o Code d'instruction criminelle, em vigor desde 1ª de janeiro de 1811"[62]. Vê-se, portanto, que o Código de Instrução Criminal de 1808 institui o chamado sistema processual penal misto, angariando aspectos estruturais dos dois sistemas então existentes: o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

As principais características desse "novo" modelo criado são o segredo e a forma escrita na produção da prova; a onipotência do magistrado instrutor com a consequente exclusão do júri de acusação; a impossibilidade de o acusado se dirigir ao instrutor para produzir provas a seu favor; o reforço dos poderes do Ministério Público; a severidade do regime da prisão preventiva; e o peso esmagador da fase preliminar de natureza inquisitiva sobre os debates[63]. A projeção desse modelo não se deu de forma brusca, pois Napoleão e seus conselheiros tinham plena noção dos perigos que poderiam ocorrer em caso de supressão total das conquistas da França Revolucionária e não poderiam correr os riscos dessa supressão[64].

Determinado a centralizar o poder, Napoleão interveio diretamente nos debates legislativos para implementar um novo modelo de processo penal que lhe servisse como instrumento político de perseguição contra opositores. Nesse modelo de processo penal, conjugava-se a inquisitoriedade com todos os seus consectários em uma primeira fase, afastando a participação do imputado nesse momento para impor, em uma segunda fase, um processo de molde acusatório com a concessão de garantias ao acusado, que culminaria com o julgamento por um juiz togado conforme a sua íntima convicção. Essa forma de produzir e valorar o material probatório no processo permitia a utilização de elementos de convicção colhidos na fase preliminar inquisitória para, depois, na fase processual contraditória, conferirem-se ares de legitimidade às provas inquisitivas, as quais se validariam pela instrução processual contraditória subsequente.

No sistema misto francês, ao final do processo e no momento decisório culminante, o magistrado tinha diante de si tudo o que se produzira de provas, tanto as provas da instrução processual quanto as da fase inquisitiva, ambas em sua integralidade, podendo dispor delas como lhe conviesse, pelo fato de que o juiz era governado apenas por sua íntima convicção na apreciação das provas. Assim,

62. O papel do juiz no novo processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 37.

63. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 172.

64. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 173.

em grande parte dos casos, a fase processual contraditória, a despeito de jurisdicionalizar o processo criminal, não raro servia apenas para chancelar o material produzido na fase inquisitiva, utilizando-o para fundamentar a sentença do magistrado baseada, de fato, pelo o que se colhera na inquisitoriedade. Nesse mesmo sentido adverte Massimo Nobili que

> "quando no curso do século XIX, se quer potencializar o componente inquisitório do processo penal – sem tocar na fase de debate e oral, basta recuperar, em nome do livre convencimento e do sistema misto, o material formado inquisitorialmente na polícia, no ministério público, pelo instrutor, nas primeiras fases"[65].

Esse sistema processual fez história no mundo continental e ressoa até os dias de hoje, como se vê no exemplo da realidade processual brasileira, que ainda é tolerante com as provas produzidas na investigação criminal preliminar[66]. Na doutrina, adverte Aury Lopes Junior que

> "a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso para imunizar a decisão [...] e assim todo um exercício imunizatório para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição"[67].

---

65. Il principio, cit., p. 217-218.

66. v. art. 155, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.690/08: "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 [...]". A jurisprudência brasileira segue essa condescendência com o material produzido na investigação e sua convalidação com a fase instrutória. Nesse sentido, v., por todos, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: (RHC 118.516, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.04.2014) "o livre convencimento do juiz pode decorrer das informações colhidas durante o inquérito policial, nas hipóteses em que complementam provas que passaram pelo crivo do contraditório na fase judicial, bem como quando não são infirmadas por outras provas colhidas em juízo". A exceção fica por conta da análise em Ações penais originárias, in verbis: "Penal e processo penal. Impossibilidade de condenação fundada somente em elementos informativos obtidos na fase do inquérito policial não corroborados em juízo. Observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ação penal improcedente" (AP 883, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 20.03.2018).

67. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 170.

Registre-se, ainda, a discussão sobre a manutenção do júri, tendo sido ao final mantido, enquanto que o júri de acusação foi suprimido, dando competência ao magistrado para julgar a viabilidade da acusação[68]. Assim, o modelo preconizado pelo Código de Instrução Criminal de 1808 se aproxima do atual modelo procedimental do júri brasileiro, com a diferença de que, na ordem francesa, o método de valoração da prova era governado pela íntima convicção tanto na admissibilidade da acusação pelo juiz quanto no julgamento final pelo júri. Ademais, outra diferença entre o atual modelo brasileiro e o modelo francês de 1808 é que o nosso procedimento dispõe de uma fase própria para a análise da admissibilidade da acusação para valorar racionalmente tudo o que se produziu na audiência preliminar.

Nessa linha, com a lenta e custosa evolução dos sistemas probatórios em matéria penal, as deturpações proporcionadas pela "íntima convicção" deveriam ser reparadas, o arbítrio da convicção intimista deveria ser contido ou regulado, de modo a produzir um sistema que, a um só tempo, conferisse liberdade ao juiz e privilegiasse a prova do processo, vinculando o magistrado a ela. Surge, assim, pela primeira vez, o método de valoração da prova fundado no "livre convencimento motivado" do julgador, que significou um convencimento regulado conjuntamente pela liberdade de apreciação e pela necessidade de motivação da decisão com base nas provas existentes nos autos.

2.5. Motivando a íntima convicção: a transição para o "livre convencimento motivado"

2.5.1. A teoria da "prova legal negativa"

Seguindo-se o lento e permanente caminho evolutivo dos sistemas probatórios, a partir do desgaste e da inquisitoriedade do sistema misto instituído pelo Código Napoleônico, houve-se por bem dotar o modelo da "íntima convicção" de doses de controle sem se chegar ao extremo do modelo da "prova legal" de outrora. Inicia-se, assim, na Alemanha da primeira metade do século XIX, a busca por um caminho para se coibir o arbítrio nas decisões, refutando-se o modelo do júri que decidia sem motivação, bem como a admissibilidade da causa por parte dos magistrados permanentes que decidiam sem motivação, considerando-se um modelo perigoso[69].

68. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 178.

69. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 188. Também afirmando ter essa teoria se desenvolvido, sobretudo, na doutrina germânica, v. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Direito à prova, cit., p. 32.

Naquela quadra histórica, informa Massimo Nobili que "era, então, necessário um sistema de limites e de garantias entre as quais a obrigação da motivação, a proibição de utilizar o material colhido anteriormente aos debates e a possibilidade de apelar da decisão"[70]. Assim, buscando-se racionalidade para a "íntima convicção", a doutrina alemã da época vislumbrava poder conciliar a necessária liberdade do juízo como essência do "livre convencimento" com um conjunto de prescrições voltadas a tutelar a inocência e assegurar a racionalidade do processo cognitivo do juiz[71].

O estabelecimento dessas premissas propiciou o surgimento do novo método para a valoração da prova: a chamada teoria da "prova legal negativa". Denominada na Alemanha de der negativen Beweisregeln, essa teoria preconizava que se deveria impor certos limites à liberdade de convencimento do juiz. O principal deles era a permissão ao juiz para condenar apenas quando a prova estivesse de acordo com a exigência legal. Assim, para a condenação vigia o modelo semelhante ao da "prova legal", com a exigência legal de determinado quantum de prova, dificultando-se a sua obtenção.

De outro lado, a "prova legal negativa" conferia íntima convicção ao juiz para absolver o réu quando não a necessária convicção para a condenação. Nessa direção, aludindo o caráter de garantia desse modelo, expõe Antonio Magalhães Gomes Filho que

> "ao contrário do que sucedia em relação à provas legais tradicionais, ou positivas, em que determinados elementos autorizavam o reconhecimento da culpabilidade, mesmo contra o convencimento moral do juiz, segundo essa nova concepção, o juiz só estaria autorizado a condenar se, além de convencido, estivesse amparado por um mínimo de prova, de acordo com as estipulações do legislador"[72].

Com efeito, o método empregado pela teoria da prova legal negativa propõe que se libere o juiz para absolver segundo a sua íntima convicção, enquanto que para a condenação deve o juiz motivar sua decisão conforme as prescrições estabelecidas em lei. Com isso, mantinha-se o velho sistema da "prova legal" apenas para o caso de condenação, devendo o magistrado apontar certa quantidade

70. Il principio, cit., p. 188-189.

71. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 189.

72. Direito à prova, cit., p. 32. Nesse sentido, v. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 189, e FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, cit., p. 119.

de prova prevista em lei para tanto, mantendo-se, por outro lado, a "convicção íntima" para o caso de absolvição. Nesse sentido, informa Karl Mittermaier que

> "em meio a tantas reformas no modelo da prova penal, o projeto do Código de Processo Penal da Baviera admitiu uma espécie de teoria *negativa* da prova, na qual os juízes não poderiam declarar a culpabilidade se a confissão não fora feita solenemente na presença do juiz, e se não foi corroborada por outras provas; ou se os encargos que tampouco se corroboraram por outras provas não se fundam na declaração de um só e único testemunho"[73].

Esse modelo de valoração da prova penal se revela favorável ao acusado por lhe propiciar conhecer racionalmente as razões pelas quais foi condenado, persistindo a prevalência da consciência do julgador em caso de absolvições sem que se pudesse conhecer, contudo, as razões levadas em consideração pelo julgador para tanto.

Não se nega, assim, um incremento para as decisões absolutórias em face da íntima convicção, obrigando, de outro lado, o acusador a produzir o quantum de prova suficiente a cumprir a prova tarifada para lograr a condenação. No atual sistema probatório penal brasileiro há doses moderadas do modelo da "prova legal negativa" em duas passagens específicas: para a comprovação material dos crimes que deixam vestígios e para a aferição da confissão do acusado para a condenação[74]. Assim, para a condenação, exige a lei brasileira que a infração que deixe vestígios seja acompanhada do respectivo exame de corpo de delito, e para a validade plena da confissão para a condenação deverá haver seu confronto com as demais provas para a aferição de sua compatibilidade ou concordância. Vê-se que ambas as disposições preveem certa tarifa legal para a prova da condenação, enquadrando-se no modelo da "prova legal negativa".

O método da "prova legal negativa" foi, portanto, o antecedente mais próximo e semelhante do atual método de valoração da prova penal: o "livre convencimento motivado" ou da "persuasão racional" empregado, como dito, na quase totalidade dos países.

---

73. Tratado de la prueba em matéria criminal. Trad. Primitivo González del Alba. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 50.

74. Art. 158, do Código de Processo Penal: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado"; e art. 197, do Código de Processo Penal: "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância".

2.6. O "livre convencimento motivado"

O atual modelo de valoração da prova penal predominante no mundo ocidental se revelou como verdadeiro aperfeiçoamento do seu modelo antecessor – "prova legal negativa" – que, à época, começava a ser criticado.

A despeito do avanço "da prova legal negativa" em relação à "íntima convicção", aduz Massimo Nobili

> "que não teve a mesma a acolhida pretendida pelo legislador, juristas e magistrados da época, sobretudo, porque, tratando-se de prescrições vinculantes reservadas só à hipóteses de condenação, também as provas legais 'regulares' se baseavam, inevitavelmente, sobre o mesmo equívoco da teoria legal do juízo: predeterminar a eficácia de cada singular conhecimento de forma geral e abstrata"[75].

Com isso, o método da "prova legal negativa" não se sustentou na Alemanha daquele período do século XIX, dando lugar a um novo modelo que seguiu a escala evolutiva dos sistemas de valoração da prova. Persistiu-se na busca de um modelo "ideal" que, a um só tempo, não "amarrasse" o julgador a prescrições legais taxativas e não o liberasse totalmente para decidir apenas conforme sua consciência.

O modelo buscado deveria, portanto, conferir liberdade ao julgador, impondo a ele que baseasse as suas conclusões com as provas hauridas do processo. Com isso, reduzir-se-ia o arbítrio judicial ao exigir a comprovação probatória das conclusões tomadas. Surge, assim, o sistema do "livre convencimento motivado" ou "da persuasão racional", impondo ao juiz que dê conta das razões que o levaram a decidir. Com efeito, a partir da adoção desse modelo, seja qual for a decisão – absolvição ou condenação – deverá o juiz motivar a sua decisão com base na(s) prova(s) dos autos do processo.

Quanto ao momento em que teria surgido o "livre convencimento motivado", não há definição precisa a respeito, por se tratar de um sistema heterodoxo, dificultando a sua delimitação minuciosa de sua origem. Essa compreensão é tida por Massimo Nobili, ao asseverar que esse sistema "se trata de uma fórmula polivalente, porque condicionada pela estrutura complexa dos vários ordenamentos processuais que a adotaram, das escolhas políticas, da ideologia do intérprete, chamado a dar um significado concreto àquele pedido de liberdade"[76]. O que há é a aproximação de períodos e locais em que esse sistema teria sido formulado, como em alguns Estados da Itália do começo do século XIX, como o Código para o

75. Il principio, cit., p. 191-192.

76. Il principio, cit., p. 217.

Reino das Duas Sicílias de 1819, que inovaram a atividade valorativa da prova ao introduzir algumas regras, v.g., a necessidade de motivar a sentença e de impossibilitar a utilização de provas não colhidas na fase do dibatimento[77], equivalente à nossa atual instrução processual. Massimo Nobili[78] aponta que foi mesmo com o Código Napolitano de 1819, introduzindo o livre convencimento motivado aos magistrados profissionais, que a Itália concebe, na prática, uma regulamentação do princípio que permanece até hoje.

Discute-se, ainda, a diferença ontológica entre os modelos da "íntima convicção" e do "livre convencimento motivado", questionando-se se este último é, efetivamente, um sistema diverso daquele. Hernando Devis Echandía[79] rechaça qualquer diferença entre íntima convicção, livre convencimento motivado e convencimento racional, ao concluir que "consistindo todos em denominações distintas para o modelo da livre apreciação da prova, existindo apenas dois sistemas para a apreciação da prova: o da tarifa legal e o da livre apreciação pelo juiz", apontando esta última como a mais aconselhável. Também assim entende Casimiro Varela, ao expor que

> "são ideias análogas que conceitualmente, encerram fórmulas semelhantes. Com efeito, a liberdade do juiz para valorar as provas aparece delineada na convicção íntima, como na livre convicção, pois tanto em uma como na outra campeia a liberdade para a apreciação das provas, cuja finalidade é a formação de convicção"[80].

Em sentido oposto, preconizando haver diferença entre íntima convicção e livre convencimento, Antonio Magalhães Gomes Filho dispõe que

> "enquanto na íntima convicção a solução das questões de fato decorre de uma tomada de posição pessoal em face das provas apresentadas, o livre convencimento pressupõe uma liberdade racionalizada, exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum, e outras, inclusive jurídicas"[81].

77. NOBILI, Massimo. Il principio, cit., p. 210-211.
78. Il principio, cit., p. 218.
79. Teoria general, cit. t. II. item 27.
80. Valoración, cit., p. 156. Também nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual, cit., p. 202-203, ao equiparar a livre apreciação da prova com a chamada íntima convicção.
81. Direito à prova, cit., p. 161-162. CAFFERATA NORES, José Ignácio; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. La prueba, cit., p. 57-59, concluem que "a sana crítica racional se caracteriza, então, pela possibilidade de que o magistrado logre suas conclusões sobre os fatos da causa valorando a eficácia de convencimento da prova com total liberdade,

Assim também compreende Massimo Nobili, ao afirmar que "o sistema do livre convencimento impõe a escrupulosa observância de um método legal probatório, visando impedir a degeneração da liberdade do juiz em despotismo, assegurando, também em caso de condenação, o respeito a determinados princípios"[82].

Trata-se, sem dúvida, de dois modelos distintos, pois, malgrado se basearem na livre apreciação da prova, possuem natureza, razão de ser e métodos diversos, fazendo com que as conclusões de ambos sejam essencialmente distintas. Além disso, ao contrário do que se pensa, o convencimento no sistema da "persuasão racional" ou do "livre convencimento motivado" não é puramente livre, mas deve ser estritamente vinculado às provas dos autos e às regras do raciocínio lógico. Tudo o que estiver fora dessa vinculação será ilegal, afirmando-se que, por esse sistema, chegou-se à racionalização do convencimento judicial, surgindo com o escopo regulador da íntima convicção a fim de reduzir os excessos de subjetivismos na valoração da prova. Trata-se de um sistema que propicia o debate a cargo das partes, as quais lograrão ou não sucesso conforme o seu desempenho probatório. Enfim, é um modelo em que a razão prevalece sobre o poder.

Intacto desde o seu surgimento, o "livre convencimento motivado" permanece plenamente válido até os dias de hoje em países ocidentais inspirados pela cultura de civil law. Países como a Itália[83], Espanha[84], França[85], Alemanha[86], Por-

---

porém, respeitando, ao explicar como chegou a elas, os princípios da reta razão, é dizer, as normas da lógica, das ciências e a experiência comum. A outra característica desse sistema é a necessidade de motivar as resoluções, ou seja, a obrigação imposta aos juízes de proporcionar as razões de seu convencimento, demonstrando o nexo racional entre as afirmações ou negações a que chega e os elementos de prova utilizados para alcançá-las". Registre-se que, na Espanha, o livre convencimento motivado é denominado de sana crítica.

82. Il principio, cit., p. 27-28.

83. v. art. 192, do Código de Processo Penal italiano: "O juiz valora a prova dando conta da motivação dos resultados adquiridos e dos critérios adotados".

84. O art. 741, da Lei processual penal da Espanha dispõe que "O Tribunal, apreciando segundo sua consciência as provas praticadas em juízo [...]".

85. O art. 427, 1, do Código de Processo Penal francês prescreve que "Fora os casos onde a lei disponha de outra forma, as infrações penais podem ser demonstradas por todos os meios de prova e o juiz decide conforme sua íntima convicção. 1. O juiz não pode fundar sua decisão senão sobre as provas que são apresentadas no curso dos debates e contraditoriamente discutidas diante dele".

86. O art. 261 do Código de Processo Penal alemão (StPO) dispõe que "O tribunal decide sobre o resultado da prova obtida em audiência de acordo com sua livre convicção".

tugal[87], Chile[88] e Argentina[89] – apenas para citar exemplos de modelos processuais próximos e que inspiram o modelo brasileiro –, adotam esse sistema para a valoração da prova penal.

No Brasil, o "livre convencimento motivado" está atualmente consagrado no artigo 155 do Código de Processo Penal, ao assegurar que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]", bem como, subsidiariamente, no artigo 381, III, do mesmo Diploma, ao assentar que a sentença deverá conter "a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão". Essas disposições legais preconizam a valoração da prova conforme o "livre convencimento motivado" no Brasil.

Ao fim e ao cabo, o livre convencimento motivado estabelece que todo o conjunto probatório deva ser apreciado de forma livre pelo julgador, que pode conferir o valor que entender a cada elemento de prova de forma justificada. O juiz, assim, é livre apenas para atribuir valor aos elementos de prova, posto que não mais estabelecidos pelo legislador, o que pode causar uma celeuma a partir dessa concepção de liberdade. Assim, não obstante seu inegável avanço na apreciação das provas, o "livre convencimento motivado", considerado o mais acertado método, não está livre de críticas, permitindo-se que se dê sempre um "passo adiante" na constante evolução dos sistemas de valoração da prova penal. Desse modo, o "livre convencimento motivado", ao menos para uma recente doutrina,

87. Menos rígido ao determinar a decisão final conforme a prova dos autos, o art. 127, do Código de Processo Penal português assevera que "Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente".

88. O art. 297 do Código de Processo Penal chileno dispõe que "Os tribunais apreciarão a prova com liberdade, não podendo contradizer os princípios da lógica, as máximas de experiência e os conhecimentos cientificamente confiados. O tribunal deverá fundamentar toda a prova produzida, inclusive aquela que tiver desprezado, indicando as razões para tanto. A valoração da prova na sentença requer que se indique todos os meios de prova mediante os quais se entendam por verificados cada um dos fatos e circunstâncias que se entendam provados. Essa fundamentação deverá permitir a reprodução do raciocínio utilizado para alcançar as conclusões a que chegar a sentença".

89. Dispõe o art. 210, do Código de Processo Penal da Província de Buenos Aires que "para a valoração da prova só se exigem a expressão da convicção sincera sobre a verdade dos fatos julgados, com desenvolvimento escrito das razões que levam àquela convicção". O novo Código de Processo Penal da Nação Argentina promulgado em 2014 não reproduziu essa regra de valoração da prova.

não corresponde ao final da trilha evolutiva dos sistemas probatórios do processo penal, seguindo-se uma nova proposta.

2.7. O modelo da "valoração racional da prova": um novo sistema probatório?

No seio da discussão sobre os sistemas de valoração da prova penal começam a surgir opiniões críticas sobre o "livre convencimento motivado", o que não surpreende em virtude da permanente busca do aperfeiçoamento de um sistema em relação ao seu antecedente, como se tem verificado ao longo dos séculos desde as ordálias.

Surge, então, um movimento doutrinário crítico do risco de subjetivismo propiciado pelo "livre convencimento motivado" em razão da compreensão equivocada do vocábulo livre, a ser superestimada em detrimento da justificação probatória da decisão judicial, desembocando em possível arbitrário por parte dos juízes. Diante disso, todo o risco inerente ao "livre convencimento motivado" reflete na possibilidade de, entre a liberdade de convicção e a justificação probatória, tender-se a uma mais valia daquela em detrimento desta última.

Encampando essa crítica ao livre convencimento motivado, Casimiro Varela adverte que

> "o sistema valorativo da sana crítica não pode cair em um arbítrio ilimitado, autorizando os raciocínios caprichosos de acordo com o critério do juiz. O convencimento deste não pode se basear em uma mera apreciação subjetiva dos fatos, senão que deve responder às constâncias objetivas existentes na causa. O convencimento, portanto, deve ser motivado lógica e racionalmente"[90].

Ainda nessa perspectiva Jordi Ferrer Beltrán descreve que "livre valoração da prova é livre só no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado dessa valoração"[91]. Em complemento a essa crítica, Michele Taruffo assenta que "a propósito da livre valoração da prova, o real problema é determinar como o 'espaço vazio' criado pelo princípio do livre convencimento é

90. Valoración, cit., p. 191.

91. La valoración racional de la prueba. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007. p. 45. Ideia semelhante é formulada por GASCÓN ABELLAN, Marina. Sobre la possibilidad de formular estandares de prueba objetivos. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 28, 2005. p. 128-129, ao afirmar que "livre convencimento não pode ser tido como libérrimo, mas guiado por regras racionais".

'alçado' pela prática jurisprudencial e por critério sugerido por juristas"[92]. Por fim, observa Francesco Iacoveillo que "o princípio do livre convencimento do juiz conflita com toda forma de prova legal, mas não com a prescrição legal de um método de prova, vale dizer, uma sucessão logicamente ordenada de operações mentais"[93].

Vê-se que essa significativa doutrina italiana e espanhola admite a ausência de regulamentação do "livre convencimento motivado".

Na doutrina nacional foi Antonio Magalhães Gomes Filho quem primeiro demonstrou preocupação com o risco de uma liberdade exacerbada e desregrada do livre convencimento motivado ao afirmar que

> "essa liberdade do julgador não é absoluta, nem incondicionada, implicando o livre convencimento também na observância de certas prescrições tendentes a assegurar a correção epistemológica e jurídica das conclusões sobre os fatos debatidos no processo"[94].

Por sua vez, nota Danilo Knijnik "uma polarização objetivista, em detrimento à visão subjetivista, da prova. Assim, para que não se pague um 'preço indébito' do livre convencimento, é preciso racionalizá-lo o quanto possível"[95].

Vê-se, portanto, o surgimento de nova(s) proposta(s) doutrinária(s) que busca(m) um balizamento do "livre convencimento motivado" do juiz na valoração da prova ao se buscar o regramento de eventual lacuna ou o chamado espaço vazio – na expressão de Taruffo[96] –, incentivado por esse sistema. Nesse ambiente, surge a proposta de sistematização de um novo modelo que objetiva a valoração racional da prova.

A chamada "valoração racional da prova" decorre da necessidade de se propor critérios que possam assegurar às partes meios para conhecer como foi exercida a liberdade de convicção do julgador, permitindo, consequentemente, o controle

92. Rethinking the standards of proof. The American Journal of Comparative Law, HeinOlnine, n. 51, 2003. p. 666. Nesse mesmo sentido é a lição de WALTER, Gerhard. Libre apreciación, cit., p. 178, ao assinalar que "o conceito da livre apreciação da prova obteve seu significado principal por sua emancipação das regras legais de apreciação; esse é o sentido da palavra 'livre'. Mas o conceito da livre convicção não nos diz nada".

93. I criteri de valutazione della prova. In: BESSONE; Mario; GUASTINI, Riccardo (Org.). La regola del caso: materiali sul ragionamento giurídico. Padova: CEDAM, 1995. p. 397.

94. Direito à prova, cit., p. 162-163 e nota 10.

95. Os standards do convencimento judicial: Paradigmas para o seu possível controle. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, 2001. p. 32.

96. Rethinking the standards of proof…, cit., p. 666.

e a cassação dos desvios motivacionais. Nesse sentido é a orientação de Danilo Knijnik, ao dispor que a conceituação tradicional da persuasão racional não teria estabelecido, justamente, o núcleo do problema, a saber,

> "a questão de saber se existe, ou não, uma instrumentação jurídica capaz de efetuar o controle da convicção judicial formada em determinado caso concreto. Em outros termos, fica por identificar uma base teórica, eminentemente voltada à prática, capaz de orientar o exame científico de um determinado convencimento judicial, com vistas à sua crítica, análise e correção"[97].

Rechaçando, assim, a prevalência da liberdade de convencimento diante da demonstração racional os teóricos da "valoração racional" informam que há parâmetros que devem necessariamente ser observados na atividade de valoração da prova. Isso não se confunde com o modelo da "prova legal", mas se revela um mecanismo que impede o julgador de exercer um juízo meramente subjetivo sobre as hipóteses que analisa. Assim dispõe Francesco Iacoviello que

> "livre convencimento não está a indicar o fenômeno psicológico de uma consciência que se autodetermina livremente, ao invés, está a indicar um fenômeno cognoscitivo que se desenvolve livre de pré juízos legais e individuais, mas vinculado às regras próprias da racionalidade discursiva: não liberdade de toda regra, mas liberdade segundo regras cognoscitivas"[98].

Nesse sentido, Ferrer Beltrán dispõe que "a concepção racionalista fundamenta a justificação da decisão sobre os fatos provados no método da corroboração de hipóteses, não na crença de um sujeito, senão em se está suficientemente corroborada a hipótese sobre o ocorrido que se declara provada"[99]. Marina Gascón Abellan, por sua vez, indica que

> "se valorar consiste em avaliar se pode ou não se dar como provado um fato controvertido, valorar livre e racionalmente consiste em avaliar se o grau de probabilidade ou de certeza alcançado pela hipótese que o descreve à luz das provas e informações disponíveis é suficiente para aceitá-la como verdadeira. Por isso a principal tarefa que enfrenta uma valoração racional é a de medir a probabilidade"[100].

97. Os standards do convencimento judicial, cit., p. 16.
98. I criteri de valutazione, cit., p. 395-396.
99. La valoración racional, cit., p. 65.
100. Sobre la possibilidad, cit., p. 128-129.

A "valoração racional da prova", portanto, consiste na adoção de um método para se confirmar se a conclusão judicial pode se dar por corroborada diante das hipóteses existentes, propondo caminhos para se garantir mais racionalidade ao "livre convencimento motivado". Sem embargo do elevado valor científico trazido por esse método, não o considera propriamente como um novo sistema de valoração da prova. Trata-se, na realidade, de um aspecto pouco explorado do livre convencimento motivado, pois a lógica, a epistemologia e a psicologia não são exclusividade da "valoração racional da prova", mas de tudo o que diga respeito ao tema da prova. Esse é a conclusão de Michele Taruffo ao sustentar que

> "o livre convencimento não implica que o juiz seja desvinculado dos critérios de racionalidade que devem governar o seu raciocínio: tal princípio admite que o juiz valore as provas fazendo uso de um amplo poder discricionário, mas isso não significa que ele possa se confiar em uma intuição subjetiva no estabelecimento de uma hipótese relativa a um fato"[101].

Aspecto interessante da "valoração racional da prova" reside na tentativa de se impedir ao máximo que haja interferência de cunho meramente subjetivo no convencimento do juiz, buscando-se neutralizar fórmulas conhecidas na práxis forense brasileira de burla à valoração da prova e da justificação da decisão. A ideia é exatamente evitar que o juiz fundamente apenas segundo seu convencimento ou, como sói ocorrer no juízo revisional, que a sentença se encontra devidamente motivada sem que efetivamente se enfrente a questão e sem justificativa nos aludidos exemplos.

Problema semelhante na Espanha é constatado por Ferrer Beltrán, informando que "a jurisprudência constitucional e ordinária não tem sido muito exigente na hora de controlar a falta de motivação na matéria de fatos provados, tampouco a doutrina majoritária tem ido além". O autor acredita que isso se dá por duas razões:

> "primeiro, pela falta de uma teoria que estabeleça alguns critérios de racionalidade que fixem no âmbito da livre valoração da prova. Na falta desses critérios claros, se tem a maximizar o caráter livre da valoração, sua vinculação à íntima convicção do juiz, a discricionariedade judicial em matéria de valoração da prova (tendente à arbitrariedade quando estão ausentes os controles)"[102].

101. La semplice veritá, cit., p. 219.

102. La valoración racional, cit., p. 58. Prossegue FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional, cit., p. 62, em sua constatação crítica, afirmando, ainda, que "se concebe o

Justifica sustentando que "somente através de uma concepção racionalista da prova (que rechaça a vinculação entre prova e convencimento puramente psicológico do juiz) é possível fazer efetivo o direito à prova em todo seu alcance e, consequentemente, também o direito à defesa"[103].

Também preocupado em frear o impulso subjetivo do juiz na decisão, Luigi Ferrajoli, embora com denominação diversa de valoração racional, disserta sobre três condições ou garantias que não predeterminariam normativamente a valoração da prova, mas simplesmente refletiriam a lógica da indução científica e, por isso, reduziriam ao mínimo o poder de verificação ou denotação fática do juiz e a arbitrariedade de sua convicção: "necessidade da prova, possibilidade de refutação ou contraprova, e o juízo sobre a capacidade explicativa das hipóteses em conflito"[104].

Em suma, trata-se de construções teóricas que visam afastar qualquer motivação sem justificação devida que apele a mecanismos meramente retóricos ou que se omita sobre determinado aspecto. Entretanto, essas construções ainda não são devidamente difundidas no Brasil, o que dificulta a sua concretização.

Buscando a sua aplicação, Ferrer Beltrán informa que a concepção racionalista da prova é dotada das seguintes notas características:

> "1) Recurso ao método da corroboração e refutação de hipóteses como forma de valoração da prova; 2) defesa de uma versão limitada de imediação; 3) forte exigência de motivação da decisão sobre os fatos; 4) defesa de um sistema recursal que ofereça um campo amplo para o controle da decisão e sua revisão em instâncias superiores"[105].

A "valoração racional da prova", além de buscar reduzir o subjetivismo judicial, objetiva minimizar o número de erros sobre os fatos, sendo capaz de medir a probabilidade da ocorrência do fato em causa. Isso se faz de várias maneiras, a principal delas, e que será nosso objeto de análise, é por meio da fixação de graus de probabilidade de uma determinada hipótese, i.e., estipular o nível de probabilidade que se exige para se ter uma hipótese como provada. Essa valoração racional permite que as partes conheçam de antemão os critérios e o grau de convencimento necessário para cada decisão. Nesse sentido, Danilo Knijnik aduz que

---

princípio da livre valoração da prova de modo que outorga ao julgador uma faculdade para que julgue segundo sua consciência, seu entender ou suas convicções, sem nenhum tipo de limites a um poder que se concebe onímodo em matéria de prova".

103. La valoración racional, cit., p. 54.

104. Direito e razão, cit., p. 119-122.

105. La valoración racional, cit., p. 64.

> "tais regras não são jurídicas, mas lógicas; a liberdade de que se cuida é uma liberdade objetiva, não uma liberdade subjetiva. E para obter-se tal objetividade, é impositivo que a decisão defina, como questão jurídica prévia, por qual modelo de constatação estará orientada, para que disso saibam as partes"[106].

Ademais, a "valoração racional da prova" e sua justificação possibilitam que se delimite a fixação do ponto a partir do qual se pode aceitar uma hipótese como provada, determinando o grau de probabilidade para a aferição da decisão. Isso levou Michele Taruffo a sustentar que

> "surgem dois problemas particularmente importantes: a primeira diz respeito à determinação do grau de confirmação que toca a cada enunciado; o segundo diz respeito ao grau de confirmação que cada enunciado deve obter para poder ser considerado como provado"[107].

O grau de probabilidade para a corroboração da hipótese pode ser extraído de um determinado modelo de constatação ou standard de prova. Para Michele Taruffo, "o grau de confirmação de um enunciado deriva das inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem àquele enunciado, do seu grau de atendibilidade e de sua coerência"[108].

Inserindo nesse contexto, Marina Gascón Abellan define os standards como "critérios que indicam quando se conseguiu a prova de um fato os critérios que indicam quando está justificado aceitar como verdadeira a hipótese que o descreve"[109]. Para Larry Laudan, "o standard de prova objetiva indicar ao investigador quando está autorizado a considerar algo como provado, isto é, quando a relação entre a prova ou as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos defendidos"[110]. Danilo Knijnik prefere a expressão modelos de constatação, definindo-os como "critérios, pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio"[111].

---

106. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 19.
107. FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional, cit., p. 139. La semplice veritá, cit., p. 219.
108. La semplice veritá, cit., p. 220.
109. Sobre la possibilidad, cit., p. 129.
110. Por qué un estandar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estandar. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 28, 2005. p. 104.
111. A prova, cit., p. 18. A terminologia modelos de constatação. WALTER, Gehard. Libre apreciación, cit.

Vê-se que, não obstante os standards de prova se referirem a critérios de justificação da decisão e não diretamente à valoração racional da prova, funcionam como um delimitador do nível de atendibilidade da decisão, i.e., operam na prática como medidores do grau de probabilidade exigido para cada decisão, daí se alocarem na valoração da prova. Essa interseção entre os modelos de constatação na valoração racional da prova e a justificação das decisões também foi vislumbrada por Michele Taruffo ao consignar que

> "o passo sucessivo ao largo da perspectiva racional consiste em enfrentar a questão de que existam ou não vários critérios aos quais o juiz deve se ater ao valorar as provas das quais dispõe e estabelecer quando se tem ou não provado determinado fato. Critérios deste gênero existem na realidade e vêm indicados em regras as quais o juiz deve se ater ao formular sua valoração final sobre os fatos da causa"[112].

Assim também para Knijnik, para quem,

> "sobre a lógica da persuasão racional como óbice ao arbítrio e análise das provas conforme regras jurídicas, de lógica jurídica e regras de experiência, com a consequente necessidade de fundamentação do juiz, observa o autor que, a partir desta compreensão, deveriam necessariamente existir 'controles', 'modelos de constatação', 'standards jurídicos' ou 'instrumentos' capazes de evitar que a discricionariedade judicial, agudizada neste delicado setor da experiência processual, se viesse a traduzir em arbítrio"[113].

Com efeito, a partir da definição do grau de probabilidade de uma decisão para determinada decisão, possibilita-se o exercício do contraditório e o conhecimento das razões que levaram o julgador a decidir como decidiu. Assim, Danilo Knijnik reforça que "o mecanismo que melhor permite a submissão do juízo de fato ao contraditório objetivo consiste, precisamente, em definir-se, como questão de direito antecedente, qual modelo de constatação será empregado no processo de formação do juízo de fato"[114].

Ao abordar a valoração racional da prova e a decisão com base no grau de confirmação, tem-se uma aproximação maior de duas atividades que possuem estreita

112. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. Proceso, prueba y estándar. Santiago Ortega Gomero (editor). Lima: Aras, 2009. p. 42.

113. Os standards do convencimento judicial, cit., p. 17.

114. A prova, cit., p. 31-32.

relação: a valoração da prova e a motivação da decisão[115]. Diante disso, os standards de prova funcionam como orientadores do julgador para a justificação da decisão definindo graus de probabilidade mínimos para cada decisão penal. Passa-se, então, a analisar os chamados standards de prova, compreendendo-se o seu funcionamento para a verificação da pertinência de sua aplicação no processo penal brasileiro.

3. Os standards de prova e seu funcionamento como critério para a verificação probatória das decisões penais

O modelo processual que se serve dos standards probatórios como critério para a sua justificação das decisões pertencente à praxe dos países de common law, sobretudo, a Inglaterra e, posteriormente, os Estados Unidos da América, que incorporaram esse mecanismo decisório à sua cultura jurídica e judicial. No Brasil, não existe formulação teórica definida para a tomada de decisões com base nos standards de prova, não havendo tradição na adoção desse critério orientador do juízo de fato.

A decisão com base em standards de prova atende à ideia de redução das margens de erros judiciários, distribuindo-os entre as partes e fixando um juízo de probabilidades ao definir o quanto se precise para ter a hipótese aceita como verdadeira. Ao afirmar as possibilidades de erros nas decisões e as probabilidades que cercam a utilização de juízos de probabilidades, Danilo Knijnik conclui que

> "nesse contexto é que se impõe examinar os assim chamados modelos de constatação, vale dizer, dispor de uma teoria que nos diga quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório"[116].

Os standards de prova surgem, então, como mecanismo de distribuição desses erros. Não se trata propriamente de instrumento para a minimização dos erros, mas, para distribuí-los entre as partes. Assim também parece a Ferrer Beltrán, ao afirmar, com base em Alex Stein e Larry Laudan que "a determinação do

115. É de IACOVIELLO, Francesco Mauro. I criteri de valutazione, cit., p. 396, a afirmação de que "livre convencimento e motivação são vistos em uma interpretação recíproca".

116. A prova, cit., p. 34. Para uma maior compreensão das origens do tema dos standards de prova, v. BALL, V.C. The moment of truth: probability theory and standards of proof. Vanderbilt Law Review, n. 14, 807, 1960-1961; e TRICKETT, William. Preponderance of evidence and reasonable doubt. The Forum, n. 4, v. X, 1906.

standard de prova é um mecanismo que permite distribuir os erros judiciais na declaração de fatos provados"[117].

A distribuição dos erros entre as partes é definida pelo standard de prova estipulado previamente para determinada decisão. Assim, segundo Gascón Abellan, "um standard de prova específico se estabelece decidindo qual dos dois erros possíveis se considera preferível ou mais aceitável e em que grau estamos dispostos a assumi-lo. E isto é uma eleição político-valorativa"[118]. A ideia da distribuição de erros entre as partes funciona definindo qual erro é mais aceitável entre as hipóteses existentes. Nesse sentido, Danilo Knijnik esclarece que

> "a teoria dos modelos de constatação não apenas indica o grau de certeza requerido por um tipo particular de processo, mas também mede a relativa importância social atribuída à decisão nele proferida. Deste modo, tais regras devem ser entendidas como definidoras do nível de erro aceitável, cujo risco é inevitável"[119].

Como exemplo, indaga-se qual é a hipótese de erro preferível ou mais aceitável na decisão final de um processo criminal: uma absolvição falsa ou uma condenação falsa? A resposta a essa indagação determinará o standard de prova para aquela decisão, pois, se a absolvição falsa for mais aceitável entre as duas hipóteses se terá um quantum de prova mais exigente e difícil de ser cumprido, enquanto que, se a condenação falsa for preferível entre ambas, o standard de prova será menos exigente e, consequentemente, mais fácil de ser alcançado. Com efeito, quanto mais exigente o standard mais absolvições se darão e quanto menos exigente mais condenações se verificarão em face da maior facilidade de alcance e cumprimento do standard menor.

A definição do standard de prova para cada decisão e a consequente hipótese de erro mais aceitável entre as existentes, ao menos nos modelos de civil law, que não têm tradição jurídica nesse critério, devem ser definidas por lei, não podendo ser feita de modo aleatório nem definida pelo juiz. Isso porque, ao se tratar de uma opção político-valorativa[120], as partes devem ter toda a possibilidade de conhecer qual o critério adotado para a decisão a fim de permitir a discussão prévia e contraditória desse standard adotado para cada decisão. Nessa linha, Daniel Silveira esclarece que

117. La valoración, cit., p. 143.

118. Sobre la possibilidad, cit., p. 131.

119. A prova, cit., p. 44.

120. GASCÓN ABELLAN, Marina. Sobre la possibilidad, cit., p. 131.

> "a alocação do risco do erro no processo judicial deve ser produto de uma decisão informada, moral e politicamente legítima. Para não deixar o risco de erro recair aleatoriamente, o sistema jurídico assume o controle do risco e o direciona para a direção correta"[121].

Deve-se, portanto, definir juridicamente o standard, pois, consoante elucida Ferrer Beltrán,

> "não há razões epistemológicas, mas políticas, para assumir um ou outro standard de prova mais exigente. Cada sociedade deverá tomar as decisões a respeito do que considere mais oportunas. Porém, a segurança jurídica exige que o standard de prova utilizado seja conhecido previamente"[122].

A partir do estabelecimento de critérios probatórios legais definidos para cada decisão, tende-se a facilitar a verificação do acerto ou o equívoco (probatório) da decisão, o que levou Danilo Knijnik a afirmar que

> "os standards podem colaborar na denúncia de desvios lógico-inferenciais, no sentido de indicar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do 'como', do 'por que meios', do 'por que maneira' etc., atingiu-se uma certa convicção"[123].

A partir, então, de uma visão jusfilosófica, no momento em que o processo reconheça a chance de erro na apreciação do fato, essa possibilidade deve ser incorporada pelo sistema e, por ele, regulada. Para Danilo Knijnik, "os standards jurídicos ou mecanismos de controle não mais são do que a reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático"[124].

Estudos teóricos podem informar as definições dos variados standards e criá-los, porém, a determinação do nível de corroboração exigido a uma hipótese fática nos processos judiciais é consequência de uma valoração acerca da

---

121. Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro. São Paulo: Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 275.

122. La valoración, cit., p. 152. Acrescenta, ainda, KNIJNIK, Danilo. Os standards, cit., p. 29, que "os standards podem colaborar na denúncia de desvios lógico-inferenciais, no sentido de indiciar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do "como", do "por que meios", do "por que maneira" etc., atingiu-se uma certa convicção".

123. Os standards, cit., p. 29.

124. Os standards do convencimento judicial, cit., p. 30.

distribuição dos erros que se consideram preferíveis ou mais aceitáveis. Essa valoração compete a cada sociedade, e não ao teórico do direito[125]. A definição do standard a ser empregado em cada decisão remete, portanto, a critérios de natureza política, proporcionando racionalidade à decisão ao permitir, na lição de Danilo Knijnik, que

> "se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisionais importantes (p. ex., optar o juiz por um indício a outro, entender subjetivamente insuficiente a prova de determinada interpretação ou inferência etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma discussão crítica"[126].

Não obstante a necessidade de fixação legal do standard de prova de cada decisão, Michele Taruffo observa que

> "quando não existem normas ou princípios que determinam o standard de confirmação que se considera necessário ou suficiente para que se produzam determinados efeitos, a decisão da questão se um enunciado factual deva ser considerado como adequadamente provado é tomada segundo critérios racionais"[127].

Com efeito, os standards de prova servem para orientar a análise da prova e para dar conhecimento prévio às partes desse critério, submetendo ao contraditório efetivo as opções valorativas do juiz. Essa orientação é tida, também, por Daniel Silveira, ao concluir que "os critérios de suficiência são uma espécie de questão prévia à avaliação do conjunto probatório que define o grau de comprovação que deve ser atingido em cada processo de modo a proteger de equívocos determinados bens jurídicos considerados valiosos"[128]. Isso quer dizer que ao se prefixar o standard de prova para cada decisão judicial, estar-se-á informando às partes o quanto é necessário para que se tenha como provada a hipótese em discussão. De acordo com essa ideia, Michele Taruffo, mesmo não se referindo expressamente aos standards de prova, sustenta que

> "a constatação da correspondência substancial entre o problema do juízo de fato e a ideia fundamental da probabilidade como relação lógica entre uma hipótese e os elementos que a confirmam é muito importante porque permite

125. FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración, cit., p. 142.

126. Os standards do convencimento judicial, cit., p. 28-29.

127. La semplice veritá, cit., p. 222.

128. Prova, argumento e decisão, cit., p. 278.

> tomar a direção correta na análise do juízo de fato e da valoração das provas no contexto do processo"[129].

Desse modo, cada decisão deverá exigir determinado quantum mínimo de prova a ser atingido para que cada decisão, permitindo-se às partes o seu conhecimento prévio.

A concepção dos standards de prova se dá com base na doutrina e jurisprudência norte-americanas, em que se aprofundaram o seu estudo e sua prática. Em razão da limitação deste artigo, apenas serão explicitados os modelos de constatação verificados naquele sistema para a possível aplicação no processo penal brasileiro.

Os standards de prova utilizados na jurisprudência norte-americana são, a rigor, dois: o da preponderância da prova (preponderance of evidence) e o da prova além da dúvida razoável (beyond the reasonable doubt), além de um standard intermediário e não tão desenvolvido quanto os demais que atende pela prova clara e convincente (clear and convincing evidence). Há, ainda, outros standards de prova, mas sem ampla aceitação jurisprudencial e sem o referencial teórico existentes nos standards tradicionais[130], o que inviabiliza a sua análise, cingindo-se o presente estudo aos dois standards, que denominamos de padrão, somados ao standard intermediário.

Para os processos de natureza civil[131] opera, em regra, o standard da preponderância da prova, que funciona da seguinte maneira: se a parte "A" produz uma quantidade de prova hipotética de X e a parte contrária "B" produz uma quantidade hipotética de XY, tem-se, assim, que a parte "B" produziu uma quantidade de prova mais robusta para demonstrar a sua tese, possuindo preponderância de prova em relação à parte "A". Segundo Michele Taruffo, "a probabilidade prevalente implica que entre várias hipóteses possíveis em torno de um mesmo fato deve ser preferida aquela que se encontra em um grau

129. La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Trotta: Madrid, 2011. p. 237.

130. Como exemplos de outros standards de prova há o da "Mínima atividade probatória" desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha; os chamados "modelos probabilísticos ou matemáticos" inspirados no teorema de Bayes. Para uma análise desses diversos standards, v. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 363, 2008. item 2; e KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial, cit., item 7.

131. Nesse sentido TRICKETT, William. Preponderance of evidence…cit., p. 77, informa que a doutrina normalmente considera que nos casos cíveis a decisão deve ser tomada conforme a preponderância da prova.

de probabilidade mais elevado"[132]. A regra a vigorar no standard da preponderância da prova se traduz em "mais provável que não"[133]. Assim, como "A" não atingiu o standard de prova suficiente a demonstrar a sua alegação e não se desincumbiu do seu ônus da prova, deve a parte "B", que alcançou a preponderância da prova, lograr êxito na demanda judicial respectiva. Isso porque, nas demandas de natureza civil, em regra, não há a prevalência de uma parte sobre a outra, ambas suportam o mesmo ônus probatório de provar suas teses, devendo obter sucesso a parte que se desincumbiu de seu encargo de carrear o material probatório preponderante.

O standard de prova, além da dúvida razoável, é o modelo de constatação clássico exigido para o processo penal. Trata-se de construção jurisprudencial das cortes de justiça dos Estados Unidos desenvolvida especialmente como critério de justificação das decisões para os casos criminais. Em termos práticos, esse standard significa que a prova para a decisão condenatória no juízo criminal deve estar além de qualquer dúvida razoável, ou seja, o julgador não deve possuir dúvida que seja razoável para fundamentar a culpabilidade do acusado. Nesse sentido, William Trickett adverte que

> "os jurados devem decidir não com base na preponderância de provas da culpabilidade ou não, mas devem ter uma 'clara impressão' sobre isso, uma convicção satisfatória sobre a questão antes de proferir um veredicto de culpado. Quanto a extensão, os jurados não devem ter uma dúvida razoável, eles devem estar convencidos além de uma a dúvida razoável"[134].

Esse standard exige a certeza no julgamento penal, pois, ausente dúvida razoável sobre a inocência do réu, resta-lhe a certeza sobre a culpabilidade do mesmo, credenciando o julgador a proferir a sentença condenatória.

O standard da prova clara e convincente é, na realidade, um critério colocado pela doutrina como espécie de regra especial dentro da preponderância

132. Conocimiento científico, cit., p. 44.

133. CLERMONT, Kevin M; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. The American Journal of Comparative Law, 50 Am. J. Comp. L. 243, 2002. p. 4; e TARUFFO, Michele. Conocimimento cientifico, cit., p. 42-43.

134. Preponderance of evidence, cit., p. 80. Também assim DONIGAN, Robert; e FISCHER, Edward. The evidence handbook. Evanston: The Traffic Institute of Northwestern University, 1980. p. 10, ao afirmarem que nenhuma pessoa pode ser condenada a menos que a persecução apresente a prova necessária para tanto, consignam que "diferentes graus de prova são reconhecidos e, nos casos penais, a acusação tem o ônus de provar a culpabilidade 'acima de qualquer dúvida razoável".

da prova, sendo exigível para os casos de natureza civil de maior relevância ou considerados socialmente mais graves[135]. O critério utilizado para a aferição dessa regra especial é a natureza do objeto que se discute no processo civil. Na realidade brasileira, é possível a distinção entre os processos civis tradicionais, como a ação de indenização por dano moral, em que vigora a preponderância da prova, e os processos civis públicos, como a ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e a ação civil pública para a responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico e paisagístico (Lei 7.347/85). Nesses casos, é necessário um quantum de prova mais elevado que a mera probabilidade prevalente.

O standard da prova clara e convincente opera entre a probabilidade exigida na preponderância da prova e a certeza exigida na prova além da dúvida razoável. Com efeito, pela relevância que exerce ao preencher o espaço existente entre dois standards extremos – o da mera probabilidade e o da certeza plena –, o critério da prova clara e convincente funciona como verdadeiro standard autônomo, e não apenas como regra especial do standard da preponderância da prova. Enquanto a doutrina expõe o standard da preponderância da prova, em termos probabilísticos quantitativos, em pouco mais de 50% de probabilidade e o standard da prova além da dúvida razoável em torno de 90% de probabilidade[136], o standard da prova clara e convincente é colocado entre essas duas probabilidades, em torno de 75% de probabilidade[137].

Com efeito, embora concebidos num modelo de common law, a valoração racional da prova baseada em standards de prova pode ser pensada e aplicada no sistema jurídico brasileiro, especialmente no processo penal, a partir do seu aprofundamento teórico exatamente por privilegiar o contraditório e um maior equilíbrio na distribuição dos erros a partir de escolhas legislativas. Não há dúvida de que se pode começar a pensar no estabelecimento de diversos standards de prova para decisões diversas no processo penal brasileiro, proporcionando mais segurança jurídica nas decisões penais. Isso, por fim, revela que a "trilha" evolutiva dos sistemas de valoração da prova precisa continuar sendo "pavimentada".

135. KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial, cit., p. 23.

136. FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración…, cit., p. 116-117.

137. VARS, Fredrick. Toward a general theory of standards of proof. Catholic University Law Review, 60 Catholic Univ. L. Rev. 1, Washington DC, 2010. p. 3.

Considerações finais

Os sistemas de valoração da prova desenvolvidos ao longo da história do processo penal revelam a própria forma de se compreender um determinado modelo processual, isso porque, a partir do método empregado na análise probatória, ter-se-á um modelo de processo penal mais ou menos rigoroso no aspecto probatório e, por consequência, geral. Assim, os modelos de apreciação probatória analisados, como o da prova legal tarifada, o da íntima convicção ou das ordálias, a partir do método empregado, revelavam a própria natureza da persecução penal e como se pretendia impor mais ou menos controle à atividade jurisdicional.

A análise da evolução dos sistemas de valoração da prova penal evidencia uma permanente busca de concepção de um método que propicie, em tese, o acertamento jurídico dos fatos penais e, consequentemente, mais segurança jurídica.

O modelo do livre convencimento motivado é fruto dessa evolução dos diversos métodos probatórios a partir da conjugação da liberdade de convencimento com algum controle sobre o julgador na apreciação do material probatório. Contudo, como visto, a liberdade de convicção tem prevalecido sobre a necessidade de justificação probatória dos fatos, o que levou a se conceber um método com critérios mais seguros e/ou objetivos para orientar o julgador, levando-se a adoção da chamada "valoração racional da prova" com os seus critérios que asseguram às partes mais meios para conhecer exatamente como foi exercida a liberdade de convicção do julgador, a partir dos standards de prova.

Com efeito, a valoração racional da prova não retira nem diminui a liberdade de convicção do juiz, mantendo o seu livre convencimento de forma fundamentada consoante as provas dos autos. O que esse método proporciona é transparência às partes acerca do quantum de prova suficiente para cada decisão no curso do processo, as quais estarão cientes desde já, evitando-se surpresas e maior insegurança jurídica.

É factível ao processo penal brasileiro trabalhar com a valoração da prova e seus standards a partir da redefinição do que se considera suficiente para se considerar provada a hipótese encartada em cada decisão. Exemplo dessa proposta seria a definição legal do conceito de justa causa para a ação penal a partir da fixação da prova suficiente a considerá-la e, assim, assegurar ao acusador a obtenção desse quantum para iniciar a persecução penal em juízo. Outra importante decisão a ter o quantum de prova definido seria a pronúncia, estabelecendo-se o que seriam os indícios suficientes da autoria do crime, definindo-se, hipoteticamente, se se trataria da prova cabal da autoria, de meros elementos assemelhados àqueles contidos na justa causa penal ou outra equiparação.

Veja-se que, nessas duas exemplificações, sem afetar a liberdade de convencimento do julgador, ter-se-ia um critério mais definido do quantum de prova para essas decisões, reduzindo-se o subjetivismo judicial, além de garantir às partes a obtenção dessa exigência probatória. Isso apenas para ficar em dois exemplos de decisões relevantes em que não se sabe ao certo o que exige sobre a prova da autoria, a despeito da existência de diversas outras decisões no processo penal que admitiriam perfeitamente essa definição.

Enfim, a análise da evolução histórica dos sistemas de valoração da prova apenas demonstra que é necessário seguir evoluindo e, assim, com a valoração racional da prova, como incremento ao livre convencimento motivado, fixam-se premissas para se estabelecer ainda mais segurança jurídica sobre a devida apreciação probatória, confirmando a imprescindibilidade de prosseguir com essa evolução.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BALL, V.C. The moment of truth: probability theory and standards of proof. Vanderbilt Law Review, n. 14, 807, 1960-1961.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 363, 2008.

BARGI, Alfredo. Cultura del processo e concezione della prova. In: BARGI, Alfredo; GAITO, Alfredo; SAGNOTTI, Simona C. (Org.). Teoria e prassi della prova: profili processual-filosofici. Torino: Utet, 2009.

CAFFERATA NORES, José Ignácio; HAIRABEDIÁN, Maximiliano. La prueba en el proceso penal. 6. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008.

CLERMONT, Kevin M; SHERWIN, Emily. A comparative view of standards of proof. The American Journal of comparative law. 50 Am. J. Comp. L. 243, 2002.

CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Bogotá: Temis, 2000. t. I.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no novo processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DONIGAN, Robert; FISCHER, Edward. The evidence handbook. Evanston: The Traffic Institute of Northwestern University, 1980.

DOSI, Ettore. Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale. Universitá di Parma, pubblicazioni della facoltá di giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 1957.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Teoria general de la prueba judicial. 2. ed. Buenos Aires: Victor p. De Zavalía, 1972. t. I.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio de derecho procesal: pruebas judiciales. 10. ed. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 1994. t. II.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito processual penal. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2004.

FLORIAN, Eugenio. Delle prove penali. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1921. v. I.

GASCÓN ABELLAN, Marina. Sobre la possibilidad de formular estandares de prueba objetivos. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 28, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Barcelona: Bosch, 1935.

IACOVEILLO, Francesco. I criteri de valutazione della prova. In: BESSONE Mario; GUASTINI, Riccardo (Org.). La regola del caso: materiali sul ragionamento giurídico. Padova: CEDAM, 1995.

IBÁNES, Perfecto Andrés. Valoração da prova e sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. Por qué un estandar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estandar. DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 28. 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUCA, Giuseppe de. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, n. 4, 1992.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MITTERMAIER, Karl. Tratado de la prueba em matéria criminal. Trad. Primitivo González del Alba. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

MONTELEONE, Girolamo. Alle origini del principio del libero convincimento del giudice. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v. 63, n. 1, genn.-febb. 2008.

NOBILI, Massimo. Il principio del libero convincimento del giudice. Milano: Giuffré, 1974.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v. 40, n. 3, lug.-sett, 1985.

SALAVERRIA, Juan Igartua. Valoración de la prueba, motivación y control em el proceso penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. Metodo probatório e modelli de ragionamento nel processo penale. Milano: Giuffrè, 2001.

SCHITTAR, Domenico Carponi. Al di lá del Ragionevole dubbio e oltre: um tentativo di chiarezza sui principi. Milano: Giuffrè, 2008.

SILVEIRA, Daniel. Prova, argumento e decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro. São Paulo: Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

STELLA, Frederico; GALAVOTTI, Maria Carla. L'oltre il ragionevole dubbio come standard probatorio – Le infondate divagazioni dell'espistemologi Laudan. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 48, fasc. 3, 2005.

TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. The American Journal of Comparative Law, HeinOlnine, n. 51, 2003.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial. In: GOMERO, Santiago Ortega (Ed.). Proceso, prueba y estándar. Lima: Aras, 2009.

TARUFFO, Michele. La semplice veritá: o giudice e la construzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Trotta: Madrid, 2011.

TARUFFO, Michele. A prova. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TORRES, Nelson Bassatt. La duda razonable en la prueba penal. Universidad del País Vasco editorial, 2007.

TRICKETT, William. Preponderance of evidence and reasonable doubt. The Forum, n. 4, v. X, 1906.

TUCCI, Rogério Lauria. Lineamentos do processo penal romano. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

VARELA, Casimiro. Valoración de la prueba. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.

VARS, Fredrick. Toward a general theory of standards of proof. Catholic University Law review, 60 Catholic Univ. L. Rev. 1, Washington DC, 2010.

WALTER, Gerhard. Livre apreciación de la prueba. Bogotá: Temis, 1985.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAZA, Carlo. Il ragionevole dubbio nella lógica della prova penale. Giuffrè: Milano, 2008.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- A valoração da prova pericial no processo penal brasileiro, de Luís Felipe Schneider Kircher – *RBCCrim* 153/133-169 (DTR\2019\23903).

Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos

Search and seizure of cellphone records: new challenges facing technological advances

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pós-Doutor em Direito pela Università Frederico II (2016). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010). Coordenador da Especialização em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado.
ricardogloeckner@hotmail.com

Daniela Dora Eilberg

Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2018). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2016). Advogada.
daneilaeilberg@gmail.com

Autores convidados

Áreas do Direito: Processual; Penal; Constitucional

Resumo: A busca e apreensão no ordenamento jurídico brasileiro se restringe a um Código de Processo Penal voltado meramente às coisas materiais, evidenciando a inexistência de uma regulação normativa específica que acompanhe a atual dinâmica das relações sociais que implica o alto nível de uso tecnológico em todas as esferas. A ausência da adequação dessa disciplina jurídica diante da evolução tecnológica somada à lacuna jurídica sobre a custódia da prova contribui para a criação de categorias divorciadas de sua natureza jurídica. Nesse sentido, o presente artigo visa a analisar a licitude da busca e a apreensão de dados extraídos de telefones

Abstract: The search and seizure in the Brazilian legal system is restricted to a code of criminal procedure focused merely on material things. Furthermore, it is possible to observe the lack of specific normative regulation that would be able to follow the current dynamics of social relations that implies the high level of technological use in all spheres. The absence of adequacy of this legal discipline in the face of the technological developments along with the legal gap on the custody of evidence contributes to the creation of categories divorced from their legal nature. In this sense, this article aims to analyze the lawfulness of the search and the seizure of data

Gloeckner, Ricardo Jacobsen; Eilberg, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 353-393. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

celulares. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e a análise jurisprudencial de casos da Suprema Corte dos Estados Unidos, do STF, STJ, do Tribunal de Justiça da União Europeia e as inovações trazidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Uma especial atenção é dada aos casos Riley *vs.* California e Carpenter *vs.* United States. Entre outras questões, destacam-se as dificuldades em relação à obtenção dos dados eletrônicos que se encontram no telefone celular e a necessidade de maior definição quanto aos limites da busca e do material que poderá ser apreendido.

Palavras-chave: Busca e apreensão – Telefone celular – Dados digitais – Prova ilícita – Autorização judicial.

extracted from cellular phones. For this purpose, a bibliographic research and case law analyses of the US Supreme Court, STF, STJ, the Court of Justice of the European Union and the innovations brought by the German Federal Constitutional Court. A special attention is directed to the cases Riley v. California and Carpenter v. United States. Among other issues, we highlight the difficulties in obtaining the electronic data found in the cell phone and the need for greater definition regarding the limits of the search and the material that can be arrested.

Keywords: Search and seizure – Cell phone – Digital data – Illegal proof – Warrant.

Sumário: 1. Introdução. 2. A busca e apreensão realizada em aparelhos celulares. 2.1. O direito à privacidade e as novas tecnologias de informação: a insuficiência da regulação contida na Lei 9.296/96. 2.2. Alguns precedentes no processo penal brasileiro sobre o acesso a informações contidas em telefones móveis. 3. Bases normativas e jurisprudenciais de direito comparado. 3.1. As inovações na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. 3.2. O *leading case* Riley *vs.* California. 3.3. A legislação espanhola. 3.4. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a Diretiva 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho. 4. A extensão da necessidade de autorização judicial ao posicionamento geográfico do suspeito: o caso Carpenter *vs.* United States. 5. *Nulla coactio sine lege:* a atipicidade da coerção processual ausente mandado. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

O tema da busca e apreensão no Brasil[1] é um daqueles áridos campos do processo penal em que, apesar da mudança constitucional e convencional, permanece confinado a uma doutrina acrítica, tratando das questões normativas a partir da base de codificação italiana de 1930[2]. Isso para não se referir à própria lacuna bibliográfica existente sobre o assunto[3]. Interessante notar que não obstante as

1. Declaramos que não há conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado.
2. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
3. "Observa-se que os doutrinadores não demonstraram grande preocupação com o estudo da busca e apreensão. Inexiste monografia a respeito. Encontram-se, apenas,

diversas reformas que aconteceram no Código de Processo Penal, os artigos 240 e subsequentes, que tratam da busca e apreensão como "medida acautelatória", jamais sofreram qualquer espécie de modificação – seja para contemplar novas hipóteses, requisitos ou pressupostos, seja para tutelar a medida em consonância com a Constituição de 1988 ou mesmo com os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil configura como signatário.

A própria inserção do tema no Capítulo VII do Código de Processo Penal, tendo como objeto a prova, é um grande equívoco, que contribui enormemente para a manutenção de desalinhos e desacordos constitucionais e convencionais. Dentro de um enquadramento constitucional, os dispositivos que poderiam ser convocados para disciplinar a busca e a apreensão (inequivocamente de institutos processuais distintos, apesar de o Código de Processo Penal ter tratado os institutos de forma unívoca[4]) são o art. 5º, XI, da Constituição – que regula a inviolabilidade do domicílio –, o art. 5º, X – que dispõe sobre a inviolabilidade da vida privada e da intimidade –, assim como o inciso XII do mesmo artigo – que cuida da inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e, ainda, do sigilo de dados, resguardando a Constituição da República o sigilo das comunicações telefônicas, nos moldes da Lei 9.296/96. Ademais, duas outras normas constitucionais podem ser referenciadas como mecanismos de tutela dos direitos fundamentais concernentes às buscas e apreensões: o respeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV) e a inadmissibilidade das provas ilícitas (art. 5º, LVI).

Por seu turno, no que diz respeito à esfera da Convenção Americana de Direitos Humanos[5], a matéria está disciplinada no seu art. 11.2, ao afirmar que

> "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio" e no seu art. 17.1, que, por sua vez, estabelece que "ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio".

esparsos artigos em revistas especializadas; verbetes em dicionários e enciclopédias jurídicas; ou tratamento, inserido em cursos e manuais de processo penal" (PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da Busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17). Muito embora tal afirmação tenha se dado há algum tempo, o tema continua rarefeito na doutrina.

4. PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

5. Para uma ampla abordagem sobre o sistema de proteção convencional no campo do processo penal, cf.: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Portanto, em consonância com os dispositivos constitucionais e convencionais, há uma clara dimensão de restrição às buscas, cuja natureza jurídica é a de meio de obtenção de prova – o que implica, inevitavelmente, a relativização de direitos fundamentais dos sujeitos que suportam a medida. Contemporaneamente, os institutos da busca e da apreensão são categorias jurídicas insuficientes para regular todos os direitos fundamentais e suas correlatas garantias.

Isso porque, a busca – que relativiza um direito fundamental – evidentemente deve seguir as diretrizes normativas para que seja contemplado o devido processo, sob pena de se ter uma prova obtida por meio ilícito. Ou seja, a obediência às hipóteses normativas como *verbi gratia* (*e.g.* requisitos do mandado, horário de cumprimento etc.) demonstra-se imprescindível. A apreensão, contingente em relação à busca, também deve corresponder aos ditames legais, parcamente regulados pelo art. 245, §§ 6º e 7º do CPP, que disciplina a elaboração de auto circunstanciado dos objetos apreendidos.

Além desses dois institutos (busca e apreensão), o direito contemporâneo exige requisitos para a custódia do material apreendido, de modo que ao Estado compete resguardar os elementos encontrados de eventuais contaminações e manipulações, sendo seu dever traçar controles e registros sobre a manipulação do material. Portanto, além das usuais buscas e apreensões, tem-se a necessária cadeia de custódia que perfaz elemento da própria validade da prova encontrada[6]. Assim, o binômio busca e apreensão deve ser, obrigatoriamente – por força de inúmeros dispositivos de ordem constitucional –, reinterpretado como uma relação tricotômica: busca-apreensão-custódia, sendo os dois últimos institutos contingenciais em relação ao primeiro.

Ainda a título de introdução, é forçoso avaliar que, a exemplo de alguns países como os Estados Unidos, diversas formas de busca têm sido eufemisticamente tratadas como institutos diversos. O escândalo do monitoramento de milhões de cidadãos norte-americanos pela NSA, vazados por Eduard Snowden (que demonstravam como o governo americano, a partir de parceiros como Google, Facebook e Apple, entre outros, vigiavam a população) acarretou a regulação pela Quarta Emenda à Constituição norte-americana, tendo em vista que a medida foi juridicamente trabalhada dentro de outros moldes. Esse movimento, consoante

6. Sobre a cadeia de custódia, que não consiste em objeto do presente artigo, cf.: PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos:* a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Cf. FELIX, Yuri; ROSA, Alexandre Morais da. *Novas tecnologias de prova no processo penal:* o DNA da delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

demonstra Friedman, é uma tendência a evitar qualquer tensão com o direito dos cidadãos norte-americanos de não sofrer buscas ilegais e injustas[7].

Em realidade, a discussão sobre se uma determinada medida constitui ou não uma busca tem sido objeto de discussão durante muito tempo na Suprema Corte Americana. No caso Olmstead *vs.* United States[8], o debate recaiu sobre a circunstância de as escutas telefônicas serem ou não um determinado tipo de busca. Mediante uma votação por cinco x quatro, a Suprema Corte interpretou que as escutas telefônicas não estariam restringidas pela Quarta Emenda, uma vez que temia a sua ampliação[9], sob a alegação de que as buscas se dão sempre sobre "coisas materiais". A orientação da Suprema Corte Americana tão somente mudou de direção em Katz I United States[10], que aplicou a Quarta Emenda às "coisas imateriais", definindo a privacidade como âmbito de proteção.

No caso brasileiro, a fim de se subtrair do controle constitucional e convencional, mais especificamente, o fenômeno de "eufemização" das buscas também aparece. Como exemplo, pode-se citar a "identificação genética", tratada como uma hipótese – e, inclusive, regulada pela Lei 12.037/09, com as alterações trazidas pela Lei 12.654/12, que introduziu tal "identificação genética".

Em Maryland *vs.* King[11], o exame do caso se deu sobre a razoabilidade da Lei do Estado de Maryland determinar a extração compulsória do material genético de presos por crime violento com a base de dados das investigações ainda

7. FRIEDMAN, Barry. *Unwarranted:* policing without permission. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

8. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Omstead *vs.* United States, 277, U.S 438. Sentença de 04 de junho de 1928. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/]. Acesso em: 10.12.2018.

9. DERY III, George M.; MEEHAN, Kevin. A new digital divide? Considering the implications of Riley *v.* California's warrant mandate for cell phone searches. *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change,* v. 18.4, 2015. p. 338.

10. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Katz *vs.* United States, 389 U. S 347. Sentença de 18 de dezembro de1967. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/]. Acesso em: 10.12.2018.

11. Trata-se de caso no qual um sujeito foi preso e seu DNA extraído em consonância com uma lei do Estado de Maryland, que determina a extração compulsória de qualquer preso que tenha praticado crime com uso de violência (King tinha sido preso pelo crime de roubo). Subsequentemente, o seu DNA foi comparado com uma base de dados concernente às investigações em aberto (*cold cases*) no Estado. O seu DNA foi tratado como compatível com o material genético de um crime de estupro praticado seis anos atrás. King foi condenado pelo estupro.

em aberto, afirmando-se que se tratava de caso similar à identificação das digitais. Friedman destaca que "a identificação criminal não tem nada a ver com o porquê o Estado de Maryland extraiu e testou o DNA de King"[12], pois o material genético do preso foi utilizado para resolver casos em aberto e isso não é, em hipótese alguma, um caso de identificação criminal, mas de obtenção de prova, ou seja, "as amostras foram coletadas como parte de uma investigação oficial de um crime"[13]. E, assim, trata-se de uma burla aos direitos envolvidos na Quarta Emenda.

Como se pode concluir do caso americano, a mesma orientação parece adotar o sistema brasileiro, ao situar uma busca por material genético como uma hipótese de identificação criminal. Ora, quando se tratar de medida que tenha por escopo a obtenção de prova se está diante de uma busca, seja qual for o nome adotado pelo legislador. A evolução da tecnologia e a ausência de atualização da disciplina jurídica sobre a busca e a apreensão (além da lacuna jurídica sobre a custódia da prova) contribuem para a criação de categorias divorciadas de sua natureza jurídica, como é o caso da identificação criminal. A disciplina da busca, no atual Código de Processo Penal, especialmente, volta-se para coisas materiais (como é o caso da busca pessoal e em lugares), podendo ser conectada à mesma interpretação dada pela Suprema Corte americana no caso Olmstead. Entretanto, como referido, o avanço da tecnologia demonstra a necessidade de que novas modalidades de meio de obtenção de prova sejam tratadas como casos de busca. Entre eles se pode citar: a) busca genética; b) busca de dados eletrônicos; c) busca de coisas (atualmente é o caso da busca em lugares e buscas pessoais reguladas pelo código de processo penal); d) buscas para a obtenção de metadados (como números de celulares, uso de cartão de crédito, envio de mensagens, data, para quem foram enviadas etc.); e) buscas para a localização via GPS.

O objeto do presente artigo é exclusivamente a análise da busca e da apreensão de dados extraídos de aparelhos de telefonia móvel, que não possuem regulação normativa específica. Ademais, a apreensão do aparelho e dos dados eletrônicos que se encontram no dispositivo oferecem não apenas dificuldades em relação à obtenção dos dados, mas, substancialmente, a necessidade de ainda maior delimitação quanto aos limites da busca e do material que poderá ser apreendido.

12. FRIEDMAN, Barry. *Unwarranted:* policing without permission. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. p. 274.

13. FRIEDMAN, Barry. *Unwarranted:* policing without permission. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. p. 274.

2. A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA EM APARELHOS CELULARES

O avanço dos meios tecnológicos impele o direito para panoramas cada vez mais complexos, nos quais a atuação do Estado na persecução de delitos e os direitos de personalidade dos indivíduos entram em rota de colisão. Nesse cenário, os meios de investigação criminal tendem a se servir de plataformas tecnológicas que possibilitam ampla acessibilidade e conectividade em uma sociedade da informação[14]. A evolução dos aparelhos celulares e a revolução provocada pelo surgimento dos *smartphones* garantem certamente que antigos julgados e decisões resultem, com o passar dos anos, insuscetíveis de bem apreender os novos fenômenos tecnológicos, requerendo-se, sempre, a reflexão em torno do novo.

O que deve ser imediatamente bem compreendido é que o aparelho celular configura-se, concomitantemente, como um objeto capaz de assegurar a portabilidade[15] de registros e informações de conteúdo pessoal e receptáculo de tecnologias de informação (especialmente aplicativos), que faz o papel de conector entre o usuário e múltiplos veículos de informação e facilitadores. Dessa maneira, ao mesmo tempo que o celular integra aparatos tecnológicos – como câmeras digitais, agendas de contato, calculadoras, gravadores de voz e outros tantos instrumentais –, também acaba por servir como um verdadeiro computador, atuando, então, como uma plataforma tecnológica de integração entre múltiplos canais de comunicação, além de permitir, como dispositivo tecnológico, a utilização de aplicativos de trocas de mensagens (*e.g.* WhatsApp), de acesso e movimentação de contas bancárias, de aquisição e armazenamento de passagens aéreas, de verificação e utilização de *e-mails* registrados no dispositivo, de acesso às redes sociais como o Facebook.

Portanto, evidentemente, o aparelho de telefone celular não se presta unicamente à comunicação por telefone, o que lhe rende uma terminologia enganosa. Apesar da nomenclatura "telefone celular", os atuais aparelhos (*smartphones*) são computadores móveis multifuncionais, capazes de servir, também, como instrumentos para ligações telefônicas. Logo, parece óbvio afirmar-se que a tutela do direito à privacidade que recai sobre os limites estatais na obtenção de informações não pode ser (bem) protegido, unicamente recorrendo-se ao argumento de que a Lei 9.296/96 não contempla a proteção dos dados digitais contidos no

14. Cf. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. v. 1.

15. O termo *portabilidade* é utilizado na informática para sinalizar a capacidade de um sistema operacional ser compilado e executado em diversas arquiteturas, tanto de *hardware* como de *software*.

aparelho telefônico. E isso é por demais elementar: um aparelho celular é multifuncional e a Lei 9.296/96 trata exclusivamente do sigilo telefônico.

Entretanto, o fato de que não há legislação específica sobre o acesso ao conteúdo do celular é diverso da afirmação de que se trata de um conteúdo de acesso "livre" às autoridades públicas. Interpretando-se rigorosamente todos os impactos trazidos pelas tecnologias móveis, a justaposição de inúmeros aplicativos em apenas um dispositivo não apenas reclama a reserva jurisdicional. O acesso aos distintos aplicativos reclama autorizações judiciais precisas: acesso a mensagens trocadas pelo WhatsApp, acesso a dados bancários, acesso a contas de *e-mail*, tudo isso reclama da autoridade judicial que examine as distintas formas de afastamento da privacidade. Assim, a rigor, para que a polícia examine dados bancários, telefônicos, contas de *e-mail*, o aplicativo WhatsApp, tudo deve ser detalhadamente requerido e examinado pelo juízo, sob pena de se estabelecer indevidas quebras não autorizadas a sigilos protegidos pela lei e pela Constituição da República. Aliás, o acesso ao telefone celular, mediante uma autorização genérica, poderia consistir em um "atalho" que facilitaria, mediante apenas um pedido e uma decisão, acesso a múltiplas dimensões da privacidade, considerando que o aparelho celular, como já referido, é, ao mesmo tempo, um facilitador e um mecanismo de armazenamento de informações.

Isso é assim porque duas são as balizas que regulam as atividades exercidas por intermédio dos aparelhos celulares. A primeira delas é a *portabilidade*. O uso cada vez mais disseminado de aplicativos capazes de gerenciar múltiplas tarefas humanas tem como elemento substancial o fato de que o aparelho celular pode armazenar todos esses utilitários em um só dispositivo. Portanto, em vez de o indivíduo ter um computador, uma câmera digital, uma agenda escrita e outros utilitários individualizados, utiliza um único dispositivo capaz de executar todas essas tarefas com alto grau de rendimento e performance. Assim, a capacidade de portabilidade, grande virtude dos *smartphones*, não implica renúncia, por parte do sujeito, da inviolabilidade de distintos direitos que podem ser exercidos nas operações acima referidas. Em síntese, portabilidade não se confunde com apreensibilidade dos bens.

Ademais, a portabilidade se tornou possível graças à capacidade de armazenamento e de memória que tais dispositivos são capazes de possuir. Logo, alguém antes da revolução digital jamais teria a possibilidade de ter apreendido consigo tantos documentos e informações como o armazenamento no celular permite. Sem dúvidas, o paralelo com os documentos físicos (objeto da decisão no caso *Olmstead* e que serviu durante largo tempo para a Suprema Corte americana balizar as suas decisões) é absolutamente inapropriado, pois o conteúdo apreendido em um dispositivo celular seria o equivalente a alguém ter apreendido milhares

de fotos, um computador, uma câmera digital, cartão e conta bancária, enfim, uma gama enorme de informações que jamais seriam apreendidos em um único momento estando na posse de um sujeito.

Além da portabilidade, que se constitui como um requisito absolutamente primordial nas relações sociais neste milênio, deve-se perquirir pela segunda questão que impõe uma dinâmica a ser considerada no uso de dispositivos móveis. Trata-se da questão da *segurança*[16]. Com efeito, a portabilidade acarreta importantes problemas em caso de perda ou mesmo de roubo ou furto do dispositivo móvel. As empresas que desenvolvem os aparelhos têm sofisticado cada vez mais os seus programas utilitários que garantam ao usuário do telefone celular certa segurança. Logo, sistemas de reconhecimento facial e reconhecimento por digitais são exemplos que identificam a preocupação dos usuários desses aparelhos com a segurança. Segurança que garante, a seu tempo, a relevantíssima portabilidade do dispositivo e todas as informações armazenadas. Para se ter ideia da importância das transações realizadas por meio digital, hoje em dia a maneira mais segura de se usar o *internet banking* é via o telefone celular e o aplicativo de banco[17].

2.1. O direito à privacidade e as novas tecnologias de informação: a insuficiência da regulação contida na Lei 9.296/96

O direito à privacidade não pode ser mais tratado dentro do paradigma clássico do *right to be left alone*, de acordo com a clássica formulação de Samuel Warren e Louis Brandeis em seu artigo de 1890[18]. O direito à privacidade não pode ser lido e interpretado apenas a partir de uma postura negativista e isolacionista como a do paradigma clássico. Posta em outros termos, a privacidade lida com o indivíduo e as múltiplas possibilidades de controle sobre as informações que lhe dizem respeito. E, como consequência, os diversos desenvolvimentos de uma teoria da *privacy*, mormente aquelas posteriores ao famoso estudo de Warren e Brandeis

16. E que deu causa a exaustivas batalhas judiciais pelo acesso a informações dos utilitários do Twitter nos Estados Unidos, derivada dos casos de vazamento de informações por Snowden (FRIEDMAN, Barry. *Unwarranted:* policing without permission. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018. p. 236).

17. EDITORIAL G1. *O celular ainda é o melhor meio para acessar o internet banking?*. 24.01.2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/o-celular-ainda-e-o-melhor-meio-para-acessar-o-internet-banking.html]. Acesso em: 11.01.2019.

18. WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1890. p. 193-220.

acabaram por deslocar a noção de privacidade para os direitos de personalidade. Dessa maneira, o que está em jogo não é – a não ser que se queira reproduzir um contexto jurídico-social liberal-individualista – um direito à privacidade *versus* um direito do Estado na persecução do crime. Têm-se como ponto de base as relações dos direitos da personalidade *versus* as indevidas inserções do Estado no âmbito daqueles complexos multilaterais de relações. Assim, a questão que fica clara é aquela dos limites e alcances dos direitos de personalidade.

Sendo um complexo de relações multilaterais, os direitos de personalidade compreendem: a) a inviolabilidade de domicílio; b) o controle sobre as informações de cunho pessoal; c) a liberdade corporal e de autodeterminação, entrando aqui questões como o aborto e a eutanásia; d) todas as questões envolvendo a vigilância e formas de interrogatório. É assim que a privacidade deixa de lado o *status* de "ser deixado só" para regular um conjunto de situações jurídicas que indicam escolhas de vida, que devem ser abrigadas contra formas de ingerência estatal e de estigmatização social, tutelando as liberdades tanto políticas quanto existenciais[19]. Assim, a esfera do privado corresponde inequivocamente o conjunto de dados pessoais[20], o que gera um direito à "autodeterminação informativa", sendo, em consequência disso, uma condição da cidadania[21]. Tomando-se o telefone celular como um conector entre diversos utilitários e aplicativos, chega-se facilmente à conclusão de que o dispositivo carrega tantas informações que, no limite, acabam se confundindo como uma extensão informacional da própria pessoa. O acesso ao telefone celular sem autorização judicial representa gravíssima violação aos direitos de personalidade, uma vez que, consoante já referido, esse *gadget* é um verdadeiro conector das mais variadas tecnologias, o que o torna não apenas uma ferramenta indispensável para muitas pessoas, como também uma extensão dos direitos de personalidade. Assim, com efeito, não se resume à proteção contra a quebra do sigilo veiculada na Lei 9.296/96, que regula as formas de interceptação telefônica.

Veja-se que se o sigilo telefônico deve ser objeto de autorização judicial, mais afrontoso seria o acesso aos dados contidos no telefone móvel, pois nesses dispositivos estão congregadas as mais amplas e irrestritas ebulições e manifestações do direito à personalidade (cuja segmentação pode ser conferida nos aplicativos para

19. RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete:* quali i diritti, quali i vincoli. Bari: Laterza, 2014. p. 129.

20. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância:* a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129.

21. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância:* a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 129.

celulares e em seus utilitários). No campo político criminal, em um país com mais telefones celulares do que pessoas[22], a permissão para que a polícia devasse e acesse sem restrições e autorização judicial o conteúdo dos aparelhos móveis equivaleria, no ponto, a esvaziar o direito à privacidade. Mandados de busca e apreensão de computadores, por exemplo, seriam medidas írritas, posto que a polícia poderia ter acesso livre ao computador perfectibilizado no telefone celular. Requerer uma autorização judicial para análise das contas de *e-mail* seria medida nula, posto que bastaria à polícia invadir o aparelho móvel e verificar as correspondências do suspeito.

Sem exagero, a revolução digital fez com que os telefones celulares fossem verdadeira extensão dos direitos de personalidade dos sujeitos. E, além disso, provocou uma mudança drástica no campo da preservação desses direitos. Tudo pode ser acessado por um único dispositivo portável[23]. Daí por que o telefone celular deve ter a mais ampla e irrestrita forma de proteção contra o acesso a dados por terceiros. Sendo um dispositivo que permite reconstruir onde a pessoa esteve, com quem ela falou, quais os horários, quais os *e-mails* enviados e recebidos, quais as mensagens trocadas, qual o círculo de conhecidos da pessoa e com quem ela interage (como nas redes sociais), o telefone celular representa uma sensível fragilidade do indivíduo frente à proteção de seus dados. A proteção ao telefone celular representa, hoje, a mais necessária tutela de proteção dos direitos à privacidade. Em outras palavras, franquear o acesso irrestrito aos dados digitais equivaleria a uma abolição completa dos direitos de personalidade no Brasil.

2.2. Alguns precedentes no processo penal brasileiro sobre o acesso a informações contidas em telefones móveis

No recurso ordinário em Habeas Corpus 51.531-RO, julgado em 2016, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre a matéria. Tratava-se, na opor-

22. EDITORIAL ESTADÃO. *Brasil já tem mais de um* smartphone *ativo por habitante, diz estudo da FGV*. 19.04.2018. Disponível em: [https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-diz-estudo-da-fgv,70002275238]. Acesso em: 11.01.2019.

23. "Le tecnologie informatiche oggi disponibili consentono di acquisire informazioni che vanno ben oltre lo spazio protetto dall'art. 15 cost., quello della comunicazione interpersonale. Come testé accennato, tramite esse è possibile osservare e controllare l'insieme delle relazioni sociali della persona presa di mira, le sue frequentazioni sul web, i frammenti della sua esperienza ricavabili da documenti scritti, fotografici, audio, video" (ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e Inadeguatezza di uma recente reforma. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018. p. 540).

tunidade, de crime de tráfico de drogas e de associação para o tráfico. A polícia apreendeu o celular do recorrente, procedeu à devassa dos dados contidos no telefone celular, produzindo prova pericial. Nesse caso, o fundamento precípuo que autorizou a polícia a proceder à coleta das informações contidas no aparelho celular foi o de que o procedimento não estava albergado pela Lei 9.296/96, argumento utilizado reiteradas vezes em procedimentos criminais no Brasil.

Nesse caso específico, em seu voto, o Ministro Nefi Cordeiro asseverou que o telefone celular deixou de ser um instrumento que se presta unicamente a conversas telefônicas, permitindo o acesso a inúmeras funções[24]. Além disso, a tese proposta pelo Ministro Nefi Cordeiro acerca da ilicitude da prova foi corroborada pelo voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, ao sustentar que o precedente exarado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 91.867-PA, julgado em 2012, não poderia analisar a verdadeira revolução tecnológica operada pelos *smartphones*, o que o torna imprestável para servir de arrimo a qualquer julgado que porventura venha a ser realizado sobre a questão da acessibilidade ao conteúdo de telefone celular.

Como se pode notar, há que se ter em mente que o acesso não autorizado aos telefones celulares, com a utilização de informações privadas ali existentes pela polícia, não pode ser tratado como se apenas se estivesse diante de situação análoga à quebra de sigilo telefônico, pois coloca a situação jurídica em estado muito aquém de todas as dimensões do direito à privacidade que acabam por ser colocadas em xeque pelos avanços da tecnologia móvel. Não se trata, como referido nesse caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de quebra de sigilo telefônico. Trata-se de violação a todos os direitos de personalidade que se encontram cristalizados no uso do celular como ferramenta de comunicação, não restrita às conversas telefônicas bem como de dispositivo de armazenamento, capaz de guardar em sua memória uma significativa quantidade de informações pessoais como fotos e vídeos.

Outro precedente julgado no Brasil e que trata de matéria similar é o recurso ordinário em Habeas Corpus 89.981-MG e que se coaduna com o caso alhures referido. O recurso tinha como objeto de análise uma denúncia pela prática

24. *In verbis*: "atualmente, o celular deixou de ser apenas um instrumento de conversação pela voz à longa distância, permitindo, diante do avanço tecnológico, o acesso de múltiplas funções, incluindo, no caso, a verificação da correspondência eletrônica, de mensagens e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional" (Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 51.531-RO, da Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 19.04.2016.

do crime de furto qualificado e associação criminosa. A autoridade policial teria, em uma abordagem policial e sem autorização judicial, acessado mensagens arquivadas no WhatsApp, violando o conteúdo de intimidade do recorrente. O STJ decidiu no sentido da ilicitude da colheita dos dados contidos no aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, bem como das demais derivadas, nos termos do art. 157 do CPP. Nessa perspectiva, fundamentou que teria sido vilipendiada a inviolabilidade da privacidade dos dados armazenados no celular (mensagens de texto arquivados no WhatsApp).

Com efeito, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca proferiu seu voto dando provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para reconhecer a ilicitude da colheita dos dados dos aparelhos telefônicos e das demais provas recorrentes, com o seu posterior desentranhamento dos autos. Fundamentou que, apesar de o caso não configurar uma hipótese prevista pela Lei 9.296/1996 nem pela Lei 12.965/2014 – haja vista a diferenciação de quebra do sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica (violação da garantia de inviolabilidade de comunicações) – com o acesso indevido a dados de celular apreendido sem autorização judicial, era possível constatar-se a violação à intimidade e à vida privada, nos termos do art. 5º, X, da CF.

Contudo, apesar dessas decisões exaradas pelo STJ, há precedente do Supremo Tribunal Federal[25] em que o acesso aos dados contidos no telefone celular é questionado. Naquela oportunidade, entendeu-se que não haveria qualquer violação à privacidade o acesso da polícia no telefone celular. Três seriam os pontos de apoio da decisão: a) inexistência de direitos fundamentais absolutos; b) ausência de proteção da Lei 9.296/96; c) a privacidade protege o sigilo da comunicação de dados e não "os dados". No entanto, nenhum desses argumentos é capaz de dar conta da complexidade das questões envolvendo os direitos fundamentais e os direitos de personalidade diante de dispositivos multifuncionais.

Os *smartphones*, que passaram a integrar os mais diversos tipos de tecnologia, passaram a ser, a rigor, extensões do direito à personalidade de seus proprietários e usuários, capazes de armazenar informações que de nenhuma forma seriam abertas ao público em geral. Funcionam em muitas hipóteses como verdadeiras próteses cibernéticas, bastando para isso verificar-se o funcionamento da memória do celular, que substituiu progressivamente o próprio uso da memória humana no

25. O Habeas Corpus 91.867-PA e o Mandado de Segurança 23.452-RJ são exemplos do entendimento adotado pelo STF no sentido de exclusão da reserva de jurisdição dos registros telefônicos, ou seja, do acesso aos registros de chamadas do telefone independer de autorização judicial.

armazenamento de números de conhecidos ou de pessoas de nossas relações sociais. O paralelo traçado na comparação com o sigilo da comunicação telefônica e eventuais documentos físicos é manifestamente inapropriado. No primeiro caso, o dispositivo móvel ultrapassa e muito a esfera da comunicação telefônica. Disso decorre a necessidade de maior proteção relativamente à própria comunicação telefônica.

Por outro lado, comparar os dados digitais com os físicos também se mostra um procedimento inadequado, pois ninguém portaria consigo tamanha documentação. É, como salientado, justamente a portabilidade, capacidade de armazenamento e segurança que garantem aos indivíduos a confiança em terem a sua privacidade protegida. Como assinalou a Suprema Corte Americana em caso que será analisado, autorizar a devassa no aparelho celular hoje representa maior ingerência na privacidade do que uma busca e apreensão no domicílio.

No julgamento do caso Riley *vs.* California, o juiz Samuel Alito levantou a questão sobre a possibilidade de a polícia examinar fotos e pedaços de papel contendo nomes e números de telefone. Todavia, a Suprema Corte Americana acabou por reconhecer a mais absoluta diversidade da natureza jurídica de ambos os tipos de informação, de maneira que as provas físicas e as digitais são completamente distintas, não se prestando a comparação para fins jurídicos. Ou, ainda, nas palavras da Suprema Corte americana no caso Riley *vs.* California, "o fato de que alguém dobrou e guardou um extrato bancário no bolso não justifica uma busca em todos os extratos bancários nos últimos cinco anos"[26].

Autorizar a polícia a proceder a uma devassa no celular das pessoas sem autorização judicial equivale hoje a tornar 306 milhões de aparelhos sem qualquer tipo de proteção[27]. É ainda mais grave do que autorizar a polícia a violar o domicílio de todos os nossos habitantes, pois nem mesmo nessa modalidade se poderia encontrar tanta informação reunida como em um dispositivo móvel[28].

---

26. "The fact that someone could have tucked a paper bank statement in a pocket does not justify a search of every bank statement from the last five years" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Riley *vs.* California, 573 U.S. Sentença de 25 de junho de 2014. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/]. Acesso em: 10.12.2018.

27. Disponível em: [https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-diz-estudo-da-fgv,70002275238]. Acesso em 11.01.2019.

28. Cf. DERY III, George M.; MEEHAN, Kevin. A new digital divide? Considering the implications of Riley *v.* California's warrant mandate for cell phone searches. *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change,* v. 18.4, 2015.

Atualmente, em sede do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral do Recurso Extraordinário com Agravo 1.042.075-RJ, caso[29] que versava justamente acerca da licitude de prova obtida por meio de acesso a dados do telefone celular sem autorização judicial[30]. O julgamento foi agendado para o dia 13 de março de 2019.

3. Bases normativas e jurisprudenciais de direito comparado

Considerando-se, portanto, que a matéria no Brasil é bastante recente, calha trazer à tona alguns dados de direito comparado capazes de contribuir para a discussão a respeito da matéria.

3.1. As inovações na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão

O Tribunal Constitucional Federal alemão compreendeu as mudanças da revolução tecnológica no campo da sociedade de informação em seu corpo jurisprudencial, a contribuir com importante reforma na concepção do direito fundamental. Assim, dentro de sua função inerente à responsabilidade de produção da jurisprudência

29. Tratava-se de um crime tipificado pelo art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, cuja absolvição foi proferida em segunda instância, pela Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em razão de prova obtida por meios ilícitos. O núcleo de fundamentação do presente recurso extraordinário com agravo conecta-se à possibilidade juridicamente válida e legítima de a autoridade policial, independentemente de autorização judicial, examinar dispositivo de telefone móvel, colhendo informações que reputar satisfatórias para empreender cursos de ação ações investigativas. Após a inadmissão do recurso extraordinário, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo, pretendendo ver examinada a questão de fundo, ligada ao exame dos artigos 5º, XII e LVI da Constituição da República. Dessa forma, o recurso interposto pelo Ministério Público trata do exame de constitucionalidade difusa das seguintes regras de natureza constitucional: a) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; b) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

30. A respeito desse caso, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto de Garantias Penais (IGP), o Artigo 19 Brasil e a Witness requereram a admissão no feito na qualidade de *amici curiae*. Ocorre que a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli foi no sentido de indeferimento do pedido formulado pelo IBCCRIM, por ausência de representatividade e de demonstração da "utilidade", bem como indeferimento do requerimento do IGP, do artigo 19 Brasil e da Witness, por ausência de cumprimento do requisito da "oportunidade".

constitucional e frente aos progressos científico-tecnológicos, o Tribunal realizou um exercício hermenêutico legítimo do Direito para se adaptar às novas circunstâncias da sociedade atual, inovando dentro da esfera do direito constitucional[31].

A sentença referente ao caso *Lüth* foi a primeira a contribuir nesse processo. Versava sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e auxiliou na chamada "constitucionalização do ordenamento jurídico". O Tribunal consolidou entendimento de que os direitos fundamentais teriam também uma espécie de "dimensão jurídico-objetiva" para todo o ordenamento jurídico. Logo, deveria colaborar com o desenvolvimento dos deveres de proteção e elaboração da *prohibición del defecto de protección*, qual seja, a proibição do excesso à limitação dos direitos fundamentais desenvolvida no marco do princípio da proporcionalidade[32].

No ano de 1983, o Tribunal alemão proferiu decisão a respeito da proteção do direito geral de personalidade, com base nos arts. 2.1 e 1.1 GG, determinando a possibilidade de o indivíduo decidir sobre a entrega de seus dados pessoais. Nessa perspectiva, o caso alemão configurava situação semelhante ao caso brasileiro sobre os dados digitais do aparelho celular. Essa sentença refletiu uma maior exploração por parte do Tribunal alemão sobre a matéria dos direitos fundamentais, também com base nos arts. 2.1 e 1.1 GG. O direito constitucional foi hermeneuticamente desenvolvido pelo Tribunal, no intuito de adaptar o direito geral da personalidade. Como consequência, concluiu-se pela impossibilidade de proteção da autonomia de liberdade do sujeito dentro da nova sociedade de informação e, em 2008, conceituou-se o chamado "direito fundamental IT" (direito fundamental das tecnologias e da informação e telecomunicação) e se passou a denominar "garantia" do direito fundamental em vez de "proteção" – a fazer referência ao Estado garante e à dimensão jurídico-objetiva da proteção dos direitos fundamentais[33]. A criação desse direito fundamental sem preceden-

31. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la Sociedad de la Información. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 12, n. 64, jul.-ago. 2015. p. 42.

32. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la Sociedad de la Información. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 12, n. 64, jul.-ago. 2015. p. 44.

33. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la Sociedad de la Información. *Direito Público*, Porto Alegre, ano 12, n. 64, jul.-ago. 2015. p. 50.

tes é oriunda da obrigação estatal de proteção a dignidade das pessoas e o livre desenvolvimento de sua individualidade diante das agressões externas, a incluir a da própria autoridade pública[34]. O caso também estimulou uma mudança na disciplina constitucional, com a previsão do art. 91c GG.

Em conclusão, o exemplo alemão demonstra a importância do exercício hermenêutico do Tribunal constitucional para garantir a supremacia dos direitos fundamentais, atualmente em crise na sociedade contemporânea. Diante dos avanços tecnológicos e da extensão das capacidades de abusos autoritários, o Tribunal reconheceu o seu papel essencial na barragem de situações ilegais e na adoção de medidas de correção e/ou reparação para a proteção dos direitos. Logo, a extensão pormenorizada do direito fundamental à proteção da personalidade desenvolvido no corpo jurisprudencial alemão é uma referência exemplar à posição que deve ser adotada no presente caso pelo ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a responsabilidade dos órgãos jurisdicionais em contribuir com a proibição dos excessos às limitações dos direitos fundamentais dentro do marco da proporcionalidade.

3.2. O leading case *Riley* vs. *California*

Um dos mais conhecidos casos em que um tribunal superior foi chamado a enfrentar a questão do acesso não autorizado a celular é o julgado Riley *vs.* California, objeto de análise pela Suprema Corte Americana dos Estados Unidos. Nesse caso, o acusado Riley foi detido pela polícia de San Diego, que constatou estar a sua carteira de motorista vencida. Ao proceder à revista do veículo, a polícia encontrou duas armas. Incontinenti, a polícia revistou e encontrou o celular de Riley, constatando informações relevantes em seu celular, conectando o acusado a uma gangue responsável por um homicídio.

Para que seja bem compreendido o caso, a polícia norte-americana está autorizada a proceder à revista nas pessoas presas em flagrante, tendo em vista a doutrina denominada como SITA (*search incident to a lawful arrest*), que permite aos policiais procederem à busca no corpo do preso e nas imediações em que a prisão aconteceu, com a finalidade específica de encontrar objetos que possam comprometer a integridade física dos policiais. No caso específico, a doutrina SITA, que havia sido produzida no caso Chimel *vs.* California, de 1969 (e que corresponde a uma das pequenas exceções norte-americanas à Quarta Emenda, garantindo

34. ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e Inadeguatezza di uma recente reforma. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, p. 541.

uma busca sem mandado judicial) havia sido invocada e aplicada tanto pelo juiz de primeiro grau quanto pelo Suprema Corte da California[35].

No caso Chimel *vs.* California, debateu-se a extensão e a razoabilidade do mandado de busca. Chimel foi preso em sua casa, e os policiais procederam a uma busca completa em sua casa (de três quartos), incluindo a garagem e o sótão. Vejamos o argumento adotado pela Suprema Corte nesse caso:

> "Quando uma prisão é realizada é razoável ao agente policial proceder à busca na pessoa detida a fim de remover quaisquer armas que depois possam ser utilizadas para resistir à prisão ou obter uma fuga. Do contrário, a segurança do policial pode ser colocada em risco e a própria prisão frustrada. Ademais, é completamente razoável para o policial que efetuou a prisão proceder à busca de qualquer prova da pessoa do detido, a fim de evitar a sua ocultação ou destruição... Há ampla justificação, assim, para uma busca sobre a pessoa detida e na área "sob o seu controle imediato", significando tal frase a área dentro da qual ele pode obter a posse de uma arma ou a prova sujeita à destruição (Tradução nossa)[36]".

No julgado proferido pela Suprema Corte da California, sustentou-se a doutrina SITA, afirmando-se que os policiais poderiam explorar livremente o celular do detido, utilizando-se de precedente recente (People *vs.* Díaz), desde que o celular fosse encontrado com o acusado ou nas imediações da prisão (na área de seu alcance, consoante expressão utilizada no caso Chimel *vs.* California). O caso Riley *vs.* California é, na verdade, a junção de dois casos: o próprio Riley e o caso United States *vs.* Wurie[37]. A primeira questão colocada em cena no julgamento

35. Chimel *vs.* California, 395 U. S. 752 (1969).

36. "When an arrest is made, it is reasonable for the arresting officer to search the person arrested in order to remove any weapons that the latter might seek to use in order to resist arrest or effect his escape. Otherwise, the officer's safety might well be endangered, and the arrest itself frustrated. In addition, it is entirely reasonable for the arresting officer to search for and seize any evidence on the arrestee's person in order to prevent its concealment or destruction. There is ample justification, therefore, for a search of the arrestee's person and the area 'within his immediate control' – construing that phrase to mean the area from within which he might gain possession of a weapon or destructible evidence" (Chimel *v.* California, 395 U. S. 752 (1969) 762-763).

37. Nesse caso, Brima Wurie foi preso pela polícia sob a suspeita de prática de tráfico de drogas: a polícia procedeu à busca em dois celulares do preso, incluindo aí um celular de tecnologia mais antiga, pré-*smartphone* (*flip phone*). A polícia verificou que esse celular estava recebendo chamadas de um contato chamado "minha casa". Os policiais abriram o celular e identificaram o número correspondente ao contato "minha casa". E

dos casos era a de que o acesso ao conteúdo digital do telefone não representava um risco à integridade física dos agentes policiais, de forma que não se poderia estar ao abrigo da doutrina SITA.

Analisando-se as distintas manifestações da Suprema Corte quanto à necessidade de mandados judiciais para obtenção da prova, constata-se claramente uma orientação no sentido de submeter a diligência ao critério da razoabilidade. Assim, o primeiro elemento que deve ser analisado em qualquer busca é a razoabilidade. A proteção estabelecida na Quarta Emenda da Constituição Americana protege os cidadãos contra buscas ilegais. E, portanto, a polícia, em caso de dúvida se precisa ou não de mandado judicial, deve requerê-lo. A razoabilidade como parâmetro da busca já foi produto do precedente Brigham City *vs.* Stuart, de 2006[38]. Também no precedente Vernonia School Dist. 47J *v.* Acton, a Suprema Corte havia se manifestado novamente sobre o mandado judicial, dessa vez afirmando que "quando uma busca é realizada pelos oficiais para descobrir provas de um crime... a razoabilidade geralmente determina a obtenção de um mandado judicial"[39]. A importância do mandado judicial é colocada fora de qualquer dúvida, consoante o caso Johnson *vs.* United States, quando a Corte asseverou que a relevância do mandado está na circunstância dele ser "elaborado por magistrado neutro e imparcial, ao invés de ser decidido por um agente engajado na atividade competitiva de descobrir o crime"[40].

Ainda de acordo com o julgamento proferido pela Suprema Corte, o juiz John Roberts traça importante distinção entre o caso Riley *vs.* California e as variações da doutrina SITA que foram se produzindo ao largo de anos, especialmente o caso United States *vs.* Robinson, de 1973. Nesse caso, a doutrina elaborada no caso Chimel foi aplicada em um contexto de prisão realizada por um policial, uma vez que o motorista Robinson estava dirigindo com a sua licença vencida. O policial procedeu a uma busca no corpo de Robinson, encontrando embaixo de

concluíram que se tratava do apartamento de Wurie. Após obter um mandado, encontraram no apartamento de Wurie drogas, dinheiro, munição e arma de fogo.

38. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Brigham City *vs.* Stuart, 547 U. S. 398, 403, Sentença de 2006.

39. "[w]here a search is undertaken by law enforcement officials to discover evidence of criminal wrong-doing, . . . reasonableness generally requires the obtaining of a judicial warrant" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Vernonia School Dist. 47J *vs.* Acton, 515 U. S. 646, 653, sentença de 1995).

40. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Johnson *vs.* United States, 333 U. S. 10, 14, sentença de 1948.

seu casaco um objeto que não podia identificar. Ato contínuo, o policial retirou o objeto e constatou que se tratava de uma carteira de cigarro. Dentro da carteira estavam 14 cápsulas de heroína. A discussão em torno desse caso cingiu-se novamente à irrazoabilidade da busca no acusado e a doutrina SITA. A questão levantada pelo juiz John Roberts é a de se tais precedentes poderiam ser aplicados aos telefones celulares.

Tanto os *smartphones* quanto os celulares de tecnologia menos avançada (como aquele do caso Wurie) eram dispositivos impensáveis no tempo em que a doutrina SITA e suas variantes foram concebidas pela Suprema Corte Americana. Fundamentalmente porque o caso Robinson trata de busca e apreensão de bens físicos, e não de dados digitais contidos em um dispositivo. Logo, de acordo com o juiz da Suprema Corte, a racionalidade que guiava o caso Robinson é naturalmente inaplicável à busca em celulares. E isso por duas razões: a) a busca por conteúdo digital em celular não oferece risco à integridade física do policial; b) não há perigo de destruição de informações contidas no dispositivo móvel, posto que não se podem equiparar os dados digitais com as provas físicas. Nesse sentido, vale à pena transcrever as palavras do juiz Roberts:

> "Os dados digitais armazenados em um telefone celular não podem eles mesmos ser usados para agredir um policial ou para garantir a fuga. Os agentes policiais continuam livres para examinar os aspectos físicos do telefone, para assegurar que ele não será usado como uma arma, isto é, para determinar se há uma lâmina escondida entre o telefone e a sua capa. Uma vez que o policial verificou o telefone e eliminou qualquer ameaça física potencial, os dados do telefone não podem colocar ninguém em risco (Tradução nossa)[41]".

Resta, então, verificar a possibilidade de a busca no celular ser legítima com a finalidade de possível destruição de provas, que aparece como a segunda racionalidade subjacente ao caso Chimel *vs.* California. De acordo com a lógica aplicada pelo juiz Roberts no caso Riley *vs.* California, não há nenhum risco de que o sujeito detido pudesse comprometer os dados encontrados no aparelho celular.

41. "Digital data stored on a cell phone cannot itself be used as a weapon to harm an arrest ing officer or to effectuate the arrestee's escape. Law enforcement officers remain free to examine the physical aspects of a phone to ensure that it will not be used as a weapon—say, to determine whether there is a razor blade hidden between the phone and its case. Once an officer has secured a phone and eliminated any potential physical threats, however, data on the phone can endanger no one" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Riley *vs.* California, 573 U.S. Sentença de 25 de junho de 2014. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/]. Acesso em: 10.12.2018.

Bastaria que os próprios policiais fisicamente resguardassem o aparelho até a emissão do mandado judicial.

No caso Riley *vs.* California discutiu-se sobre a possibilidade de duas ameaças que poderiam colocar em risco as provas digitais: a) a limpeza remota do dispositivo; b) a criptografia. No primeiro caso, para ocorrer a limpeza remota, uma terceira pessoa deveria enviar um sinal via *wireless*, apagando os dados digitais do telefone ou, ainda, quando o celular está programado para limpar os seus dados quando ingressa em uma determinada área (*geofencing*). Por seu turno, a criptografia é uma ferramenta de segurança presente nos celulares contemporâneos, para além da senha de acesso. Quando a criptografia entra em cena, acionada pela tentativa de acesso, os dados se tornariam protegidos por uma tecnologia de difícil suplantação. Para evitar a primeira ameaça, bastaria aos agentes policiais desconectar o aparelho da rede *wireless* ou, ainda, desligar o dispositivo. Para acabar com o perigo da criptografia entrar em ação, bastaria aos policiais deixar o aparelho ligado, colocando-o em uma mochila revestida de alumínio (mochilas de Faraday), cortando qualquer possibilidade de ondas via rádio chegarem ao celular.

Dessa maneira, os dados contidos no celular eram muito diversos do caso Robinson, onde se procedeu à busca na roupa do detido e dentro de uma carteira de cigarro. Neste ponto, o juiz Robert acentua claramente que

> "[...] os telefones celulares diferenciam-se, tanto quantitativa quanto qualitativamente dos objetos que poderiam estar com uma pessoa detida. O termo "telefone celular" é enganoso. Muitos destes dispositivos são de fato minicomputadores que também têm a capacidade para ser usados como telefones. Eles poderiam ser facilmente chamados de câmeras, aparelhos de vídeo, agendas, calendários, gravadores, bibliotecas, diários, álbuns, televisões, mapas ou jornais (Tradução nossa)[42]".

Uma das principais características dos celulares contemporâneos é a sua capacidade de armazenamento. Antes desses aparelhos, a busca em uma pessoa traria menores impactos em seu direito de privacidade. É justamente essa capacidade

42. "Cell phones differ in both a quantitative and a qualitative sense from other objects that might be kept on an arrestee's person. The term "cell phone" is itself misleading shorthand; many of these devices are in fact minicomputers that also happen to have the capacity to be used as a telephone. They could just as easily be called cameras, video players, rolodexes, calendars, tape recorders, libraries, diaries, albums, televisions, maps, or newspapers" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Riley *vs.* California, 573 U.S. Sentença de 25 de junho de 2014. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/]. Acesso em: 10.12.2018.

de armazenamento um dos pontos centrais relativos ao caso Riley *vs.* California. Novamente trazendo à baila as palavras do juiz Roberts, tem-se que:

> "[...] a capacidade de armazenamento dos telefones celulares tem diversas consequências inter-relacionadas para a privacidade. Em primeiro lugar, um telefone celular reúne em apenas um lugar distintas formas de informação – um endereço, uma nota, uma prescrição, uma declaração bancária, um vídeo que revela muito mais em combinação que um arquivo isolado. Em segundo lugar, a capacidade do celular permite que apenas um tipo de informação transmita muito mais do que anteriormente era possível. A soma da vida privada de um indivíduo pode ser reconstruída através de mil fotografias datadas, localizações e descrições. O mesmo não pode ser dito de uma ou duas fotografias de seus entes queridos amassada na carteira. Em terceiro lugar, os dados do celular podem retroagir à data da aquisição do telefone ou mesmo antes. Uma pessoa pode portar consigo um pedaço de papel lembrando-a de ligar para o sr. Jones. Ele não traria consigo um arquivo de todas as suas comunicações com o Sr. Jones dos últimos meses, como seria rotineiramente mantido pelo telefone (Tradução nossa)[43]".

Como vislumbrado corretamente pelo juiz Roberts, antes da era digital, ninguém carregaria ou portaria consigo tanta informação. Contemporaneamente, pessoas que não portam celulares seriam a exceção nos Estados Unidos. De acordo com a pesquisa 2013 Mobile Consumer Habits Study, realizada pela Harris Interactive, três quartos dos usuários de telefone celular alegam estar o tempo todo com o aparelho, enquanto 12% afirmar que usam os celulares até mesmo no chuveiro. Essa é apenas a diferença quantitativa referentemente aos demais tipos de dados. Qualitativamente, o uso do telefone celular pode revelar onde a pessoa

43. "The storage capacity of cell phones has several interrelated consequences for privacy. First, a cell phone collects in one place many distinct types of information – an address, a note, a prescription, a bank statement, a video that reveal much more in combination than any isolated record. Second, a cell phone's capacity allows even just one type of information to convey far more than previously possible. The sum of an individual's private life can be reconstructed through a thousand photographs labeled with dates, locations, and descriptions; the same cannot be said of a photograph or two of loved ones tucked into a wallet. Third, the data on a phone can date back to the purchase of the phone, or even earlier. A person might carry in his pocket a slip of paper reminding him to call Mr. Jones; he would not carry a record of all his communications with Mr. Jones for the past several months, as would routinely be kept on a phone" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Riley *vs.* California, 573 U.S. Sentença de 25 de junho de 2014. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/]. Acesso em: 10.12.2018).

esteve (e essa é uma das características primárias de todo telefone celular), reconstruir o seu passo a passo durante largo período, podendo-se determinar, inclusive, se ela ingressou ou não em determinado local, como uma farmácia ou um escritório. Isso sem falar, inclusive, dos aplicativos. Como asseverou a Suprema Corte Americana,

> "uma busca em um telefone celular exporia ao governo muito mais do que a mais exaustiva busca em uma casa. Um celular não apenas contém em forma digital arquivos sensíveis previamente encontrados na casa. Ele também contém um amplo rol de informações privadas que jamais seriam encontradas na casa a não ser através do telefone"[44].

A situação se torna ainda mais complexa quando se constata que o uso de telefones celulares também é feito para acessar dados digitais que não se encontram armazenados no próprio aparelho (*cloud computing*). O acesso de conteúdo armazenado na nuvem trata da capacidade do dispositivo em acessar dados que estão armazenados em servidores remotos. Alguns usuários não conseguem distinguir entre os dados armazenados no celular e aqueles armazenados na nuvem, como bem identificado pelo *Brief for Amicus Curiae Electronic Privacy Information Center (Epic)*. E tais dados estariam fora da margem de proteção da doutrina SITA. Acentuou o juiz Roberts que esse tipo de busca seria como encontrar a chave da casa no bolso do suspeito e argumentar que tal fato autorizaria a busca feita pela polícia.

O entendimento adotado foi no sentido de que a busca dos dados eletrônicos no aparelho celular é muito mais "invasiva" que a busca realizada em uma casa, "porque não apenas expõe 'registros sensíveis' da casa, mas também informações 'jamais encontradas em uma casa'"[45]. O que foi certificado na decisão é a circunstância de que não se está a imunizar o aparelho celular da busca, mas apenas de que ela deve ser precedida de mandado judicial.

---

44. "A cell phone search would typically expose to the government far more than the most exhaustive search of a house: A phone not only contains in digital form many sensitive records previously found in the home; it also contains a broad array of private information never found in a home in any form unless the phone is" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Riley *vs.* California, 573 U.S. Sentença de 25 de junho de 2014. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132/]. Acesso em: 10.12.2018.

45. DERY III, George M.; MEEHAN, Kevin. A new digital divide? Considering the implications of Riley *v.* California's warrant mandate for cell phone searches. *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change,* v. 18.4, 2015. p. 339.

Apesar dos grandes avanços percorridos com o presente acórdão para a compreensão da Quarta Emenda na nova era tecnológica, alguns autores apontam problemas na sentença. Kelly Ozurovich, por exemplo, evidencia três falhas[46]: i) a ausência da previsão referente a dispositivos inteligentes além dos telefones celulares, bem como inexistência de diferenciação de telefones celulares com *smartphones*; ii) a debilidade da orientação a respeito da aplicabilidade da sentença quando se trata da busca dos demais dispositivos tecnológicos, em razão do agrupamento dos casos de Wurie e Riley sem abordar as suas diferenças; e iii) a potencial confusão a respeito da desnecessidade da adesão ao precedente com a distinção dos casos Riley de Robinson. A autora desenvolve no sentido de que a Suprema Corte não considerou as características típicas de um telefone celular comum – como o do caso Wurie – e de outros dispositivos inteligentes comumente utilizados pela sociedade que se assemelham, em termos de ingerência de privacidade, com os *smartphones*, como iPad e iPods e propõe, como solução, um entendimento mais amplo com um debate a respeito das tecnologias mais recentes.

3.3. A legislação espanhola

Os legisladores espanhóis buscaram contemplar as mudanças da sociedade contemporânea referentes ao uso corriqueiro das tecnologias de informação na investigação criminal. Nesse sentido, em sua reforma processual, dispuseram acerca da imprescindibilidade de conformar o direito interno à previsão do *corpus juris* europeu "a partir da regulação das medidas de investigação tecnológica no âmbito dos direitos à intimidade, ao segredo das comunicações e à proteção de dados pessoais garantidos pela Constituição"[47].

O artigo 588, sexies b, da *Ley de Enjuiciamento Criminal* espanhola trata do acesso à informação sobre os dispositivos eletrônicos apreendidos fora do domicílio do investigado. Naturalmente, em tal caso, compreende-se o telefone celular. De acordo com a legislação espanhola:

46. OZUROVICH, Kelly. Riley *v.* California – Cell phones and technology in the twenty-first century. *Loy. L.A. L. Rev.*, v. 48, , 2015. p. 519-523. Disponível em: [https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol48/iss2/8]. Acesso em: 11.01.2019.

47. A Ley Orgánica 13/2015 introduziu a reforma procesual na legislação espanhola e em seu preâmbulo dispôs: "Entre dichas cuestiones se encuentran el fortalecimiento de los derechos procesales de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y la regulación de las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos personales garantizados por la Constitución".

> "La exigencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior será también aplicable a aquellos casos en los que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repositorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos. Si éste considera indispensable el acceso a la información albergada en su contenido, otorgará la correspondiente autorización".

Prossegue o documento, no seu art. 588, sexies c, confirmando a necessidade de autorização judicial:

> "1. La resolución del juez de instrucción mediante la que se autorice el acceso a la información contenida en los dispositivos a que se refiere la presente sección, fijará los términos y el alcance del registro y podrá autorizar la realización de copias de los datos informáticos. Fijará también las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación para hacer posible, en su caso, la práctica de un dictamen pericial".

Como se pode notar, tem-se mais um caso de proteção dos dados contidos em dispositivo eletrônico móvel, em que a autorização judicial se faz absolutamente necessária para a validade das fontes de informação armazenadas no telefone.

3.4. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e a Diretiva 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho

No que diz respeito à proteção de dados pessoais na chamada "sociedade de informação", o continente europeu caminhou em direção à consolidação de algumas previsões normativas. Não apenas cabe destacar o art. 16 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e o art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como também alguns diplomas que passaram a influenciar a produção legislativa da região. Entre eles, estão as Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais[48]-[49]

48. Cf. *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*.

49. Importante observar alguns dos princípios listados pelo diploma, entre os quais destacam-se:

Princípio de limitação da coleta

7. A coleta de dados pessoais deveria ser limitada e qualquer desses dados deveria ser obtido através de mios legais e justos e, caso houver, informando e pedindo o consentimento do sujeito dos dados.

Princípio de limitação de utilização

da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), de 1980; a Convenção 108 da União Europeia (Convenção para a proteção de indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais), de 1981; a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu, sobre proteção às pessoas físicas, no que diz respeito ao tratamento de dados e da circulação destes; a Diretiva 2002/58/CE, sobre o tratamento de tais dados de forma eletrônica; os *Safe Harvour Privacy Principles*, de 2002; e, em 2012, uma reforma de proteção de dados, em 2016, com a previsão do Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que revogou a Diretiva 95/46/CE, e foi complementado pela Diretiva 2016/680 (relativa à proteção de pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detenção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais e a livre circulação desses dados), com vigência a partir de maio de 2018.

Uma vez considerado o quadro normativo da região supramencionado, volta-se à produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual veio proferindo interessantes decisões referentes ao acesso à prova digital, quais sejam: i) Promusicae, em matéria cível, de 29 de janeiro de 2008 (C-275/06)[50];

10. Dados pessoais não deveriam ser divulgados, comunicados ou utilizados com finalidades ouras das que foram especificadas de acordo com o § 9, salvo

1. com o consentimento do sujeito dos dados

2. por força de lei

50. Esse acórdão diz respeito aos produtores de música da Espanha (Promusicae) contra a empresa de telefonia da Espanha SAL no que tange à divulgação de determinados dados de tráfego e os limites entre a obrigação de divulgação e a proteção da confidencialidade das comunicações eletrônicas. Ademais, também analisava questões de propriedade intelectual que não interessam à temática abordada. A decisão foi baseada no princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

"[…] o direito comunitário exige que os referidos Estados, na transposição dessas diretivas, zelem por que seja seguida uma interpretação das mesmas que permita assegurar o justo equilíbrio entre os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária. Seguidamente, na execução das medidas de transposição dessas diretivas, compete às autoridades e aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não só interpretar o seu direito nacional em conformidade com essas mesmas diretivas mas também seguir uma interpretação destas que não entre em conflito com os referidos direitos fundamentais ou com os outros princípios gerais do direito comunitário, como o princípio da proporcionalidade" (Cf. Productores de Música de España (Promusicae) *vs.* Telefónica de España SAU, TJUE, Processo C-275/06, 29.01.2008).

ii) *Leading Case Digital Rights Ireland e Seitlinger* e o[51]; iii) *Schrems*, 06 de outubro de 2015 (C-362/14)[52]; iv) Acórdão *Tele2 Sverige* (Processo C-203/15)[53], de

51. A Digital Rights Ireland Ltd. (DRI) é uma sociedade comercial de responsabilidade limitada que tem como objeto estatutário a promoção e proteção dos direitos cíveis no universo das tecnologias de comunicação modernas. A DRI teve suas comunicações tratadas, conservadas e controladas ilegalmente pela autoridade irlandesa, de modo que a empresa solicitou a anulação dos atos de direito interno que possibilitavam às autoridades irlandesas impor aos fornecedores de serviços de telecomunicação a conservação dos dados de telecomunicação, uma vez que entendiam ser inconstitucional, assim como questiona a Diretiva 2006/24 com base na Carta dos Direitos Fundamentais. O Advogado-Geral concluiu que existe um "direito à vida privada relativamente ao tratamento de dados pessoais" uma vez que "[...] o direito proteção dos dados pessoais assenta no direito fundamental ao respeito pela vida privada (52), pelo que, como o Tribunal de Justiça teve oportunidade de salientar (53), os artigos 7° e 8° da Carta estão indissociavelmente relacionados (54) [...] [...]72. Em qualquer caso, contudo, a recolha (63) e, sobretudo, a conservação (64), em gigantescas bases de dados, de múltiplos dados, gerados ou tratados no âmbito da maior parte das comunicações eletrónicas correntes dos cidadãos da União (65) constitui uma ingerência caracterizada na sua vida privada, embora estas criem apenas as condições que permitem um controlo retrospetivo das suas atividades pessoais e profissionais. A recolha destes dados cria as condições para uma vigilância que, apesar de destinada a ser exercida apenas retrospetivamente aquando da sua exploração, ameaça, no entanto, permanentemente, durante toda a duração do seu período de conservação, o direito dos cidadãos da União ao segredo das suas vidas privadas. O sentimento difuso de vigilância (66) gerado coloca de forma especialmente premente a questão da duração da conservação de dados. [...]".
52. Trata-se de um litígio que opõe M. Schrems ao Data Protection Comissioner em razão da sua recusa em investigar a queixa de Schrems sobre o Facebook Ireland Ltd. estar transferindo os dados pessoais dos seus utilizadores aos Estados Unidos e conservando em servidores desse país. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia foi no seguinte sentido: "No que respeita ao nível de proteção das liberdades e direitos fundamentais garantido dentro da União, uma regulamentação dessa proteção que implique uma ingerência nos direitos fundamentais garantidos pelos artigos 7.º e 8.º da Carta deve, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, estabelecer regras claras e precisas que regulem o âmbito e a aplicação de uma medida e imponham exigências mínimas, de modo a que as pessoas cujos dados pessoais estejam em causa disponham de garantias suficientes que permitam proteger eficazmente os seus dados contra os riscos de abuso e contra qualquer acesso e qualquer utilização ilícita desses dados. A necessidade de dispor destas garantias é ainda mais importante quando os dados pessoais sejam sujeitos a tratamento automático e exista um risco significativo de acesso ilícito aos mesmos (acórdão Digital Rights Ireland e o., C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n. 54 e 55 bem como jurisprudência aí referida)." Nesse sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou: 1) O artigo 25º, n. 6, da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas

21 de dezembro de 2016; e v) Acórdão *Ministerio Fiscal*[54](Processo C-207/16), de 2 de outubro de 2018.

No *Leading Case Digital Rights Ireland e Seitlinger e o.*, de 8 de abril de 2014 (C-293/12 e C-594/12), foi proposta a incompatibilidade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações com o artigo 52º, n. 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

> "na medida em que as restrições ao exercício dos direitos fundamentais que comporta, devido à obrigação de conservação de dados que impõe, não são

singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conforme alterada pelo Regulamento (CE) 1882/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de setembro de 2003, lido à luz dos artigos 7º, 8º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que uma decisão adotada ao abrigo desta disposição, como a Decisão 2000/520/CE da Comissão, de 26 de julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46 relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ), emitidos pelo Department of Commerce dos Estados Unidos da América, através da qual a Comissão Europeia constata que um país terceiro assegura um nível de proteção adequado, não obsta a que uma autoridade de controlo de um Estado Membro, na aceção do artigo 28º desta diretiva, conforme alterada, examine o pedido de uma pessoa relativo à proteção dos seus direitos e liberdades em relação ao tratamento de dados pessoais que lhe dizem respeito que foram transferidos de um Estado Membro para esse país terceiro, quando essa pessoa alega que o direito e as práticas em vigor neste último não asseguram um nível de proteção adequado.

53. Tratava-se de dois litígios. O primeiro dizia respeito à Tele2 Sverige AB e Post-och telestyrelsen (PTS – autoridade sueca de supervisão dos correios e telecomunicações) em razão da conservação dos dados de tráfego e dos dados de localização dos assinantes e utilizadores registrados, bem como de Tom Watson, Peter Brice e Geoffrey Lewis contra Secretary of State for the Home Department (Ministro da Administração Interna) concernente à conformidade com o direito da União da seção 1 do Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (DRIPA – Lei de 2014 sobre a conservação de dados e os poderes de investigação).
54. O caso se tratava de uma investigação sobre um crime de roubo de uma carteira e de um celular em que a solicitação da concessão do acesso a dados pessoais do titular da linha telefônica havia sido indeferida pelo juiz de instrução, cuja fundamentação foi baseada no fato de não se tratar de uma infração "grave" (qual seja, na legislação espanhola, punível com pena-prisão superior a 5 anos). Nesse sentido, o Ministério Fiscal Público espanhol interpôs recurso para a Audiência Provincial de Tarragona, Espanha.

> acompanhadas pelos princípios indispensáveis que devem reger as garantias necessárias para regular o acesso aos referidos dados e a sua exploração".[55]

A decisão se deu tendo como premissa verificar-se a proporcionalidade da ingerência dos artigos 7º e 8º observados, contrapondo a proteção dos dados pessoais na perspectiva do direito fundamental ao respeito pela vida privada e a amplitude e a gravidade da ingerência neste direito. Nessa perspectiva, o TJUE concluiu que a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE, é inválida.

A decisão foi no sentido do Acórdão *Digital Rights Ireland*, ao reiterar que a conservação de todos os dados não está de acordo com os critérios de proporcionalidade, de modo que a legislação nacional em matéria de direito penal deve ser verificada pela Comissão e pelo Tribunal (*e.g.* art. 15, n. 1, da Diretiva 2002/58/CE). A fundamentação do acórdão proferido envolveu a questão da imprescindibilidade de atentar quanto ao grau de ingerência dos direitos fundamentais dos dados conservados com a pretensão da derrogação da regulamentação nacional que previa a confidencialidade das comunicações eletrônicas. No entanto, a decisão também menciona a possibilidade de ocorrência desse acesso, uma vez configurada a "criminalidade grave". Ainda, a decisão segue o entendimento dos julgados anteriores no que tange ao princípio da proporcionalidade, ao fundamentar que a concessão dos dados conservados pelas prestadoras de serviços de comunicações eletrônicas pode ocorrer "dentro dos limites do estritamente necessário", conforme a previsão vinculativa do direito interno, que deve determinar as condições em que os fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas devem conceder o acesso[56]. *In verbis:*

> "119. Assim, e uma vez que um acesso generalizado a todos os dados conservados, independentemente de uma qualquer relação, no mínimo indireta, com o objetivo prosseguido, não pode ser considerado limitado ao estritamente necessário, a regulamentação nacional em causa deve basearse em critérios objetivos para definir as circunstâncias e as condições nas quais deve ser concedido às autoridades nacionais competentes o acesso aos dados dos assinantes ou

55. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Digital Rights Ireland e Seitlinger e o*, sentença de 8 de abril de 2014.

56. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Digital Rights Ireland e Seitlinger e o*, 8 de abril de 2014. (117).

dos utilizadores registados. A este respeito, só poderá, em princípio, ser concedido acesso, em relação com o objetivo da luta contra a criminalidade, aos dados de pessoas suspeitas de terem planeado, de estarem a cometer ou de terem cometido uma infração grave ou ainda de estarem envolvidas de uma maneira ou de outra numa infração deste tipo [...]. Todavia, em situações específicas, como aquelas em que os interesses vitais da segurança nacional, da defesa ou da segurança pública estejam ameaçados por atividades terroristas, pode também ser concedido acesso aos dados de outras pessoas quando existam elementos objetivos que permitam considerar que esses dados podem, num caso concreto, trazer uma contribuição efetiva para a luta contra essas atividades.

120. Para garantir, na prática, o pleno cumprimento destas condições, é essencial que o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados conservados seja, em princípio, salvo em casos de urgência devidamente justificados, sujeito a um controlo prévio efetuado por um órgão jurisdicional ou por uma entidade administrativa independente, e que a decisão desse órgão jurisdicional ou dessa entidade ocorra na sequência de um pedido fundamentado dessas autoridades apresentado, nomeadamente, no âmbito de processos de prevenção, de detecção ou de ação penal [...]

121. Do mesmo modo, importa que as autoridades nacionais competentes às quais foi concedido o acesso aos dados conservados informem desse facto as pessoas em causa, no âmbito dos processos nacionais aplicáveis, a partir do momento em que essa comunicação não seja suscetível comprometer as investigações levadas a cabo por essas autoridades. Com efeito, essa informação é, de facto, necessária para permitir que essas pessoas exerçam, nomeadamente, o direito de recurso, explicitamente previsto no artigo 15º, n. 2, da Diretiva 2002/58, lido em conjugação com o artigo 22º da Diretiva 95/46, em caso de violação dos seus direitos [...]".

O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu da seguinte maneira:

"1) O artigo 15º, n. 1, da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, lido à luz dos artigos 7º, 8º e 11º, bem como do artigo 52º, n. 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que prevê, para efeitos de luta contra a criminalidade, uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registados em relação a todos os meios de comunicação eletrónica.

> 2) O artigo 15º, n. 1, da Diretiva 2002/58, conforme alterada pela Diretiva 2009/136, lido à luz dos artigos 7º, 8º e 11º bem como do artigo 52º, n. 1, da Carta dos Direitos Fundamentais, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que regula a proteção e a segurança dos dados de tráfego e dos dados de localização, em especial, o acesso das autoridades nacionais competentes aos dados conservados, sem limitar, no âmbito da luta contra a criminalidade, esse acesso apenas para efeitos de luta contra a criminalidade grave, sem submeter o referido acesso a um controlo prévio por parte de um órgão jurisdicional ou de uma autoridade administrativa independente, e sem exigir que os dados em causa sejam conservados em território da União".

Ademais, recentemente, no Acórdão Ministério Fiscal, o Tribunal de Justiça da União Europeia, a respeito do entendimento dos julgados *Digital Rights* e *Tele2 Sveridge*, decidiu pela delimitação à imprescindibilidade de autorização judicial para o acesso de metadados dos celulares, tais como o IMEI (Identidade Internacional de Equipamento Móvel), bem como dos "dados de base" (dados do titular da linha telefônica), quando se tratar de investigação criminal e de ação penal. Nessa perspectiva, com base no princípio da proporcionalidade, o Tribunal relativizou tal acesso, afirmando que, em não se tratando de uma ofensa grave à vida privada, os dados pessoais conservados pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas podem ser obtidos ainda que a infração penal não configure particularmente grave.

A decisão foi nesse sentido porque o TJUE considerou não ser uma ingerência de direitos fundamentais grave, ao afirmar que não poderiam ser retiradas conclusões qualificadas da vida privada do sujeito e, portanto, não deveria ser limitado o acesso "em matéria de prevenção, de investigação, de detenção e de repressão de infrações penais, à luta contra a criminalidade grave.". Portanto, declarou:

> "O artigo 15º, n. 1, da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas), conforme alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, lido à luz dos artigos 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que o acesso das autoridades públicas aos dados com vista à identificação dos titulares dos cartões SIM ativados num telemóvel roubado, tais como o apelido, o nome próprio e, sendo caso disso, o endereço desses titulares, constitui uma ingerência nos direitos fundamentais destes últimos, consagrados nesses artigos da Carta, que não apresenta uma gravidade tal que esse acesso deva ser limitado, em matéria de prevenção, de investigação, de detenção e de repressão de infrações penais, à luta contra a criminalidade grave".

4. A extensão da necessidade de autorização judicial ao posicionamento geográfico do suspeito: o caso Carpenter *vs.* United States

Recente e importante caso julgado pela Suprema Corte Americana cuida da obtenção de dados geográficos sobre a localização do aparelho celular. Mais especificamente, trata-se de discussão em torno da possibilidade de aproveitamento do histórico de registros sobre a localização do telefone celular como fonte de prova. O debate da corte estadunidense questionou se haveria a necessidade de ordem judicial para a busca e apreensão de dados e informações sobre a movimentação física de determinada pessoa mediante as redes de telefonia celular.

No intuito de melhor compreensão da matéria, o Juiz Roberts relatou a situação da localização de dispositivos móveis nos EUA:

> "Existem 396 milhões de contas de serviços de telefonia celular nos Estados Unidos - para uma nação de 326 milhões de pessoas. Os telefones celulares executam suas amplas e crescentes variedades de funções conectando-se a um conjunto de antenas de rádio chamado Estação Rádio Base (ERB) ou 'cell site'. Embora as ERB's sejam montadas em uma torre, elas também podem ser encontradas em postes de luz, nos mastros, nas torres de igrejas, ou nas laterais dos edifícios. As ERB's normalmente têm várias antenas direcionais que dividem a área coberta em setores. Celulares escaneiam continuamente seu ambiente procurando pelo melhor sinal, que geralmente vem da ERB mais próxima. A maioria dos dispositivos modernos, como os smartphones, acessam as redes de 'wireless' várias vezes por minuto, sempre que o sinal estiver ligado, mesmo que o proprietário não esteja utilizando um dos recursos do telefone. Cada vez que o telefone se conecta a uma ERB, gera um registro com data e hora conhecido como Localização pelo Local da Célula (CSLI). A precisão dessas informações depende do tamanho da área geográfica coberta pela ERB. Quanto maior a concentração de ERB's, menor a área de cobertura. Como o uso de dados de telefones celulares aumentou, as operadoras de telefonia móvel instalaram mais ERBs para lidar com o tráfego. Isso levou a áreas de cobertura cada vez mais compactas, especialmente em áreas urbanas.
>
> As operadoras de telefonia móvel coletam e armazenam o CSLI para seus próprios fins comerciais, incluindo encontrar pontos fracos em sua rede e aplicar cobranças de 'roaming' quando outra operadora direciona os dados por meio de suas ERB's [...]" (Tradução nossa).[57]

57. "There are 396 million cell phone service accounts in the United States – for a Nation of 326 million people. Cell phones perform their wide and growing variety of functions by connecting to a set of radio antennas called 'cell sites'. Although cell sites are usually mounted on a tower, they can also be found on light posts, flagpoles, church steeples, or the sides of

Assim, nota-se que existem duas técnicas para a localização de dispositivos móveis celulares utilizadas nos Estados Unidos: a Informação da Localização pelo Local da Célula (CSLI) – que se dá por meio da intensidade do sinal de transmissão entre o aparelho e a Estação Rádio Base (ERB) ou *cell site* – e o Sistema de Posicionamento Global (GPS).

O Caso Carpenter *vs.* Estados Unidos tratava de uma série de roubos praticados contra as lojas Radio Shack e T-Mobile em Michigan e Ohio. Entre os produtos do roubo, alguns celulares haviam sido subtraídos. No ano de 2011, um dos quatro suspeitos presos teria confessado o seu envolvimento nos delitos, identificado 15 cúmplices e fornecido o seu celular para os policiais checarem seu histórico de ligações na data do evento.

O FBI conseguiu apurar cerca de 16 ligações oriundas desse telefone para outros números perto do horário do roubo. Além disso, a polícia verificou que o telefone de Timothy Carpenter havia se comunicado com torres de celular no horário do crime, de modo a concluir que esse acusado se encontraria em local aproximadamente cerca de duas milhas das lojas roubadas e em horário compatível com o delito. Essa situação foi suficiente para se determinar a prisão e a acusação contra Carpenter, que acabou restando condenado a 100 anos de prisão. A sua apelação não foi provida, mantendo-se a condenação sob a fundamentação de que:

> "[...] Carpenter não tinha uma expectativa razoável de privacidade acerca das informações de localização coletadas pelo FBI porque ele havia compartilhado essa informação com suas operadoras de telefonia celular. Dado que os usuários de telefones celulares transmitem voluntariamente os dados das ERB's

buildings. Cell sites typically have several directional antennas that divide the covered area into sectors. Cell phones continuously scan their environment looking for the best signal, which generally comes from the closest cell site. Most modern devices, such as smartphones, tap into the wireless network several times a minute whenever their signal is on, even if the owner is not using one of the phone's features. Each time the phone connects to a cell site, it generates a time-stamped record known as cell-site location information (CSLI). The precision of this information depends on the size of the geographic area covered by the cell site. The greater the concentration of cell sites, the smaller the coverage area. As data usage from cell phones has increased, wireless carriers have installed more cell sites to handle the traffic. That has led to increasingly compact coverage areas, especially in urban areas. Wireless carriers collect and store CSLI for their own business purposes, including finding weak spots in their network and applying "roaming" charges when another carrier routes data through their cell sites [...]" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

> para suas operadoras como 'um meio de estabelecer comunicação', a corte concluiu que os registros provenientes de negócios não têm direito à proteção da Quarta Emenda" (Tradução nossa).[58].

O caso chegou até a Suprema Corte dos Estados Unidos, a fim de questionar "[s]e a apreensão sem autorização e a busca de registros históricos de celulares revelando a localização e os movimentos de um usuário de celular ao longo de 127 dias é permitida pela Quarta Emenda"[59]. Ao discorrer sobre a Quarta Emenda, a Suprema Corte fundamentou algumas de suas diretrizes básicas: i) a garantia da "privacidade de vida" contra o "poder arbitrário"; ii) a necessidade que os legisladores tinham, à época, de "determinar obstáculos no caminho de uma vigilância policial muito permeável"[60].

Nesse sentido, o Tribunal reafirmou o seu entendimento exarado nos casos Kyllo e Riley, no intuito de rejeitar uma "interpretação mecânica" da Quarta Emenda, a fim de garantir a "[...] preservação desse grau de privacidade" e não deixar os sujeitos "à mercê do avanço da tecnologia" – a qual se desenvolveu exponencialmente nos últimos tempos. Ademais, o Juiz Roberts identificou que o caso em tela seria uma intersecção de dois conjuntos de precedentes sobre os quais a Corte já havia decidido: a expectativa de privacidade de uma pessoa sobre sua localização física e a ausência de expectativa legítima de privacidade de sujeito que realizou o voluntário compartilhamento a terceiros (por meio da aplicação da chamada *third-party doctrine*[61]). Por conseguinte, fundamentou a Corte:

---

58. "[…] Carpenter lacked a reasonable expectation of privacy in the location information collected by the FBI because he had shared that information with his wireless carriers. Given that cell phone users voluntarily convey cell-site data to their carriers as "a means of establishing communication," the court concluded that the resulting business records are not entitled to Fourth Amendment protection" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

59. "Whether the warrantless seizure and search of historical cell phone records revealing the location and movements of a cell phone user over the course of 127 days is permitted by the Fourth Amendment" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

60. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

61. Basicamente, se alguém fornecesse consensualmente seus dados a um terceiro não poderia fazer uso da alegação de violação à privacidade.

> "A questão que enfrentamos hoje é como aplicar a Quarta Emenda a um novo fenômeno: a capacidade de reconstruir os movimentos passados de uma pessoa através do registro de seus sinais de celular. [...] Ao mesmo tempo, o fato de o indivíduo continuamente revelar sua localização para sua operadora de telefonia móvel implica o princípio de terceira parte de Smith e Miller. Mas enquanto a doutrina de terceiros se aplica a números de telefone e registros bancários, não está claro se sua lógica se estende à categoria qualitativamente diferente de registros das ERB's" (Tradução nossa).[62]

Dessa maneira, o Tribunal entendeu que "[...] quando o governo rastreia a localização de um telefone celular, ele alcança uma vigilância quase perfeita, como se tivesse anexado um monitor de tornozelo ao usuário do telefone"[63] e, portanto, tratar-se-ia "[...] de uma reconstrução histórica detalhada da presença física de uma pessoa compilada todos os dias, a cada momento, ao longo de vários anos. Isso implica preocupações com a privacidade muito além daquelas consideradas em Smith e Miller."[64], a configurar expressa violação do direito à privacidade. Nessa perspectiva, a Corte decidiu, majoritariamente, que, diferentemente dos casos anteriormente retratados, haveria a configuração de uma expectativa de privacidade diante de terceiras partes quando se tratarem de empresas de telefonia celular.

Por maioria, a Suprema Corte entendeu que a polícia precisava obter uma autorização judicial para proceder à busca dos registros geográficos que

62. "The question we confront today is how to apply the Fourth Amendment to a new phenomenon: the ability to chronicle a person's past movements through the record of his cell phone signals. [...] At the same time, the fact that the individual continuously reveals his location to his wireless carrier implicates the third-party principle of Smith and Miller. But while the third-party doctrine applies to telephone numbers and bank records, it is not clear whether its logic extends to the qualitatively different category of cell-site records" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

63. "[...] when the government tracks the location of a cell phone it achieves near perfect surveillance, as if it had attached an ankle monitor to the phone's user" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

64. "It is about a detailed chronicle of a person's physical presence compiled every day, every moment, over several years. uch a chronicle implicates privacy concerns far beyond those considered in Smith and Miller" (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

determinavam a localização do telefone. Tais dados foram obtidos de operadoras de celular e, tendo em vista que não haviam sido fornecidos consensualmente pelo acusado, mas sim mantidos por interesses comerciais pelas empresas, não poderiam ser obtidos pela polícia sem um mandado judicial[65].

Fundamentalmente, a aplicação das consequências desse caso acaba por determinar que as informações sobre ligações telefônicas e aparelhos celulares que se utilizaram da estação de rádio base (ERB's) devem ser precedidas de mandado judicial. O argumento que embasou a fundamentação da decisão majoritária tangenciou a imprescindibilidade de adaptação do Direito – no caso, da Quarta Emenda – diante dos avanços da ciência, no intuito de se evitar o acesso irrestrito de dados de informações de localização física pelo Estado e, portanto, preservar o direito fundamental à privacidade dos sujeitos.

Em suma, esse caso refletiu uma extensão do julgado no caso Riley *vs.* California, que determinou a impossibilidade de acesso sem autorização judicial ao conteúdo digital do celular. Recentemente, por conta do caso Carpenter *vs.* United States, a Suprema Corte Americana estendeu ainda mais a proteção de dados, indicando que as informações não podem ser obtidas de terceiros (empresas de telefonia celular) sem uma autorização judicial.

5. *Nulla coactio sine lege*: a atipicidade da coerção processual ausente mandado

Uma vez compreendidas as considerações *supra* aludidas concernentes ao direito fundamental à privacidade, nota-se uma importante característica. Em razão da inviolabilidade do direito fundamental, uma justificativa respaldada em lei e devidamente proporcional determinando os seus limites – processuais e materiais – faz-se imprescindível, sob pena de sua limitação configurar meramente uma lesão ou violação a tal direito. Com efeito, ausente previsão expressa acerca da licitude dessa intervenção ao direito fundamental, não há que se falar em compatibilidade da medida de coerção com o Estado Democrático de Direito.

Dessa sorte, Greco desenvolve a indispensabilidade do que conceitua ser o "fundamento legal"[66], qual seja, a norma autorizadora da intervenção do direito

65. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. Caso Carpenter *vs.* United States, 585 U.S. Sentença de 22 de junho de 2018. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/585/16-402/]. Acesso em: 10.12.2018.

66. GRECO, Luis. *Introdução* – O inviolável e o intocável no direito processual penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Coleção Direito Penal & Criminologia). p. 32-33.

fundamental. Nesse sentido, com base na experiência da mudança advinda da Lei Fundamental alemã – a qual diferencia os direitos balizados pela "inviolabilidade" (*unverletzlich)* da "intocabilidade" da dignidade da pessoa humana e do conteúdo ontológico de um direito fundamental (*Wesensgehalt)* – o autor aponta a substancialidade da fundamentação legal prévia da intervenção do direito fundamental no direito processual penal, uma vez exigida tal reserva de lei. A propósito, consoante a matéria também se faz interessante observar o pacificado entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão a respeito da proteção da configuração privada da vida (tida, pois, como inviolável) em razão de sua contiguidade à dignidade humana.

Sob a mesma perspectiva, tem-se o que Moraes desenvolveu tangente à tipicidade das intervenções processuais – de sua aplicabilidade e de seu conteúdo referente aos direitos fundamentais –, à tradução do *nulla coactio sine lege*[67]. Bruzonne já havia alertado que, para ser utilizada uma medida de coerção ou ingerência, é preciso abordar a sua tipicidade processual. O autor apontou a necessidade de avaliar a sua aplicação partir dos passos que verificam sua: i) previsão em lei (*nulla coactio sine lege)*; ii) competência do órgão que a dispõe; iii) necessidade; iv) idoneidade para o seu fim; iv) proporcionalidade, face aos interesses afetados[68]. O fato de não haver previsão sobre a autorização judicial para acessar informações do aparelho celular é o que justamente embasa a impossibilidade de seu uso.

Dessarte, a tipicidade processual penal, ou seja, a "legalidade processual (constitucional) penal"[69], é exigida dos operadores jurídicos processuais tal e qual a previsão da legalidade para tipificação das condutas ilícitas é exigida no direito material. Isso se configura solidificado constitucionalmente, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal, que explicita que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A conclusão pela atipicidade processual do acesso aos dados digitais de aparelho celular apreendido sem autorização judicial, pois configura-se, além de medida a ser evitada, de acordo com o direito comparado, processualmente atípica.

67. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 315-316.

68. BRUZZONE, Gustavo. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal. *Estudios sobre Justicia Penal* – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 251-253.

69. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 63.

6. Conclusões

A era das novas tecnologias de informação modificou por completo a lógica de todas as dinâmicas sociais. Enquanto os avanços tecnológicos são exponenciais, o Direito peca na manutenção de legislações anacrônicas que demandam, como consequência, o exercício constante pelos magistrados de analogias – por muitas vezes descabidas para situações que não mais configuram da mesma maneira como eram no século passado. O processo penal, portanto, vê-se prontamente afetado, desde a fase de investigação até a execução.

Alguns ordenamentos jurídicos estão direcionando suas reformas processuais e/ou corpo jurisprudencial com atenção às demandas dessa adequação à realidade tecnológica que circunscreve nossa sociedade. A inovadora contribuição do Tribunal Constitucional Federal alemão quanto ao direito fundamental TI, bem como a legislação específica espanhola que dispõe acerca da necessidade de autorização judicial para acesso a dados de celulares são dois importantes exemplos.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia identifica a urgência de alteração do direito interno e da preservação dos direitos fundamentais. No entanto, quanto ao ponto, é preciso observar a suscetibilidade à relativização da ingerência dos direitos fundamentais que podem ser desdobradas a partir da fundamentação que serve de base ao TJUE, qual seja, o princípio da proporcionalidade. Ainda, faz-se de extrema importância atentar ao corpo jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, o qual traz à baila imprescindíveis ponderações sobre a busca e apreensão de telefones celulares sem autorização judicial, bem como a obtenção dos metadados, respectivamente nos casos Riley *vs.* California e Carpenter *vs.* United States. A principal contribuição de tal corpo jurisprudencial diz respeito ao paralelo traçado entre os dados digitais e os físicos e a demonstração de que a busca e apreensão de um celular representa ingerência da privacidade muito maior do que uma busca e apreensão no domicílio. Isso porque tais aparelhos não mais se configuram como antigamente, mas se apresentam como verdadeiros "minicomputadores", multifuncionais, a disponibilizar informações sobre a vida privada que jamais seriam recolhidas em um lar.

No entanto, no ordenamento jurídico brasileiro, a busca e a apreensão são dois institutos que, apesar da previsão constitucional e convencional acerca da preservação dos direitos fundamentais, demonstram-se insuficientes para a regulação de todos esses direitos e garantias fundamentais interligados, já que permanecem atrelados à doutrina acrítica. Diante da ausência de previsão normativa a respeito do acesso da colheita de dados digitais de telefones celulares, o STF e o STJ vêm discutindo e proferindo entendimentos a respeito, e, tamanha a urgência e atualidade da temática que foi reconhecida a repercussão geral do Recurso

Extraordinário com Agravo 1.042.075-RJ, caso que versa justamente acerca da licitude de prova obtida por meio de acesso a dados do telefone celular sem autorização judicial.

A razão pela qual o acesso a dados digitais de telefones celulares sem autorização judicial é manifestamente ilícita é simples e basilar para um devido processo dentro do espectro de um Estado Democrático de Direito: uma vez inexistente previsão expressa da licitude da intervenção ao direito fundamental, não há compatibilidade da medida de coerção processual com um processo democrático e justo. A medida de coerção ou ingerência exige uma tipicidade processual penal, tal e qual se demanda a previsão da legalidade para tipificação das condutas ilícitas no direito material, conforme se pode interpretar do art. 5º, II, da Constituição Federal. A previsão em lei (*nulla coactio sine lege*) é um dos principais passos para a identificação de tal tipicidade, o que não se identifica no ordenamento jurídico brasileiro.

Em suma, como referido e evidenciado pela análise doutrinária e jurisprudencial, a busca em telefones móveis, ausente autorização judicial, e consequente colheita de tais dados se evidencia como manifestamente ilícita. Essa proteção se estende aos casos de conteúdo extraído do celular como também aos metadados (*e.g.* obtenção da localização geográfica do suspeito com base nas ERB's). Portanto, espera-se que o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 1.042.075-RJ, agendado para o dia 13 de março de 2019, direcione o entendimento do Supremo a uma interpretação que prime pela preservação dos direitos fundamentais, não se olvidando a imperiosa e urgente necessidade de adequação da própria legislação brasileira para responder às complicadas demandas de uma sociedade cuja era é completamente pautada pela tecnologia.

7. Referências

BRUZZONE, Gustavo. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal. *Estudios sobre Justicia Penal* – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. v. 1.

DERY III, George M.; MEEHAN, Kevin. A new digital divide? Considering the implications of Riley *v.* California's warrant mandate for cell phone searches. *Univ. of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, v. 18.4, 2015.

EDITORIAL ESTADÃO. *Brasil já tem mais de um* smartphone *ativo por habitante, diz estudo da FGV*. 19 de abril de 2018. Disponível em: [https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-diz-estudo-da-fgv,70002275238]. Acesso em: 11.01.2019.

EDITORIAL G1. *O celular ainda é o melhor meio para acessar o internet banking?*. 24.01.2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/o-celular-ainda-e-o-melhor-meio-para-acessar-o-internet-banking.html]. Acesso em: 11.01.2019.

FELIX, Yuri; ROSA, Alexandre Morais da. *Novas tecnologias de prova no processo penal:* o DNA da delação premiada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FRIEDMAN, Barry. *Unwarranted:* policing without permission. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal.* Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRECO, Luis. *Introdução* – O inviolável e o intocável no direito processual penal. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (Coleção Direito Penal & Criminologia).

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, a propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la Sociedad de la Información. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 12, n. 64, p. 40-61, jul.-ago. 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro:* análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ORLANDI, Renzo. Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e Inadeguatezza di uma recente reforma. *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018.

OZUROVICH, Kelly. Riley *v.* California – Cell phones and technology in the twenty-first century. *Loy. L.A. L. Rev.,* v. 48, p. 507-524, 2015, Disponível em: [https://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol48/iss2/8]. Acesso em: 11.01.2019.

PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete*: quali i diritti, quali i vincoli. Bari: Laterza, 2014.

WARREN, Samuel D; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Da inviolabilidade de dados: inconstitucionalidade da Lei 9.296/96 (Lei de interceptação de comunicações telefônicas), de José Henrique Barbosa Moreira Lima Neto – *RDCI* 23/187-196 (DTR\1998\183);
- O cumprimento de busca e apreensão pela polícia militar e suas consequências jurídicas no âmbito da prova processual penal, de Vyctor Hugo Guaita Grotti – *RBCCrim* 138/125-147 (DTR\2017\6738);
- O direito à intimidade, de Luciana Fregadolli – *RDCI* 19/196-246 e *Doutrinas essenciais de Direito Civil* 3/443-514 (DTR\1997\173);
- Privacidade, criptografia e dever de cumprimento de ordens judiciais por aplicativos de trocas de mensagens, de Rafael Mafei Rabelo Queiroz – *Caderno Especial - A Regulação da Criptografia no Direito Brasileiro* 1/13-26 (DTR\2018\22617); e
- *WhatsApp*, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio, de Fábio Agne Fayet e Andersson Vieira Carvalho – *RBCCrim* 140/297-322 (DTR\2018\7941).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo WEB: JRP\2018\1298302.

A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo

The psychic capture of the judge and the meaning of the probative activity in contemporary criminal proceedings

Salah H. Khaled Jr.

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS, 2011); mestre em Ciências Criminais (PUCRS, 2008). Mestre em História (UFRGS, 2007). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS, 2006). Especialista em História do Brasil (FAPA, 2004). *Licenciado* em História (FAPA, 1999). Professor de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Coordenador do IBRASPP na região de Rio Grande/RS.
prof_salah@terra.com.br

Gabriel Antinolfi Divan

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS, 2014). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo-RS (PPGD/UPF-RS), ministrando a disciplina Estado de Direito e Garantias Processuais Penais. Professor do Curso de Maestría en Criminológía Aplicada da Universidad San Carlos de Guatemala (USAC-GUA), ministrando a disciplina Criminología Cultural. Coordenador do Projeto de Pesquisa "Estado de Direito, Sistemas de Justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política" junto ao PPGD/UPF-RS. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (FD/UPF-RS), ministrando disciplinas de Direito Processual Penal e Criminologia. Advogado inscrito junto à OAB/RS desde 2003.
divan.gabriel@gmail.com

Recebido em: 15.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 15.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: Este artigo objetiva discutir o sentido da atividade probatória no processo penal, sob a perspectiva de sua conformidade constitucional e estatuto epistemológico. A relevância do tema decorre do quanto diferentes concepções de atividade probatória afetam as configurações

Abstract: This article aims to discuss the meaning of probative activity in the criminal process, from the perspective of its constitutional conformity and epistemological status. The relevance of the theme stems from the fact that different conceptions of probative activity affect

processuais penais, tensionando as práticas judiciais segundo limites democráticos ou, contrariamente, favorecendo autoritarismos, como é o caso da interferência do juiz na gestão da prova. O artigo utiliza revisão bibliográfica da literatura processual penal nacional e internacional como metodologia a partir da qual problematiza sua hipótese, no campo da dogmática processual penal, de que a captura psíquica do julgador entre uma ideia de processo penal acusatório e democrático não só é a mais conveniente epistemologicamente quanto é a mais adequada politicamente das propostas que circundam o tema.

Palavras-chave: Processo penal – Direito processual penal – Atividade probatória – Prova – Verdade.

criminal procedural configurations, stressing judicial practices according to democratic limits or, conversely, favoring authoritarianism, as is the case of the judge's interference in the management of evidence. The article uses bibliographical revision of the national and international criminal procedural literature as a methodology from which it problematizes it's hypothesis, in the field of criminal procedural dogmatics, that the psychic capture of the judge from an idea of accusatory and democratic criminal procedure is not only the most epistemologically convenient as it is the most politically appropriate among the proposals that surround the theme.

Keywords: Criminal proceedings – Criminal procedural law – Probatory Activity – Proof – Truth.

Sumário: 1. Introdução. 2. Problematização inicial. 3. Atividade probatória como demonstração da verdade. 4. Atividade probatória como fixação formal dos fatos alegados no processo. 5. As concepções narrativistas ou semióticas, estruturadas em torno da ideia de argumentação. 6. Atividade probatória como captura psíquica do juiz. Considerações finais. Referências consultadas.

1. Introdução

O objeto deste artigo consiste em uma investigação sobre a base epistemológica que orienta a produção da prova no processo penal, que será efetuada mediante um exame sobre o sentido da atividade probatória e sua adequação com um processo penal de corte acusatório e conformidade constitucional. Para enfrentar essa questão, este artigo fará uma apertada revisão bibliográfica no campo da literatura processual penal clássica e contemporânea, em âmbito nacional e internacional, que objetivará apontar os limites e as virtudes das concepções assentadas nos cânones processuais penais sobre o tema.

A dogmática processual penal desenvolveu, em aglutinação sintética, quatro diferentes concepções de atividade probatória, que, a seu próprio modo, são condizentes com diferentes concepções de processo: a primeira delas sustenta que ela está voltada para a demonstração objetiva da verdade; a segunda considera que ela é dirigida à fixação formal dos fatos alegados; a terceira posição dissolve os conceitos de prova e verdade no âmbito argumentativo e, por fim, a quarta posição a concebe como atividade que visa o convencimento psicológico do magistrado, que depois vai transpor essa convicção narrativamente para a sentença.

Dessa maneira, procurar-se-á expor as justificativas conceituais dessa divisão e questioná-las, bem como à visão conjuntural de processo que elas simbolizam e representam, para, enfim, aduzir a noção de que a visão sobre a concepção da função probatória possui estreito laço com – inclusive – a própria noção de um processo democrático e seus predicados.

2. Problematização inicial

Embora muitas vezes seja retratado de forma simplificadora e intuitiva na literatura processual penal, o tema da prova é complexo e delicado, o que vale tanto para questões epistemológicas que dele decorrem quanto de seus potenciais efeitos político-criminais no âmbito das práticas punitivas propriamente ditas. Como observou Sentis Melendo, a prova caracteriza o processo, pois é possível dizer se o processo é ou não autoritário em razão da liberdade ou autoritarismo que dominam a matéria da prova.[1] Segundo Bentham, a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas.[2] Ibáñez esclarece que, a não ser que a hipótese acusatória possa ser confirmada por um único elemento de prova, a atividade probatória será uma atividade complexa: o fato a provar estará integrado por uma série de fatos diversos; a hipótese acusatória abarcará um conjunto de hipóteses menores, cada uma dirigida a um dos fatos em questão.[3] Para o autor, os juízes se surpreenderiam caso se tornassem conscientes da densidade das questões epistemológicas e da notável complexidade dos processos lógicos implícitos no mais elementar dos raciocínios dos quais habitualmente fazem uso.[4] Considera, assim, lamentável que as práticas judiciais ocorram sobre um certo vazio epistemológico, por falta de conhecimento efetivo das características que as constituem.[5] Taruffo, por seu turno, aponta que as questões relativas à valoração da prova não se esgotam em regras jurídicas, uma vez que essa é uma tarefa atribuída ao juiz e não ao legislador.[6]

1. SENTIS MELENDO, Santiago. *El proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1959. t. I. p. 10.
2. BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las provas judiciale*. Buenos Aires: EJEA, 1959. t. I. p. 11.
3. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 133.
4. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 48.
5. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 48.
6. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 23.

Por outro lado, é preciso levar em conta que a questão não se esgota no campo epistemológico, por força da especificidade do processo penal no que diz respeito a direitos fundamentais. Mesmo autores que conectam o processo penal com a verdade de modo temerário assim o reconhecem: Ferrer Beltrán aponta que as regras que impõem um aspecto de garantia podem representar um sacrifício epistemológico que pode ser contraproducente à finalidade de averiguação da verdade.[7] Portanto, o desafio consiste em repensar a epistemologia processual penal de modo condizente com uma concepção de jurisdição que efetivamente a reconheça como direito fundamental.[8] Geraldo Prado bem resume o escopo da tarefa:

> "[...] um processo penal regido pela presunção de inocência deve tutelar com muito cuidado a atividade probatória, por meio da adoção de um rigoroso sistema de controles epistêmicos que seja capaz de dominar o decisionismo, que é identificado no texto como a 'possibilidade de decisão arbitrária, dependendo unicamente da possibilidade de decidir'".[9]

No entanto, em última análise, a decisão sobre o nível de suficiência probatória não é epistemológica. Ferrer Beltrán lembra que a epistemologia pode nos ajudar a estabelecer um *standard* de prova que reflita corretamente o nível de suficiência probatória que se decidiu adotar, mas não nos diz nada sobre o nível em si mesmo. Essa é uma decisão política.[10] Talvez Goldschmidt tenha dito algo semelhante quando afirmou que "Os princípios da política processual de uma

7. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 77-78.
8. Como Lopes Jr destaca, é preciso realizar um deslocamento, à luz da Constituição, para além da noção de poder-dever, ainda que esta não seja negada. Afinal, todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Nesse sentido, o grande desafio encontra-se situado na perspectiva de efetivo estabelecimento de uma jurisdição penal enquanto direito fundamental: o direito a ser julgado por um juiz, natural (cuja competência está prefixada em lei) imparcial e no prazo razoável (LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 246). De forma semelhante, Coutinho afirma que a jurisdição "a par de ser um poder – e como tal deve ser estudado com proficiência – é uma garantia constitucional do cidadão, da qual não se pode abrir mão" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, ano 30, n. 30, 1998. p. 168. Disponível em: [https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587]. Acesso em: dez. 2018.
9. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 12.
10. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 83.

nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode ser dito que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição".[11] É claro que essa reflexão deve ser compreendida dentro de certos limites quando se trata das práticas punitivas brasileiras que, historicamente, se mostraram refratárias à conformidade constitucional do processo penal, contrariando as decisões de caráter político assumidas em 1988, quando a República efetivamente foi fundada com a promulgação da Constituição. Mas esse sempre deve ser um horizonte a ser ferrenhamente perseguido por todos que estão comprometidos com a consolidação do Estado Democrático de Direito no País.

Por fim, é preciso definir no que consiste o objeto da atividade probatória para efeito da presente reflexão. Aragoneses Alonso considera que no processo penal ela pode dizer respeito à:

a) Elementos de fato – que devem ser provados, com exceção de eventuais presunções ou fatos que não necessitem de um ato especial dirigido ao convencimento do juiz; pertencem a essa categoria os fatos notórios (verdades científicas, históricas, geográficas, assim como fatos evidentes ou axiomáticos).

b) Máximas ou princípios da experiência: definições ou juízos hipotéticos de caráter geral, independentes do caso concreto e conquistados pela experiência. Por exemplo, a influência do parentesco sobre a sinceridade ou falsidade de um testemunho.

c) Dados normativos ou de direito: no processo penal, não estão submetidos à atividade probatória das partes.

d) Dados do sujeito passivo do processo: no processo penal não interessam somente os fatos, mas também o sujeito, visto que sobre ele poderá recair a pena. Deve ser levada em conta a intencionalidade e culpabilidade do sujeito e as circunstâncias do ambiente ou fatores externos de atividade, de realização do fato.[12]

Evidentemente, é uma classificação e, logo, sujeita a reparos. Mas é suficiente para os propósitos aqui delineados, uma vez que estabelece o que está em jogo na atividade probatória e, portanto, permite encaminhar a discussão para um exame acerca das quatro concepções historicamente estabelecidas no campo processual penal sobre o tema.

11. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 778.

12. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. p. 289-291.

3. Atividade probatória como demonstração da verdade

A primeira concepção pode ser definida como material: considera a atividade probatória como algo que se propõe a demonstrar a existência ou inexistência de um fato, a verdade ou a falsidade de uma dada afirmação. Segundo Bettiol, a investigação verdadeira e que interessa a respeito da prova é aquela que tem como objeto a existência ou não do fato em sua materialidade histórica.[13] Para ele, no processo penal o juiz pode suprir a inatividade das partes em busca da verdade real, uma vez que se discute em torno de uma pretensão punitiva e estão em jogo interesses indisponíveis.[14]

Portanto, essa concepção de atividade probatória guarda proximidade com o conceito de verdade real, material ou substancial e, logo, com matrizes autoritárias de processo penal, que ainda prosperam em grande medida devido às competências que o conceito em questão assegura, particularmente no que se refere ao artifício da gestão da prova pelo juiz, elemento que, por excelência, caracteriza o processo penal inquisitório.[15] De modo semelhante, Leone equipara livre convicção e verdade real: diferenciando processo penal do processo civil, afirma que o processo penal é governado pelo princípio da verdade real, também conhecido como princípio da livre convicção do juiz.[16] A argumentação de Manzini, arquiteto processual penal da Itália fascista, caminha no mesmo sentido. Para ele, no processo penal a primazia é da verdade real, de forma que o juiz tem o poder e o dever de convencer-se livremente, ou seja, de obter o conhecimento do fato que melhor corresponda à sua realidade: não está obrigado a fundar sua decisão no que lhe apresenta o Ministério Público e o imputado; tem a faculdade de ordenar e cumprir por própria iniciativa – de ofício – as investigações que considerar úteis para descobrir a verdade real.[17] Aliás, como pontua Cordero, a arquitetura funcional do processo na concepção de Manzini sofismava com hipóteses de falibilidade em torno de uma função político-criminal persecutória da estrutura processual, usando justamente

13. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973. p. 247.
14. BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973. p. 249.
15. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 16.
16. LEONE. Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1963. p. 155. t. II.
17. MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1951. p. 262. t. I.

o critério de presunção de inocência trocado por uma intuição de culpa: visava um processo mais efetivo (punitivo), diante das garantias que em sua lógica significavam inércias impertinentes a perturbar "[...] l'ordine normale delle cose".[18]

Como pode ser percebido, a concepção de atividade probatória como demonstração da verdade tem uma história que é inescapável e que antecede o século XX: sua gênese remete ao processo penal do inimigo da *cognitio* romana e a sua reinvenção como processo penal inquisitório, no medievo.[19] Como destaca Montero Aroca, tradicionalmente a função da prova tem sido referida como ligada ao descobrimento da verdade, dando-se origem a um mito em matéria de prova, com profundas consequências práticas. No sentido de uma busca pela verdade se pronunciou toda a doutrina do século XIX, para a qual a prova era um meio pelo qual o intelecto podia chegar ao descobrimento da verdade.[20] No entanto, embora ainda prospere em certos círculos o paradigma inquisitório e sua releitura por meio da cientificidade moderna, a experimentação não é possível no processo penal: é absolutamente inapropriada a leitura de processo como laboratório da história conduzido pelo juiz, ainda que profundamente impregnada no imaginário ocidental.[21]

Mas não é somente nas práticas punitivas do apogeu da inquisição, na releitura cientificista do século XIX ou no processo penal fascista de Manzini que encontramos concepções de atividade probatória estruturadas em torno da ideia de demonstração de verdade. Uma releitura contemporânea como a de Taruffo relativiza premissas anteriormente dadas como absolutas, mas ainda preserva a conexão entre prova e verdade no processo, reproduzindo os postulados da filosofia da consciência com base em uma nova linguagem, que atribui ao juiz uma função epistêmica de busca da verdade no processo.[22] Apesar do abandono do

18. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986. *p.*
19. Cf. KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. 2ª edição. Belo Horizonte: Letramento, 2016.
20. MONTERO AROCA, Juan. *Proceso y garantia (civil y penal):* el proceso como garantia de libertad y de responsabilidad. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 241.
21. Nesse sentido, como aponta Baptista, "de todo modo, *prova* afigura-se, em todos os idiomas mais conhecidos no Ocidente, umbilicalmente atada às ideias de conhecimento e de verdade" (BAPTISTA, Francisco das neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41. Destaque do original). Ver, também, KHALED JR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal*: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
22. Para Taruffo, "Parece también evidente que este esquema es el único capaz de dar un sentido positivo y no evanescente al concepto general de prueba como un instrumento

conceito de verdade real, a essência do pensamento permanece, por mais que Taruffo reconheça que uma definição de prova como instrumento para estabelecer e buscar a verdade dos fatos no processo não constitua por si própria uma verdadeira teoria exaustiva da prova.[23] Sua concepção de verdade está fundamentada na ideia de correspondência relativa, o que faz com que ele se posicione de modo contrário à verdade absoluta.[24] Para Taruffo, o processo tem uma função epistêmica, considerada como conjunto estruturado de atividades encaminhadas a obter conhecimentos verdadeiros sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia.[25] Ao juiz caberia a função epistêmica fundamental, ou seja, a determinação da verdade dos fatos, cujo signo passa a ser o da correspondência relativa.[26] Segundo Taruffo, a

dotado de una función específica en el âmbito del proceso. Por lo menos, ese esquema constituye la única perspectiva de análisis en la que el fenómeno de la prueba no es inmediatamente disuelto o situado en un callejón sin salida en el que todo se reduce a una indeterminada persuasión. Además, debe subrayarse que sólo en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan com ella. En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadeira" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 86-87).

23. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 87.

24. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez* e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 95. Posição semelhante pode ser encontrada em Badaró, que afirma que se a intenção é designar com tal expressão uma verdade histórica ou empírica, relativa à realidade fenomênica, certamente essa verdade não é atingível por intermédio dos meios de investigação utilizados pela ciência processual (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 33-34). Para ele, "O reconhecimento do caráter relativo da verdade implica a existência de graus ou medidas de conhecimento. Figurativamente, há uma escala de conhecimento que tem como extremos opostos o não-conhecimento e o conhecimento da verdade absoluta. Em seus pontos intermediários deve se situar a verdade relativa" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 37).

25. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez* e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 155.

26. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez* e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 196.

técnica mais difundida para garantir essa função é o poder concedido ao magistrado para praticar provas de ofício.[27]

Embora tenha escrito para o processo civil, Taruffo (nessa conjuntura de sua lição) é recepcionado por parcela significativa dos processualistas penais contemporâneos. No Brasil, seu pensamento foi incorporado de modo significativo pelo magistério destacado de Ada Grinover e sua conhecida teorização[28] que valida a atividade probatória judicial em termos de processo penal a partir de parâmetros de configuração acusatória que conviveriam com a hipótese (uma derivação consagrada pela própria autora no que tange à suposta necessidade de um equilíbrio entre funções inquisitivas e dispositivas que deveria marcar a condução processual pelo magistrado[29]). Em linha similar, mas de mais acentuado cunho crítico, há também quem considere que essa atuação deve ser comedida e que, desde que assim ocorra, não haveria violação do sistema acusatório, posição sustentada, por exemplo por Gustavo Badaró.[30] Nessa senda, as teses que advogam nessa órbita afirmam existência de uma divisão entre o que seria uma atividade judicial supletiva ou substitutiva da tarefa ministerial (esta, obviamente, vedada no paradigma acusatório), e uma atividade legitimamente probatória complementar, que estaria no âmbito passível de conformidade da atuação jurisdicional sem perverter suas características.

No entanto, apesar da difusão que a obra de Taruffo obteve no País, a discordância entre os processualistas brasileiros sobre a possibilidade de que o juiz atue de ofício permanece forte: há correntes teóricas que rechaçam a possibilidade, calcados, fundamentalmente, na lição baluarte de Coutinho quanto ao resquício inquisitório fundamental que reside na gestão judicial da prova em qualquer nível, sendo incompatível com o cerne do princípio dispositivo que informaria

27. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez* e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 197.

28. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, set.-out. 1999. p. 71- 79.

29. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 63.

30. Segundo Badaró, "Partindo da premissa de que a busca da verdade é o único critério aceitável como premissa de uma decisão justa, o juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência – ou inocorrência –, realizar a justiça no caso concreto" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 25).

um sistema genuinamente acusatório.[31] Esse raciocínio não condiz com a reles divisão que foca a proibição imperativa apenas de uma atividade marcadamente substitutiva da acusatória, uma vez que a mais simples iniciativa *ex officio* destinada a qualquer tipo de prova suplanta a basilar questão das lacunas como espaço de dúvida que milita *pro reo* se não preenchida pela acusação.

Finalmente, há quem insista em discorrer sobre uma visão processual calcada em dois pilares complementares, em sofisma que se autocomplementa: a questão dos interesses indisponíveis entre a matéria penal e a tônica do mesmo dada por uma satisfação de busca de verdade real.[32] Capez, por todos, reconhece a ideia de que a prova não é obrigação, e sim ônus, enquanto adimplemento facultativo ou possibilidade de melhoria provável na obtenção de uma sentença favorável. Reconhece também a hipótese de que a atividade jurisdicional probatória usada sem parcimônia comportaria um sistema de vestes inquisitivas. Porém, aduz uma composição teórica que na prática desdiz o cerne de tais conclusões e que normaliza o texto do art. 156 e seus incisos (no Código de Processo Penal brasileiro) como uma excepcionalidade à legitimidade probatória da parte que faz a alegação, dado que visualiza aquela espécie de possibilidade concorrente de produção probatória de ofício como viável no sistema acusatório.[33]

O posicionamento mais condizente com um sistema efetivamente acusatório parece ser o explicitado por Goldschmidt, que coincide com a posição dos processualistas brasileiros que mais atentam para a conformidade constitucional do processo penal. Para ele, o sistema acusatório configurou o processo penal segundo o modelo do processo civil, como um *actus trium personarum*. O sentido e o fim dessa medida político-processual está em dispensar o juiz da iniciativa de persecução penal, para garantir a imparcialidade de sua atuação e fazer depender a realização da justiça punitiva do exercício de um direito de acusação, que se dirige à atuação do poder punitivo do juiz.[34] Goldschmidt preocupou-se com as relações entre as partes e o juiz, dispensando-o de informar-se de ofício e de

31. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição* (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13-17.
32. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68-69.
33. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 409-410.
34. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 758.

praticar diligências em busca da verdade.[35] Para ele, a prova sempre supõe um tema a ser provado; a saber, a afirmação da parte interessada, enquanto a atividade oficial do juiz nunca deve ter outro fim que a averiguação da verdade. Com respeito à prova, o juiz não tem outra função que a de a receber, ou seja, com todo rigor, uma função receptiva.[36] Segundo Goldschmidt, o juiz encarregado da jurisdição penal se limita às solicitações interpostas e ao material produzido pelas partes. Dessa forma, o processo penal torna-se uma disputa entre partes. Para ele, o melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual a quem persegue interesses opostos e sustenta opiniões divergentes, dispensando o magistrado dessa tarefa e garantindo, assim, sua imparcialidade. Dessa forma, mostra-se respeitoso da dignidade do acusado enquanto cidadão.[37] O autor considera inquisitório com forma acusatória o processo que permite que o juiz atue independentemente para averiguar e investigar os fatos.[38] O próprio sentido da imparcialidade exige que o processo penal se apoie no princípio acusatório, fazendo com que seja necessário acentuar o caráter de terceiro do órgão decisório.[39]

Taruffo desenvolve raciocínio radicalmente contrário: considera que atribuir ao juiz a tarefa de buscar a verdade através de poderes de instrução é um elemento essencial de sua imparcialidade.[40] O autor sustenta essa posição argumentando que as partes não têm interesse na verdade e que caberia ao juiz cumprir a função epistêmica de zelar por ela. No entanto, mesmo para o processo civil – sobre o qual Taruffo discute – essa posição parece inadequada: o autor afirma que não se

35. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 772.

36. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 778.

37. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 780.

38. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 780.

39. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*: introduccion. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. p. 131.

40. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 201.

devem discutir os poderes de instrução do juiz, mas sim submetê-los a controles efetivos; dessa forma, sugere que é necessário que as partes estejam em condição de controlar a relevância e a admissibilidade das provas trazidas de ofício pelo juiz e que estejam em condições de aportar provas contrárias; para Taruffo, a solução está em garantir a vigência integral do contraditório mais do que na anulação dos poderes instrutórios do juiz.[41] Para Badaró, a questão não é discutir a existência de tais poderes, mas os seus limites: a relação com o direito à prova das partes e, principalmente, qual deles predomina na atividade instrutória.[42]

Apesar dessas leituras, é importante referir que não são poucos os autores que se posicionam de forma contrária a qualquer interferência probatória do juiz até no processo civil, como demonstra o extenso levantamento realizado por Guasp.[43] Para Alcalá-Zamora y Castillo, trata-se de julgador que penetra na área das partes, como é o caso de preceitos expressos que permitem que o juiz se desloque de seu local de passividade e efetivamente desenvolva atividades que são de iniciativa das partes. Nos códigos processuais hispânicos podem ser encontrados tais dispositivos dentro de textos de tendência acusatória, como por exemplo, no Código espanhol, a "faculdade excepcional" de buscar uma mais acertada qualificação do delito, ou de solicitar "um maior esclarecimento sobre a questão debatida".[44]

41. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 201-202. Taruffo procura minimizar a questão apontando que não está propondo que o juiz se torne um inquisidor no qual estejam concentrados todos os poderes de instrução e descobrimento da verdade, anulando os poderes de instrução das partes. Sustenta que seu papel seria mais modesto e razoável, consistindo em comprovar se as partes trouxeram todos os dados cognitivos disponíveis para a determinação da verdade no processo e assumindo um papel ativo caso isso não tenha ocorrido (TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 199).
42. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 124-125.
43. É o caso de Carnelutti, Goldschmidt e Chiovenda, por exemplo. Ver GUASP, Jaime. Estudios jurídicos In: ARAGONESES ALONSO, Pedro (Coord.). Madrid: Civitas, 1996. p. 294-320.
44. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general y historia del proceso*. México: UNAM, 1992. t. I. p. 266-267. No Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, esse expediente está consolidado em seu art. 156, I e II, que, por definição, funda um sistema inquisitório dando ao juiz a prerrogativa de interferir na gestão da prova. Para Giacomolli, "o julgador, terceiro imparcial, é o destinatário da prova, não podendo

Os reflexos político-criminais da interferência do juiz na gestão da prova estão fartamente documentados e sua conformidade constitucional é, na melhor das hipóteses, discutível.[45] Mas talvez mereça mais atenção o fato de que uma concepção de atividade probatória como demonstração da verdade somente pode prosperar como negação da realidade: como apontam Guasp e Aragoneses Alonso, ela parte de uma base sólida, mas peca por sua impossibilidade prática, uma vez que uma demonstração desse tipo no processo é teórica e praticamente impossível.[46] Como observou Cordero, a prova sempre é indireta, já que consis-

ser confundido com o próprio remetente, sob pena de grave patologia". GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 162.

45. Para Lopes Jr, "Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da "lei", mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica". De acordo com o autor, "para além disso, a Constituição possui uma série de regras que desenham um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º , LIV), presunção de inocência (art. 5º, LVII) e exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX)" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 93-94). Para Nassif, "Sem ter como prioridade o debate em torno da verdade dos fatos, a denominada "real" resultante da avaliação probatória, sonhada pelos legisladores processuais, e por aí o entendimento de muitos doutrinadores no sentido de que o juiz pode desvestir de sua imparcialidade para intervir "ex officio" na sua promoção, conforme dita o CPP, nada mais é que um mito, distante da informação una e segura de sua existência. A "verdade real" é uma quimera e o juiz está constitucionalmente impedido de agir por iniciativa sua, pena de violar o sistema acusatório da Carta de 1988. Remanescendo dúvida, ela sempre vai operar em favor do acusado (*in dubio pro reo*)" (NASSIF, Aramis. *Sentença penal*: o desvendar de themis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 193-194).

46. GUASP, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998. t. I. p. 300. Segundo Taruffo, são concepções "que admiten la posibilidad de determinar la verdad de los hechos en el ámbito del proceso. Aunque sólo se puedan considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial, su propia posibilidad teórica y práctica constituye la premisa para una definición de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos. La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede, y por tanto, por las razones examinadas anteriormente, debe,

te em signos do suposto fato.[47] O autor destaca que o conhecimento direto é um fenômeno atípico e estatisticamente minúsculo; sempre que é necessário estabelecer se algo aconteceu, trabalhamos com equivalentes sensíveis. As provas são signos do passado a conhecer; isto é, uma relação semiótica configurável de diversas maneiras.[48]

Guasp é taxativo: o fato em si é uma noção objetiva e independente de qualquer representação mental que possa ter um sujeito. Mas o resultado a que se chega com a prova no processo não é a captação dos fatos em concreto, mas unicamente a formação da convicção do juiz sobre sua existência real ou não. É impossível levar o fato em sua realidade objetiva – com a diversidade de hipóteses que o termo pode abarcar – ao processo; quando a lei estabelece ao fato determinada consequência jurídica se refere à convicção que as diversas operações praticadas – as operações de prova – provocaram no juiz.[49] Uma noção que, inclusive, se coaduna com a fundamental visão do próprio Guasp sobre a relação material (de realidade objetiva) do processo e das pretensões que o envolvem, e os próprios limites dessa interconexão[50]. Daí vem o célebre adágio do autor quanto à necessidade de o processo "matar" a sociologia (a realidade fática objetiva, as pretensões reais, mundanas, dos envolvidos) para lidar com ela: bem como as pretensões (reais) envoltas no caso precisam se traduzir em pretensões jurídicas (classe visivelmente distinta, ainda que derivada), a série de regras e preceitos processuais – longe de ser meros e vagos exercícios formais – são pautadas por um conjunto de elementos que destoam de uma resolução fática pautada em critérios lógicos ou situacionais, eleitos *ad-hoc*.

Frisa-se: o fato do mundo independe de representações mentais, embora uma decisão jurídica sobre um fato precisa estar emaranhada em critérios e filtros que

---

basarse en uma reconstrucción verdadera de los hechos de la causa. Así identificado el objetivo de la determinación de los hechos, resulta evidente que com el término 'prueba' se hace referencia sintetizadamente al conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por médio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como 'verdadera'. Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 84).

47. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. t. II. Bogotá: Temis, 2000. p. 3.
48. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. t. II. Bogotá: Temis, 2000. p. 11.
49. GUASP, Jaime. *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996, p.333.
50. GUASP, Jaime. *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996. p. 574-582

por vezes a desconectam da caracterização empírica pura na missão de blindar certas escolhas políticas inafastáveis (como o perene e sempre iminente abuso do poder punitivo)[51].

Portanto, é uma concepção que fracassa no campo epistemológico e que, se assumida como horizonte cognitivo da atividade probatória, potencialmente produz enormes danos no âmbito das práticas punitivas, que tendencialmente serão autoritárias por força do protagonismo concedido ao juiz.

4. Atividade probatória como fixação formal dos fatos alegados no processo

De um extremo ao outro: se a concepção anterior vincula de modo demasiadamente simplificador prova e verdade, nessa concepção a verdade simplesmente deixa de ser um critério relevante para a atividade probatória, uma vez que os dados de realidade são deixados de lado, com o deslocamento da ênfase de modo integral para a esfera normativa. No entanto, a realidade é mais viva do que qualquer esquema formal e querer submetê-la a um método rigidamente preestabelecido significa tentar desnaturalizar a sua essência.[52]Aragoneses Alonso e Guasp apontam que a orientação de caráter formal considera a prova como mecanismo de fixação formal dos fatos processuais, com uso de determinados procedimentos legais que permitem controlar as alegações das partes; é uma orientação que tem caráter mais realista que a anterior, mas que tem o inconveniente de conceber a prova como instituição meramente artificial.[53]

Se a ideia de demonstração da verdade enfatiza – ainda que equivocadamente – a concretude da prova enquanto referência de realidade que remete ao passado, a orientação formal privilegia o caráter de procedimento, de atividade probatória que é conduzida no processo, assim como a especificidade que a caracteriza. Com base nessa perspectiva, é apontado que o desenvolvimento da atividade probatória se dá de forma regrada, uma vez que as partes e os juiz estão submetidos a uma série de regras que regulam as suas práticas. Essa seria uma crucial diferença entre a atividade probatória jurídica e a atividade probatória em geral, submetida unicamente a critérios epistemológicos.

51. DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*. Uma *re*configuração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015. p. 181-192.
52. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: introduccion*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. p.551-552.
53. GUASP, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998. t. I. p. 300.

Assumindo-se esse ponto de vista, não seria possível discutir a produção da verdade dentro do processo a partir de critérios epistemológicos gerais: o instrumental processual diferenciaria de tal forma a atividade probatória que essa aproximação estaria impossibilitada. Além disso, o mais preocupante seria considerar que se a atividade probatória dispensasse qualquer relação significativa com o passado, a decisão potencialmente seria arbitrária, apesar da existência de um fundo regrado. Portanto, essa perspectiva parte da premissa de que a verdade produzida no processo seria substancialmente distinta em relação a uma verdade com maior rigor, essa sim merecedora do termo verdade no sentido correspondente. Como aponta Guasp, a verdade formal é uma verdade que não corresponde à realidade dos fatos tais como são; portanto, a verdade formal é uma verdade falsa, ou uma não verdade.[54]

Essa abordagem geralmente conduz ao debate entre verdade formal e verdade material (ou real), que historicamente se mostrou de escassa relevância para fazer avançar a discussão sobre a verdade no processo. Nesse sentido, Badaró afirma que "já é hora de sepultar a desgastada dicotomia verdade formal e verdade material, que muito mais tem contribuído para desacertos do que para construções válidas".[55] Para Taruffo, a distinção entre verdade formal ou processual e verdade real é carente de fundamento: o autor considera que a verdade dos enunciados sobre os fatos depende da realidade dos fatos, portanto, não pode haver várias espécies de verdade.[56]

---

54. GUASP, Jaime. *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996, p. 338.

55. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 36. Para Maier, verdade real e verdade formal não são significados que apontem conceitos distintos do que se entende por verdade. Pode ser dito que a diferença tem relação com as diferentes formas através das quais os procedimentos judiciais atacam a investigação da verdade, ou em condicionamentos formais para fixar o objeto de averiguação e incorporar o material histórico a fim de conhecer a verdade histórica, que é o núcleo significativo do conceito (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I*: fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006. p. 851). Segundo Manzini, a declaração de certeza da verdade real, em princípio, é, sem dúvida, meta de todo o ordenamento processual: penal, civil, administrativo ou disciplinar. Muitas vezes, por necessidade ou oportunidade, no processo civil a verdade real cede diante da verdade formal, mediante regras especiais, positivas ou negativas, que direta ou indiretamente suprem ou impedem a prova da verdade: presunções, ficções, preclusões, transações etc.: elementos eventualmente contrários à declaração de certeza da verdade material (MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1951. t. I. p. 260-261.

56. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 100-101. O autor destaca que "la distinción entre verdad

Não parece que considerar a prova desde uma perspectiva exclusivamente formal seja possível, uma vez que a estrutura de caráter formal do instrumental processual não basta para descaracterizar por completo a referência a uma anterior realidade empírica.[57] Admitir o contrário significa aceitar que o juiz está livre para decidir conforme considere conveniente – ainda que respeitando o caráter regrado do jogo – sem necessidade de haver referência probatória concreta ao evento sobre o qual ele deve julgar. Esse caminho poderia conduzir à expulsão por completo da verdade do sistema, o que certamente se mostraria conducente a produzir enormes danos ao acusado, já que a condenação não precisaria estar necessariamente fundamentada em dados de realidade, pois seria aceitável se assim o fosse de acordo com o critério de verdade formal.[58]

Como refere Ferrer Beltrán, é habitual enfatizar a especificidade da prova jurídica em relação a prova produzida em qualquer outro âmbito de experiência argumentando que a atividade probatória jurídica está submetida a muitas regras jurídicas que fazem dela algo *sui generis* em relação a atividade probatória em sentido geral. O autor considera que essa apreciação é exagerada e po-

formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha· puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente 'distinta' y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 24-25).

57. Para Taruffo, esse *déficit* não implica que exista uma verdade processual: somente implica que no processo existem normas que limitam a possibilidade de usar todas as provas relevantes, determinando assim uma verdade limitada ou incompleta, ou nos casos mais graves, que não se estabeleça nenhuma verdade. Para o autor, esse problema não se refere à verdade, mas aos limites que o processo impõe a sua determinação. Não é por acaso que ele extrai desse raciocínio a ideia de uma verdade ainda correspondente, mas relativa ou aproximada (TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 100-101).

58. Para Ferrajoli, "El concepto de verdad procesal es, en suma, fundamental además de para la elaboración de una teoría del proceso, también por los usos que de él se hacen en la práctica judicial. Y no se puede prescindir de él, salvo que se opte explícitamente por modelos penales puramente decisionistas, sino a costa de una profunda incomprensión de la actividad jurisdiccional y de la renuncia a su forma principal de control racional" (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995 p. 47).

de ser relativizada.[59] Segundo Cunha Martins, o que rigorosamente interessa "[...] é a questão do *lugar* do 'verdadeiro' no âmbito de uma dinâmica processual que o reconfigura e o move a cada momento".[60] Para o autor, "a 'verdade' *é um elemento entre vários* (atenção: não é dizer pouco) – no seio dos dispositivos processuais".[61]

Dito isso, estabelecer um conceito de verdade ou a sua posição na arquitetura processual penal extrapola os propósitos deste texto. O que parece claro é que a atividade probatória não pode ter como referencial a verdade correspondente (real, material, substancial ou relativa) ou a verdade formal, pois ambas se mostram insuficientes para explicar no que consiste a dimensão cognitiva do processo. Pode ser dito que ambas ignoram um ponto essencial: o fato de o juiz ser o destinatário da prova.

5. As concepções narrativistas ou semióticas, estruturadas em torno da ideia de argumentação

Não é apenas sob a abrigo da verdade formal que a realidade acaba sendo deixada de lado nas concepções que dizem respeito ao sentido da atividade probatória processual. Isso também ocorre com as concepções semióticas ou narrativas, que dissolvem os conceitos de prova e de verdade na ideia de argumentação.[62]

---

59. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 67.

60. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 81. Destaque do original.

61. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 82. Destaque do original.

62. Taruffo realizou um bom apanhado das concepções em questão, apontando que "La premisa fundamental es que el proceso es una situación en la que se desarrollan diálogos y se narran stories; los diálogos y las narraciones tienen que ver también con los hechos, pero no interesa cuál sea esa relación más que desde el punto de vista de lãs estructuras semióticas y lingüísticas. Sólo se considera relevante la dimensión lingüística y narrativa del proceso, mientras que la eventual relación entre narración y realidad empírica no se considera relevante (o posible). Los hechos surgen en el proceso únicamente en forma de narraciones y son sólo apreciados como puntos o partes de narraciones; no son conocidos ni determinados como verdaderos. Desde una perspectiva de este tipo, también las pruebas son tomadas en consideración únicamente en su dimensión lingüística, dialógica y narrativa. La narración de un testigo vale únicamente como narración y no en la medida en que ofrezca elementos de conocimiento sobre los hechos. De un modo análogo, la asunción de las pruebas en la forma del trial es analizada como una

Nessa perspectiva não se ignora que o juiz é o destinatário da prova, mas a atividade probatória acaba sendo reduzida a um jogo de argumentação construído como efeito de sedução, o que parece inaceitável: a argumentação é apenas um elemento e não o critério que define a dinâmica da prova no processo.

É claro que estratégias de convencimento fazem parte da dinâmica processual, e não se está negando isso, uma vez que a concepção de atividade probatória como captura psíquica do juiz reconhece essa dimensão. É nesse sentido que Cordero observa que aquele que fala lança atrativos para tentar a captura psíquica do julgador.[63] No entanto, em uma concepção retórica levada ao extremo, o processo torna-se um jogo retórico-persuasivo, no qual o que vale é a técnica de convencimento a qualquer preço.[64] A partir dessa perspectiva, a intenção é tão somente persuadir, e pouco importa mediante quais meios. Por outro lado, mesmo assim a intenção de provar a veracidade de um fato ainda conta como elemento de persuasão; o que estaria em questão seria o peso dado a essa intenção, a não

situación compleja de diálogo en la que tienen importancia esencialmente las formas en las que las narraciones son preparadas, desarrolladas y manipuladas, mientras que quedan 'fuera del campo' los aspectos que podrían referirse, por ejemplo, al control de veracidad de las narraciones presentadas por los testigos. Cada prueba, que es tomada en consideración exclusivamente como story o como un 'pedazo de narración' relativa a los hechos, se inserta en la dimensión lingüística y semiótica del proceso como uma de tantas ocurrencias del diálogo a varias voces que en aquél se desarrolla, resultando claro que la del 'lenguaje de las narraciones' es la única dimensión relevante y que en ella todos los 'pedazos de diálogo' se sitúan – por decirlo as í- uno al lado del otro en el mismo nivel. Sin embargo, los abogados de las partes tienen una razón para emplear las pruebas: éstas pueden resultar útiles para apoyar la story of the case que cada abogado propone al juez. La estructura fundamental del diálogo procesal, en sus términos más elementales, se sitúa en el hecho de que cada abogado presenta una narración distinta del case y que al final el juez o el jurado pronuncian las últimas palabras del diálogo con una decisión que asume una u otra narración. Dado que desde este análisis se excluye cualquier referencia a la veracidad de las narraciones de los hechos, no es fácil asignar una función específica a la prueba, más allá de la constatación banal de que en el contexto lingüístico del proceso algunas de sus ocurrencias están constituidas por lo que los juristas normalmente denominan 'elementos de prueba'" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 82-83).

63. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. II. p. 16.

64. Taruffo observa que "se perfila una concepción genéricamente 'persuasiva' de la prueba, que la caracteriza como un 'pedazo de diálogo' que se combina y se une a la narración de uma de las partes y que de alguna forma ejerce su influencia sobre la decisión final. Esta función persuasiva no se define en términos precisos y surge aquí y allá en algunas de las versiones narrativistas del problema del juicio" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 83).

ser que se prescinda por completo de uma prova com sentido apofântico, como fizeram os germânicos.[65] Caso fosse adotada essa premissa, a possibilidade de produção de danos seria elevada a um limite insuportável para um ritual de contenção do poder punitivo que deve ter conotação democrática: a narratividade não pode prescindir por completo da concretude do real que já foi; a exigência de referencialidade empírica do processo não pode permiti-lo, pois é necessário que o juiz motive a sentença condenatória em motivos de prova que remetam a um fato passado. Não é por acaso que as regras do jogo impõem que ele embase sua narrativa decisória em provas. É nesse sentido que Ferrajoli refere que uma opção teórica do tipo decisionista – pouco importando se devido a uma desconfiança cética ou à convencida adesão política – se fixa como favorável à consolidação ou fundação de sistemas jurídicos com legalidade enfraquecida e a modelos de intervenção penal potestativos e antigarantistas.[66]

Diante da ameaça de degeneração que o relativismo argumentativo representa, convém propor um resgate do sentido propriamente devido do termo retórica, que possibilite a superação dessa potencial forma de decisionismo processual. Não por acaso, esse resgate se relaciona com a importância que deve ser dada às provas enquanto mecanismo apto a formar a convicção do juiz. Para isso, é preciso lembrar que a retórica aristotélica é embasada principalmente e acima de tudo, em provas. Ao discutir a retórica de Aristóteles, Cunha Martins, refere que

> "quando ele inclui a ideia de prova no âmbito argumentativo, ele fá-lo justamente em nome da verdade; mais: ele fá-lo visando extirpar dessa verdade aqueles elementos que a poderiam conotar com um convencimento obtido por comoção, semelhante, afinal, aquele que é próprio, hoje, do espetáculo midiático".[67]

---

65. Segundo Taruffo, "En las versiones que toman en mayor consideración lo que ocurre en el proceso surge, sin embargo, una tendencia a sostener que las pruebas sirven, siempre en el contexto 'narrativo' del proceso, para apoyar una u otra narración. No está muy claro de qué forma un pedazo de narración puede servir de soporte de otro pedazo de narración que se sitúa en el mismo nivel, pero se sostiene que la prueba sirve para apoyar la story narrada por uno u otro abogado. Así, no se excluye que las pruebas influencien en la elección de la story que se asume en la decisión, aunque no resulta claro en absoluto de qué forma se realiza esa elección y cuál es el rol específico que en ella desarrollan las pruebas" (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 83).
66. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995. p. 63.
67. CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. Modos da verdade. *Revista de História das Ideias*, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002. p. 23.

Portanto, a retórica não é um discurso vazio composto de um conjunto de artifícios dedicados ao convencimento do ouvinte. De acordo com Aristóteles, o principal, na retórica, é a arte das provas. Para ele, só as provas dizem verdadeiramente respeito à arte, sendo tudo o mais acessório.[68] Fernando Gil também se preocupou com essa questão e apontou que, em virtude de suas origens retóricas, muita atenção foi dada à argumentação no que se refere à prova jurídica, mas que a pretensão de dissolver a ideia de prova na ideia de argumentação é de todo inaceitável e não corresponde a qualquer realidade.[69] Nesse sentido, ele afirma que "em Aristóteles, a retórica tem também a ver com a verdade, não é uma coleção de efeitos de sedução".[70] Ferrajoli, inclusive, refere que uma concepção de processo como disputa ou controvérsia remete ao paradigma da *disputatio* elaborado pela tradição retórica clássica e legado por meio da experiência inglesa ao processo acusatório moderno.[71]

Assim, a verdade não pode ser deixada inteiramente de lado em relação ao processo, sob pena de outro tipo de excesso, dado pelo relativismo exacerbado, que sequer pode ser considerado um modelo processual e que poderia conduzir a resultados desastrosos, legitimando o decisionismo. Nesse sentido, para Cordero, os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou; as partes formulam hipóteses; o juiz acolhe a mais provável, de acordo com determinadas normas, trabalhando com base em conhecimento empírico, em oposição a adivinhações e intuições.[72] Portanto, o metabolismo do juízo histórico referido por Cordero opera sempre com base em um limite imposto pela normatividade e que deve ter como premissa básica à oposição a juízos potestativos substancialistas dados a legitimar espaços ilegítimos de decisionismo.

Nesse sentido, Ferrajoli alerta para os perigos inseridos no relativismo, pois afirma que uma interpretação que considerasse ilusória qualquer pretensão de

68. ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 29.

69. CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. Modos da verdade. *Revista de História das Ideias*, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002. p. 23.

70. CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. Modos da verdade. *Revista de História das Ideias*, Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002. p. 23.

71. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995. p. 565.

72. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. II. p. 7.

perseguir a verdade no processo acabaria por avalizar modelos de direito e de processo penal abertamente substancialistas e decisionistas.[73] Como observa Taruffo, narrar uma história em termos valorativos no lugar de fazê-lo em termos descritivos significa narrar uma história diferente: uma história que não pode ser objeto de prova.[74] De fato, a ênfase excessiva no aspecto argumentativo pode tornar inútil qualquer discussão sobre provas. Portanto, é a prova que define o núcleo do sistema e as condições de possível verdade. Quando se abre mão dela em sua plenitude, criam-se condições para que prosperem juízos apriorísticos de inverossimilitude das teses defensivas, amparados em discursos persecutórios que legitimam práticas punitivas autoritárias e antidemocráticas. Logo, essa concepção não é somente incompatível com um processo respeitoso de *standards* probatórios cientes de necessários limites epistemológicos: ela também é uma opção político-criminal inaceitável para o devido processo penal contemporâneo.

6. Atividade probatória como captura psíquica do juiz

Finalmente, chegamos ao conceito mais adequado de atividade probatória para o processo penal. Aragoneses Alonso a define como atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz ou Tribunal, a respeito da veracidade ou falsidade dos fatos.[75] Para o autor, como a demonstração da existência de um fato não é praticamente possível e a fixação formal dos fatos alegados no processo não tem como ser um conceito válido para o processo penal, o ponto de partida deve ser o conceito de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz.[76] Segundo Guasp e Aragoneses Alonso, a concepção material e a concepção formal podem ser superadas caso a atividade probatória seja considerada substancialmente demonstrativa, mas não de mera fixação formal dos fatos: ela visa obter o convencimento psicológico do juiz a respeito de sua existência ou inexistência. Desse modo, a veracidade ou falsidade dos dados

73. Embora Ferrajoli fale em perseguir a verdade, é importante referir que o autor é absolutamente contrário a qualquer atuação do magistrado nesse sentido (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995. p. 62.

74. TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 71.

75. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. p. 283.

76. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. p. 283.

em si mesmos é dada em função da convicção psicológica do julgador; a atividade probatória será, portanto, o ato ou série de atos processuais pelos quais se busca obter o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos dados lógicos que devem ser tidos em conta no processo.[77] Segundo Cunha Martins, "provar é em boa medida convencer".[78] Essa concepção se amolda ao que pensa Gil, que, inspirado em Wittgenstein, constatou que não há saber nem prova sem destinatário, pois o essencial da prova é engendrar a convicção.[79]

Portanto, trata-se de uma concepção que desloca a atividade probatória para o convencimento do juiz, um elemento central à estrutura de cognição processual que é desconsiderado pelas demais leituras. Perceba-se que essa definição não prescinde por completo das concepções anteriores, que são redimensionadas adequadamente: a atividade probatória é tida como uma atividade demonstrativa mediante atos processuais, – que não prescinde por completo da verdade, uma vez que há referência ao passado –, mas o critério de verdade ou falsidade passa a ser tido em conta com base no destinatário da prova, que é o juiz: é o juiz que terá que se convencer que um dado elemento introduzido no processo é uma prova. Para Guasp, sempre que o juiz se deparar com um fato cuja verdade – ou seja, correspondência com a realidade – tenha que declarar, a lei não pode fazer nada além de se remeter à crença que em sua mente tenha se formado. Sua crença foi constituída por um complexo de fatores, alguns dos quais não são exclusivamente de índole psicológica: por exemplo, quando para apreciar uma circunstância duvidosa, tem que escolher

77. GUASP, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil*. Madrid: Civitas, 1998. t. I. p. 300-301. Desse modo, o autor considera que por meio da atividade probatória procura-se trazer novamente à tona os dados lógicos de certos fatos, mediante um convencimento psicológico do julgador. Com tais mecanismos, busca-se tornar o passado novamente presente: que aquele que julga veja através das estruturas formais os dados reais que determinam a conformidade ou desconformidade da justiça com o resultado pretendido (ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*: introduccion. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996. p. 561). Para Guasp, a característica essencial do pensamento do juiz no que diz respeito aos fatos está na convicção psicológica sobre a sua verdade ou falsidade, sua correspondência ou falsidade com a realidade da vida. Desse modo, toda prova é dirigida à criação no juiz de uma determinada convicção. O juiz, com elementos de várias índoles, constrói uma crença ou complexo de crenças sobre os fatos trazidos ao processo (GUASP, Jaime. Estudios jurídicos. In: ARAGONESES ALONSO, Pedro (Coord.). Madrid: Civitas, 1996. p. 333-334

78. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

79. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

entre argumentos opostos, oferecidos pelas partes, o que faz é decidir entre eles, ou seja, realizar um ato de vontade.[80] O autor descarta a ideia de um descobrimento ou determinação da verdade; para ele – principalmente em quadros fáticos complexos – o que prevalecerá são crenças sobre o que ocorreu, segundo o convencimento de uma ou outra versão.[81] Por meio da atividade probatória procura-se trazer novamente à tona os dados lógicos de certos fatos, mediante um convencimento psicológico do aplicador da lei. Com tais mecanismos busca-se tornar o passado novamente presente: que aquele que julga veja através das estruturas formais os dados reais que determinam a conformidade ou desconformidade da justiça com o resultado pretendido.[82] Para Huertas Martin, a finalidade da atividade probatória não é outra que a de obter a convicção psicológica do juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos.[83] De modo semelhante, Goldschmidt apontou que os atos das partes têm como finalidade convencer o juiz da verdade sobre a afirmação de um fato.[84] Para ele, a produção da prova consiste em tornar eficaz um meio probatório. A prova processual, chamada prova histórica, tem por objeto fatos e deve comunicar ao juiz percepções sensíveis.[85]

---

80. GUASP, Jaime. Estudios jurídicos. In: ARAGONESES ALONSO, Pedro (Coord.). Madrid: Civitas, 1996. p. 344. Em sentido semelhante, Mora descarta a ideia de um descobrimento ou determinação da verdade; para ele – principalmente em quadros fáticos complexos – o que prevalecerá são crenças sobre o que ocorreu, segundo o convencimento de uma ou outra versão. MORA, Luis Paulino. La prueba como derecho fundamental (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (Coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006. p. 83). Para Lopes Jr., é questão inafastável que o juiz "elege" versões fáticas e quiçá o próprio sentido/significado da norma atribuída. Uma escolha que se expressa na valoração da prova (enquanto literal crença), e perpassa as próprias valorações axiológicas inerentes à eleição em questão (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 343-345. Destaque do original).
81. MORA, Luis Paulino. La prueba como derecho fundamental. In: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (Coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006. p. 83.
82. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*: introduccion. Madrid: Editoriales de derecho reunidas. p. 561.
83. HUERTAS MARTIN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 28.
84. GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 860.
85. GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso* I: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 861.

Traz-se novamente em destaque a série de elementos que enfatizam nuances de uma verdadeira política processual: seja nas alusões feitas por Ferrer Beltrán e Goldschmidt[86], seja no alerta de opções constantes e democraticamente vigilantes de Ferrajoli[87] e mesmo de um modo mais amplo no sentido de perfis eleitos para a concepção de processo[88], percebe-se que o que está em jogo não se trata apenas de uma nova e periférica visão de Estado da Arte sob a técnica probatória e divisões acadêmicas sobre sua classificação e funções. Está-se diante de uma genuína nota fundamental relativa à própria imposição democrática no controle dos procedimentos e dos conteúdos processuais. Ao buscar um conceito que vise racionalmente gerar uma convicção externável, plausível e passível de concatenação lógica via sentença, está-se colaborando – ainda que minimamente – para com um controle por vezes falho, mas de ordem fundamental, como ensinou há muito Gomes Filho[89]: não basta a pálida previsão de necessidade motivacional dos atos decisórios, sob pena de se estar compactuando com uma explicitação padronizada, tributo de uma obrigação regente e vazia. A visão ora em questão corrobora a ideia de que há além de tudo uma convicção a ser efetivamente demonstrada (o que se atrela à necessidade democrática, fundamental, de esquiva quanto a um procedimento enquanto formalidade que simplesmente paire sobre e justifique tomadas de decisões circunscritas à vontade, convicção, intuição ou mesmo sanha inquisitória judicial). A tese aqui exposta desloca efetivamente o julgador de uma espécie de protagonismo inquisitorial para outro tipo de centralidade, em que ele é tanto o alvo das tentativas de captura, nesse sentido, quanto o responsável pela construção (exposta e escrutinada) de sua(s) convicção(ões).

No entanto, Cunha Martins aponta que "*estar convicto* não é a etapa final de um trajecto epistêmico sem mácula".[90] Afinal, como destaca Ibáñez, o juiz não se depara diretamente com fatos, mas sim com proposições relativas a fatos; com representações cognoscitivas que denotam algo que ocorreu no mundo real. O processo de conhecimento relativo aos fatos está mediado pela linguagem, o que faz com que

86. Cf. notas 10 e 11, *supra*.

87. Cf. nota 62, *supra*.

88. Cf. nota 47, *supra*, e sua contextualização.

89. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 111-113.

90. CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito*: the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9. Destaque do original.

uma carga de relativismo, incerteza e ambiguidade nesta operação cognitiva.[91] Para Cordero, a verdade não é retirada dos fatos, enquanto acontecimentos da realidade material que chegam ao processo. No processo desenvolvem-se enunciados de vários sujeitos que interagem entre si e com o juiz, o que causa uma inevitável carga de subjetividade dificilmente controlável em tais enunciados relativos aos fatos e na decisão e sua motivação.[92]

Considerações finais

Um exame das diferentes concepções de atividade probatória historicamente estabelecidas na dogmática processual penal demonstra que a captura psíquica do juiz é a mais adequada para um processo penal acusatório e com conformidade constitucional. No campo da epistemologia, ela supera problemas para os quais uma concepção de atividade probatória alicerçada na demonstração da verdade não encontra soluções: não simplifica a complexidade envolvida na dimensão cognitiva do processo e fixa o juiz na posição de terceiro, como destinatário da prova, motivo para o qual sua participação na atividade probatória deve se restringir à garantia de cumprimento das regras do jogo; não desconecta o processo penal da realidade efetivamente vivida, uma vez que estabelece que a formação da convicção necessariamente terá que se dar com base em elementos de prova, não bastando para isso o emprego de efeitos retóricos de sedução ou o simples cumprimento de requisitos formais normativamente estabelecidos. Com isso, pode contribuir para atenuar os infelizmente rotineiros voluntarismos e decisionismos nas práticas judiciais, assim como pode conter a proliferação de espaços de subjetividade dados a favorecer concepções de processo penal do inimigo, contrárias ao que se espera de um processo penal do cidadão.

No entanto, apesar de suas inegáveis virtudes, uma compreensão qualificada da atividade probatória não é de modo algum uma panaceia para todas as misérias do processo penal. Seu papel é mais modesto e singelo: a redução de danos. Como refletiu Carnelutti, ao processo penal está designado um objetivo grande demais para ser cumprido. Isso não quer dizer que se possa prescindir dele; mas se temos que reconhecer sua necessidade, temos de reconhecer igualmente sua insuficiência.[93]

---

91. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 50.
92. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 122.
93. CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965. p. 87.

Referências consultadas

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general y historia del proceso*. México: UNAM, 1992. t. I.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal:* introducción. *Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1986.*

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986.*

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal: introduccion*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1986.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BAPTISTA, Francisco das neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las provas judiciales*. Buenos Aires: EJEA, 1959. t. I.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosch, 1973.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis, 2000. t. II.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, ano 30, n. 30, p. 168, 1998. Disponível em: [https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587]. Acesso em: dez. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição* (análise crítica do projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito:* the Brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA MARTINS, Rui; GIL, Fernando. Modos da verdade. *Revista de História das Ideias*. Instituto de História e Teoria das Idéias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*. Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andres Ibáñez et alii. Madrid: Trotta, 1995.

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

GIACOMOLLI, Nereu. *O devido processo penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I:* problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 27, p. 71-79, set.-out. 1999.

GUASP, Jaime. *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996.

GUASP, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil* Madrid: Civitas, 1998. t. I.

HUERTAS MARTIN, M. Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: Bosch, 1999.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los "hechos" en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005.

KHALED JR, Salah H. *A busca da verdade no processo penal:* para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

KHALED JR, Salah H. *Ambição de verdade no processo penal:* uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEONE. Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1963. t. II.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MANZINI, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJEA, 1951. t. I.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso y garantia (civil y penal):* el proceso como garantia de libertad y de responsabilidad. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

MORA, Luis Paulino. La prueba como derecho fundamental. In: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (Dir.); SANZ HERMIDA, Ágata (Coord.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006.

NASSIF, Aramis. *Sentença penal:* o desvendar de themis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. São Paulo: Marcial Pons, 2014

SENTIS MELENDO, Santiago. *El proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1959. t. I.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad:* el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da "busca da verdade real" na instrução e fundamentação das decisões, de Leonard Ziesemer Schmitz – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil* 4 e *RePro* 250/91-117 (DTR\2015\17046).

Produção probatória e cooperação jurídica internacional em matéria penal

Production of evidence and international legal cooperation in criminal matters

Saulo Stefanone Alle

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2012). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2002). Professor e advogado em São Paulo.
saulo@salle.com.br

Recebido em: 19.01.2019
Aprovado em: 13.03.2019
Última versão do(a) autor(a): 17.03.2019

Áreas do Direito: Penal; Internacional; Processual

Resumo: A prática de atos em cooperação jurídica internacional envolve o desafio de proteção às garantias processuais. A interação entre sistemas jurídicos nacionais distintos coloca o problema do referencial jurídico para o controle da regularidade dos atos de persecução criminal. Dados quantitativos e qualitativos confirmam uma transformação nas premissas de julgamento dos casos em que há produção probatória em jurisdição estrangeira. Atualmente, admite-se a realização de atos mesmo sem existência de tratados específicos que poderiam servir de parâmetro de controle das formalidades, passando-se a admitir que a regularidade da produção probatória seja aferida pela lei da jurisdição em que a diligência é realizada. Diante dessa realidade, a jurisprudência nacional não admite a confrontação da prova a partir de elementos do direito brasileiro. No entanto, elementos concretos do direito internacional impõem-se como referencial para controle

Abstract: The performance of measures in international legal cooperation involves the challenge of protecting procedural rights guaranteed to an individual. The interaction between the legal systems of different States leads to the question of legal reference to control the enforceability of criminal procedures. Quantitative and qualitative data confirm the transformation of one of the premises of the judgment of cases where the production of evidence takes place in foreign jurisdictions. Currently, acts may be performed despite the lack of specific treaties to be used as a parameter for the control of formalities, admitting that the enforceability of the production of evidence is subject to the law of the jurisdiction where the evidence was produced. In light of this fact, the national court decisions do not authorize the examination of evidence based on elements of the Brazilian law. Notwithstanding the foregoing, concrete elements of international law

Alle, Saulo Stefanone. Produção probatória e cooperação jurídica internacional em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 156. ano 27. p. 425-452. São Paulo: Ed. RT, junho 2019.

da higidez dessa atividade probatória. O objetivo deste artigo é identificar como o tratamento desse assunto se consolidou no Brasil, e avaliar como o diálogo de fontes deve servir para os juízos sobre a produção probatória sem imposição de juízos moralizantes brasileiros sobre a atividade jurisdicional estrangeira.

Palavras-chave: Provas – Processo penal – Cooperação jurídica internacional – *Lex diligentiae* – Diálogo das fontes – Corte Interamericana de Direitos Humanos.

are mandatory as reference for the control of enforceable evidence. The purpose of this article is to address how this matter has been settled in Brazil and assess how the dialogue of sources must serve for the courts in the production of evidence without the submission of foreign court decisions to Brazilian moral values.

Keywords: Evidence – Criminal proceeding – International legal cooperation – *Lex diligentiae* – Dialogue of sources – Inter-American Court of Human Rights.

Sumário: 1. Introdução. 2. Consolidação da cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil e seu fundamento. 3. Tendência jurisprudencial brasileira sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal. 4. Dever geral de cooperar e o desafio de proteção das garantias no processo. 5. Conflitos interpretativos a os parâmetros concretos para produção probatória no contexto transnacional. 6. Interação entre o direito brasileiro e conceitos concretos da jurisprudência internacional. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prova no processo penal é elemento central, determinante do julgamento e, por isso, a preservação das garantias no contexto da produção probatória é fundamental para um processo hígido e uma justiça penal eficaz. A legislação brasileira e a jurisprudência, sobretudo esta, definem de forma bastante rica os limites da produção das provas, das condições de sua legalidade e legitimidade. Contudo, quando o processo penal envolve a colheita de provas em outros Estados, por meio de cooperação jurídica internacional ativa em matéria penal, surge uma questão: qual o referencial de legalidade e de legitimidade para a produção probatória?

A prática brasileira enfrentou essa questão diversas vezes, inclusive em casos emblemáticos, e aponta uma tendência de redefinição de suas premissas. Em um primeiro momento, é possível verificar a tendência ao estranhamento e à recusa de provas coletadas por outras jurisdições em dissonância com os parâmetros brasileiros de regularidade e legalidade. Dados e casos mais recentes, contudo, apontam para uma nova acomodação que, por um lado, torna a cooperação mais efetiva, mas, por outro, desafiam o desenvolvimento de novos paradigmas válidos de controle das garantias dos acusados, para além da confrontação a partir de formalidades ditadas apenas pelo direito brasileiro.

2. Consolidação da cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil e seu fundamento

O Ministério da Justiça (MJ) – por meio do Departamento de Estrangeiros (DEEST), responsável pelas questões relativas à extradição, do Departamento Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI), responsável pelas demais questões cooperativas – é a autoridade central no Brasil para o trâmite dos pedidos cooperativos, juntamente com o Ministério Público Federal – ocupando-se este último apenas de pedidos ativos e passivos de auxílio direto com Portugal e Canadá[1]. Dados do DRCI, de janeiro a novembro de 2018, dão conta de que o Brasil mais solicita do que concede cooperação, com grande destaque para os pedidos ativos em matéria penal –31,93% de todo o movimento do DRCI[2], no período.

Ainda segundo dados oficiais do DRCI, de toda a atividade de cooperação internacional, 20,26% têm por base o compromisso de reciprocidade e, em matéria criminal, destacam-se entre os principais fundamentos a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado) e a Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção), que fundamentaram juntas 8,57% dos pedidos de cooperação jurídica processados pelo órgão. A Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau, da OEA), é base para 6,20% dos pedidos.

Esses dados evidenciam uma tendência marcante do direito brasileiro: o abandono das premissas teóricas que exigiam a existência de tratado específico, frequentemente entendido como bilateral e detalhado, para admitir-se a cooperação jurídica internacional. Assim, volume relevante de atos de cooperação é fundado em Convenções gerais (como é o caso das três mencionadas anteriormente, sobretudo as duas primeiras), multilaterais, e não em tratados específicos e bilaterais. Essa tendência põe em destaque o dever geral de cooperar como

1. Além desses casos, "Os pedidos rogatórios extraídos de Ação de Alimentos ajuizados perante a Justiça Federal têm a procuradoria Geral da República como Autoridade Central, nos termos da Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro" (Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/autoridade-central]. Acesso em: 18.01.2019).
2. Segundo dados oficiais de boletim do próprio Ministério da Justiça, referentes a novembro de 2018 (Disponível em: [www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas.] Acesso em: 18.01.2019).

premissa desse sistema internacional[3], mas exige referenciais de reforço para controle quanto ao respeito às garantias.

3. Tendência jurisprudencial brasileira sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal

Se por um lado os dados estatísticos denotam a consolidação da tendência de admissão das práticas cooperativas fundadas em tratados gerais, por outro é relevante analisar como se deu essa evolução na prática brasileira. Do ponto de vista qualitativo, três casos refletem muito bem a transformação do direito nesse campo.

O marco inicial para análise da transformação, por sua vez, está bem refletido no julgamento da Suspensão de Segurança 2.382-SP, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esse caso revela concretamente a tendência inicial de resistência ao reconhecimento de atos jurisdicionais praticados no estrangeiro[4], diante da falta de simetria formal, da existência de tratado específico e detalhado ou de compromisso de reciprocidade.

Pois bem, a Suspensão de Segurança 2.382-SP (STJ) trata de um pedido de quebra de sigilo bancário aos Estados Unidos, mediante auxílio direto, mas que foi considerado irregular, inicialmente, uma vez que "a autoridade brasileira [...] não pode obter no exterior, pela via da colaboração jurídica internacional, o que lhe está vedado, no exercício de competência própria, no país"[5].

Na verdade, o caso denota a dificuldade, de então, em se lidar com a falta de simetria legal, além da incerteza quanto às regras de direito aplicável. Nesse contexto, não se admitiu que o Ministério Público obtivesse, segundo o direito norte-americano, informações sigilosas a que o direito brasileiro impõe condições judiciais especiais para acesso. O problema de base era a proteção a um direito fundamental.

3. ALLE, Saulo S. Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunción, ano 5, n.10, 2017. p. 132-152.

4. Prevalece, de fato, o que apresentado inclusive por Frederico Marques: "A carta rogatória será cumprida no estrangeiro, segundo o que dispõe a *lex fori* do juiz rogado" (MARQUES, José Frederico. *Elemento de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2009. v. 2. p. 178).

5. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança 2.382-SP. Relator: Ministro Ari Pargendler. Publicação: *DJ* 27.09.2010. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/ doc.jsp?livre=2382&b=ACOR&p=true&l=10&i=4]. Acesso em: 18.01.2019.

Como é regra também tanto na cooperação ativa como na passiva, a decisão pode ser relacionada, sobretudo, ao problema do estranhamento ao diferente:

> "[...] difícil deixar de lembrar das palavras do compositor brasileiro Caetano Veloso: "Narciso acha feio o que não é espelho". A análise dos casos brasileiros de cooperação jurídica penal explicitou essa tentação de considerar tudo aquilo que difere do modelo brasileiro uma violação de direitos fundamentais [...]"[6].

No caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo abriu um inquérito civil (596/2009) para apurar "irregularidades" praticadas por membros da Igreja Universal do Reino de Deus. Entre as atividades investigatórias, expediu "Solicitação de Assistência Legal" a autoridades americanas para obtenção de dados relativos a operações bancárias. Diante do fato, a Igreja Universal impetrou mandado de segurança perante a primeira instância do Judiciário do Estado de São Paulo, obtendo ordem para obstar a providência.

Diante dessa decisão, o Ministério Público apresentou pedido de suspensão de segurança – fundado na Lei 8.437/1992 – ao presidente do Tribunal de Justiça que negou o pedido. O Ministério Público, então, apresentou um novo pedido de suspensão de segurança, agora perante a presidência do Superior Tribunal de Justiça, e que foi igualmente recusado sob os mesmos fundamentos das duas decisões anteriores. Por fim, o Ministério Público Estadual só obteve sucesso, com reforma dos fundamentos e da decisão, mediante Agravo Regimental julgado pelo mesmo presidente do Superior Tribunal de Justiça, revendo seu entendimento anterior.

Embora antes de um desfecho, o caso tenha sido julgado prejudicado por perda do objeto, os argumentos e o tratamento das questões explicitam que, inicialmente, os referenciais calcados no direito interno e posturas compatíveis com um voluntarismo exacerbado, em relação ao direito internacional, eram o referencial. Destaca-se que a negativa inicial da possibilidade do auxílio direto naquele caso se deveu a excesso no ato praticado pelo Ministério Público, diante do princípio da reciprocidade, necessidade de controle judicial para a quebra de sigilo bancário por autoridade brasileira e dependência de tratado específico devidamente ratificado para essa forma de cooperação (voluntarismo exacerbado).

6. ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 380.

Pode-se dizer que não houve reconhecimento de legitimidade da autoridade americana para apreciação e controle da produção probatória e, supostamente, havia presunção de assimetria entre a compreensão da garantia constitucional que conduziria à irregularidade da quebra de sigilo bancário sob outros valores de controle que não os brasileiros.

Além de outros aspectos, é possível destacar, na decisão, a confusão entre licitude e regularidade da produção probatória – condição de sua utilização – com observância dos parâmetros do direito brasileiro. Atualmente, a jurisprudência já admite de forma tranquila que a produção de determinada prova em território brasileiro estará sujeita às regras e aos controles próprios do direito brasileiro, ainda que solicitada por autoridade estrangeira. De igual modo, a prova solicitada por autoridade brasileira a Estado estrangeiro terá sua produção e controle definidos pelo direito estrangeiro – e, nesse caso, os valores de controle do direito estrangeiro devem ser respeitados, exceto se houver uma forte orientação do direito internacional em sentido contrário.

Assim, atualmente, o controle correto no julgamento da ação não é se a prova foi produzida conforme o direito brasileiro, mas se ocorreu de forma regular em relação ao Estado em que foi constituída e em relação ao direito internacional. Acrescente-se que a questão da lei aplicável se resolve pelo direito internacional privado clássico, isto é, aplica-se o direito estrangeiro, mesmo que diferente, exceto se incompatível com princípios de ordem pública brasileiros.

Como se pode ver, os argumentos lançados no julgamento da Suspensão de Segurança 2.382-SP confirmam uma condição inicial de parametrização da cooperação por tratados específicos e formalidades relacionadas ao direito brasileiro, que se sujeitarão a uma mudança. Essa mudança se consolida e pode ser notada na análise de outros dois casos importantes.

O primeiro é um julgado do Tribunal Regional Federal (TRF), datado de setembro de 2015, em que se admitiu que os tratados internacionais servem para a promoção da cooperação, e não para estabelecer condicionantes formais. Assim, o tratado não restringe as hipóteses de cooperação àquelas expressamente previstas em seu texto, como se sujeitas a uma espécie de estrita legalidade radical.

> "Entender as cartas rogatórias e a solicitação no âmbito do acordo de cooperação em matéria penal Brasil-EUA (MLAT, na sigla em inglês) como únicos meios de obtenção de provas possuídas por autoridades estrangeiras seria desvirtuar sua própria natureza jurídica, qual seja, a de instrumentos de promoção, não de enrijecimento, da cooperação e obtenção de provas pelas autoridades estatais. Se a cooperação for realizada por meio de outros instrumentos e trocas de

> documentos, nada há a desabonar a prática. O que não poderia haver seria a utilização de documentos não visualizados pelos réus ou acusados, ou ainda, confeccionados por meios duvidosos. Mas não é, de forma alguma, o caso"[7].

O julgado posiciona-se pelo reconhecimento da validade do ato jurisdicional estrangeiro, conduzido sob a forma e as condições que a legislação local (*lex diligentiae*) exige, ainda que não simétrico ao modelo brasileiro.

É que as provas – consistentes em informações bancárias, acobertadas por sigilo, cuja quebra fica condicionada a determinada decisão judicial – teriam sido, segundo esse julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, regularmente obtidas pelas autoridades norte-americanas, conforme direito local, e por elas mantidas sob sigilo. Assim, sua mera entrega às autoridades brasileiras dispensaria qualquer controle jurisdicional adicional, sendo suficiente ter havido o requerimento da Procuradoria do Estado de Nova Iorque – órgão equivalente ao Ministério Público estadual naquela localidade –, acolhido por decisão de Juiz americano competente, segundo as leis daquele país.

Esse segundo julgamento contrasta fortemente com o primeiro caso apresentado, denotando a mudança no tratamento do assunto, pelo direito brasileiro.

Ainda nesse contexto, mas em plano paralelo, houve discussão a respeito da extrapolação dos limites impostos pelo Tratado de Cooperação entre os dois países. Segundo texto do próprio acórdão[8], a questão e sua solução se resolveram da seguinte maneira:

> "A decisão do Magistrado John Cataldo (Juiz da Suprema Corte do Estado de Nova Iorque) que deferiu a entrega dos dados relativos às contas investigadas

7. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Criminal 001466976. 2007.4.03.6181/SP, Relator: Juiz Federal Convocado Sidmar Martins Rel. Acórdão: Desembargadora Federal Cecilia Mello – TRF 3ª Região – 11ª T. – j. 22.09.2015. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região*, n. 9/2016, São Paulo, quinta-feira, 14.01.2016. Disponível em: [web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/14707]. Acesso em: 18.01.2019. E prossegue: "Ressalto que nem sequer se trata, a rigor, de quebra de sigilo determinada pela autoridade brasileira (a qual, evidentemente, não exerce jurisdição em território norte-americano), mas de autorização judicial para que as autoridades policiais brasileiras pudessem requerer às autoridades estadunidenses os dados, os quais já estavam em posse destas últimas. Os documentos relativos aos dados das contas em questão já haviam sido coletados validamente segundo as normas estadunidenses, não tendo sido comprovada (ou mesmo alegada) qualquer nulidade na coleta das provas pelas autoridades daquele país" (idem).
8. Idem.

> (uma das quais, a da off-shore supostamente controlada pelos apelantes) autorizou a entrega ao 'Ministério da Justiça' (Ministry of Justice), sem especificar a qual agente ou órgão isso seria efetivado. Deliberada a intenção, pois, de entregar a qualquer autoridade competente do Ministério da Justiça. A Polícia Federal, como se sabe, é órgão do Ministério da Justiça (Decreto 6.061/07, art. 2º, II, *g*), e não há nenhuma restrição, seja na decisão, seja no acordo MLAT, quanto à entrega a este órgão de polícia. O próprio MLAT não prevê especificamente qual órgão poderá exercer a solicitação, apenas dispondo que a autoridade competente para falar em nome do Brasil para os fins de solicitação de cooperação penal será o 'Ministério da Justiça' (Decreto 3.810/01, art. II, item 1). (Ac)
>
> É de se dizer, nesse ponto, que toda a estrutura de organização da assistência visa à estruturação e padronização dos trabalhos de cooperação, e não a cerrar portas a outros caminhos de cooperação entre autoridades institucionais validamente investidas. Portanto, eventuais descumprimentos de formalidades só possuem como interessados os próprios Estados que assinaram o MLAT (Brasil e EUA), mas não a qualquer um. Os réus teriam que explicar qual o interesse processual e jurídico deles na diferença entre a solicitação ter sido encaminhada por uma ou outra autoridade do Ministério da Justiça (se um delegado federal, um membro do Gabinete do Ministério ou o Ministro de Estado da Justiça, por exemplo), e por que não poderia a procuradoria distrital de Nova Iorque, munida de autorização concedida por magistrado da Suprema Corte daquele Estado, entregar os dados para as autoridades brasileiras, tendo sido todos os dados mantidos sob sigilo. Não se provou, também sob esse aspecto, qual o prejuízo dos corréus com tal proceder".

A partir de então, a jurisprudência foi assumindo premissas incontroversamente diversas daquelas tomadas no marco inicial de análise. Um terceiro julgado ajuda a compreender como a matéria se consolidou. Na Operação "Lava Jato", o Ministério Público foi acusado de ter preterido formalidades essenciais para a importação de provas centrais para o caso, envolvendo um *pen drive* com informações de contas bancárias relacionadas aos investigados.

De fato, um dos ofícios da autoridade suíça, constante do respectivo processo, menciona que, "Dada a urgência, uma cópia de mídia USB foi apresentada em 28 de novembro de 2014 em mãos do Procurador encarregado do processo no Brasil, Deltan Martinazzo Dallagnol"[9].

9. Tradução livre de: "Vu l´urgence, une copie de cette clé USB a été remis le 28 novembre 2014 em mains propres au Procureur en charge de la procédure au Brésil, Deltan

A respeito desse fato, a defesa articula sua pretensão sob a premissa de que teria havido preterição de formalidade essencial, consistente no controle, pelo Ministério da Justiça, por meio do DRCI, dos atos de cooperação. Sob esse argumento, na petição, chega a mencionar:

> "Não se tratou, porém, de profecia. Na verdade, já no dia 15 de janeiro as autoridades monegascas haviam identificado contas bancárias atribuídas a Renato Duque e a Jorge Zelada, e logo depois comunicado ao Ministério Público Federal brasileiro, sem o imprescindível concurso do DRCI (doc. 03)"[10].
>
> Sobre a discussão relacionada à obtenção prévia, pelo Ministério Público Federal, do *pen drive* diretamente das autoridades suíças, o julgamento de primeiro grau adotou a seguinte fundamentação:
>
> "Consta ali a expressa autorização para a utilização dele pelas autoridades brasileiras.
>
> Se não houvesse a autorização para a utilização desse material na presente ação penal, é certo que, a essa altura e com a notoriedade do caso, já teria vindo alguma reclamação do estrangeiro.
>
> [...]
>
> Aliás, a mensagem eletrônica juntada pelo Defesa e a ela enviada pelo DRCI é suficientemente esclarecedora (evento 1.288, out3), inclusive quanto à suposta exceção à execução do pedido de cooperação passiva (e não para utilização dos documentos), conforme expresso no item 'ii' da mensagem eletrônica"[11].

Verifica-se, assim, a presença dos seguintes elementos no tratamento prático da cooperação jurídica internacional, nesse caso envolvendo auxílio direto ativo

---

Martinazzo Dallagnol" (Documento pertencente aos autos do processo na Ação Penal 5031505-33.2014.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/mp-suico-lava-jato-odebrecht.pdf]. Acesso em: 18.01.2019).

10. Documento pertencente aos autos do processo na Ação Penal 5036528-23.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/peticao -odebrecht-lava-jato-mp-suico.pdf]. Acesso em: 18.01.2019.

11. Documento pertencente aos autos do processo na Ação Penal 5036528-23.2015.4.04.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. Disponível em: [https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701453212031514620050000000002&evento=701453212031514620050000000002&key=af009ef07b645a677d9da3a52fd9841aeb46d5a576707fa7842de9f6a8d3aada]. Acesso em: 15.08.2016.

em matéria penal: (i) tese de defesa confrontando a dinâmica menos solene da cooperação; (ii) tendência jurisdicional de valorar mais o conteúdo efetivo dos atos e das provas, com menos atrelamento dos fundamentos decisórios a solenidades e formalidades determinadas pelo direito brasileiro.

Importam, ainda, mais alguns esclarecimentos sobre os dois pontos destacados. Em primeiro lugar, a tese confrontando a dinâmica menos solene na cooperação jurídica internacional refere-se tanto à exigência de autoridade central como necessária mediadora de qualquer comunicação quanto à observância de formalidades processuais brasileiras na realização de determinados atos.

No entanto, se as premissas jurisprudenciais relacionadas à produção probatória em casos envolvendo cooperação internacional se transformaram, é fundamental que os parâmetros de controle da higidez e de proteção às garantias individuais sejam repensados, para acompanhar a nova acomodação do sistema. Em outras palavras, é preciso aviventar marcos, e torna-los adequados aos tempos atuais, para que não impere uma liberdade estatal perigosa[12].

Compreender bem as possíveis análises para proteção de garantias na produção probatória transnacional, em matéria penal, impõe uma série de desafios que se consolidam em uma visão mais abrangente dos parâmetros sobre a proteção das garantias, num cenário que envolve realidades jurídicas nacionais plurais, que interagem no ambiente internacional rico em fontes do direito.

Ainda, é preciso ter em cena o fato de que algumas questões se estabeleceram: a autoridade central não é órgão de controle de legalidade, mas de comunicação

12. Rui Carlo Dissenha e Paulo Roberto Incott Junior tratam da necessidade de atenção às condições de internacionalização do poder punitivo. No tratamento do assunto, ao abordar o adensamento normativo no direito internacional relacionado a cooperação, inclusive, destacam apropriadamente que: "Embora não se discorde da assunção de que essa tendência é inevitável e permite uma melhor lida para com a questão do crime, especialmente aquele de natureza transnacional, parece induvidoso que o que se presencia é um aumento de poder punitivo nacional e internacional constituído a partir de um processo de baixa densidade democrática e altíssimo conteúdo político", E, ainda, no contexto da presente discussão: "Entretanto, tampouco é razoável que se deixe de reconhecer que o processo de internacionalização tem consequências perigosas à normogênese penal nacional e, consequentemente, à aplicação do Direito Penal, mormente na pretensão de se controlar um poder punitivo que agora ganha dimensões mais musculosas e contornos imprecisos, porque não mais afeito à soberania clássica do Estado" (DISSENHA, Rui Carlo, INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, set. 2018. p. 813-848).

entre as jurisdições; é possível reconhecer um dever geral de cooperar, amparado pelo direito internacional; e as formalidades determinadas pelo direito estrangeiro não podem simplesmente ser confrontadas com o direito brasileiro.

Por outro lado, o reconhecimento de premissas do direito internacional que fomentam a cooperação entre os Estados e o reconhecimento mútuo em matéria jurisdicional impõe, por coerência, valorização do regime de proteção aos direitos humanos consolidados por esse mesmo direito internacional, para além dos meros textos dos tratados. A centralidade do direito internacional dos direitos humanos, como interpretado pelas Cortes Internacionais e entendido em um sistema de diálogo de fontes torna-se indispensável para servir de paradigma de controle substancial para os atos de cooperação.

4. Dever geral de cooperar e o desafio de proteção das garantias no processo

Como enunciado, a tendência de se considerar necessário um tratado específico para admitir-se a cooperação é tida como equivocada, atualmente, porque transforma um meio facilitador em condicionante, apesar das importantes opiniões em contrário[13]. A questão tem sido encarada pela jurisprudência nacional não como de permissão, mas como de viabilidade. Nesse contexto, o objetivo dos tratados de cooperação, específicos, deve ser compreendido não como condição para a existência da cooperação, mas sim como instrumental para torná-la acessível e efetiva.

Assim, ganha força a ideia de que a cooperação jurídica internacional não é mera questão de *comitas gentium*. A discricionariedade estatal é delimitada pelo direito internacional, além das próprias regras de seu direito interno. A ruptura em questão com a *comitas gentium* – especialmente no âmbito processual penal[14] –,

13. Abade diz: "Há autores, como Kai Ambos, que entendem que, no caso de cooperação jurídica entre Estados, não há nenhuma norma internacional geral que obrigue os Estados a cooperar – a cooperação, assim, dependeria da decisão soberana de cada Estado" (ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34). Refere-se a AMBOS, Kai. Prosecuting international crimes at national and international level: between justice and realpolitik. In: KALEC, W. et al. (Ed.). *International prosecution of human rights crimes* – Part II. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 2007. p. 55-68.

14. Cláudio Macedo de Souza e Luiz Eduardo Dias Cardoso sintetizam, em uma premissa, a particularidade da relação entre discricionariedade estatal e direito, no campo

no entanto, pode levar à tendência radicalmente oposta, atrelada a um legalismo extremo e fechado, sem grandes vantagens. Esse legalismo está relacionado com o voluntarismo extremo – para quem um tratado específico é condição de legalidade para a cooperação.

Há uma forte tradição cultural, de apego às formas, além de uma preocupação notória com a segurança jurídica. Sobre o apego às formas, tão próprio da cultura brasileira, vale citar Holanda:

> "Um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro o do âmbito dos nossos desejos, é dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro. [...] O prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade, têm determinado assiduamente nossa formação espiritual. Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as idéias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parecem-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria"[15].

Essa concepção está relacionada à ideia de segurança jurídica – notadamente em um campo do direito que lida diretamente com liberdade. Essa segurança jurídica, como se conhece hoje, é herança liberal, mas se atrelou de modo injustificável a um formalismo exacerbado. Em outras palavras, o excesso aqui referido é o que considera a formalidade como único e suficiente elemento para garantir os direitos no processo. Não se admite um passo além da lógica dedutiva pautada pela lei nacional, como se essa forma fosse a única garantia de direitos[16]. A essência

---

processual penal: "Entre a eficiência e o garantismo, o direito penal e o direito processual penal têm, em seu centro, um embate: o poder-dever do Estado de punir diante dos direitos individuais. Estes delimitam aquele, na medida em que é o respeito às liberdades individuais que dá os limites em meio aos quais o direito penal – forma mais gravosa de imposição do poder estatal – pode atuar" (SOUZA, Cláudio Macedo de, CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face de principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 118, jan.-fev. 2016. p. 233-271).

15. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 157.

16. A título exemplificativo, cita-se o seguinte comentário de Lima Lopes: "Um racionalista como Leibniz não abandona o tema da justiça: bem ao contrário, seu sistema inteiro depende de sua definição de justiça. Como visto, para Leibniz o raciocínio é certo, opera

desse receio decorre de relacioná-la, indevidamente, como única condição de garantia da segurança jurídica – como única forma de extrair do julgador a livre discricionariedade, para que não pudesse valorar nem inserir preferências.

Ainda refletindo sobre o sentido e a limitação do "formalismo" e os erros comuns na simplista negação do formalismo, no contexto da proteção das garantias diante de um direito que se define de um modo novo, com demandas no plano internacional, convém novamente citar Ferrajoli:

> "O chamado 'formalismo' da primeira aproximação é, na realidade, uma forma, muito difundida no mundo judicial, de obtusidade legalista, que se manifesta na falta de compreensão dos casos concretos e das razões humanas que os explicam e caracterizam. O chamado 'antiformalismo' da segunda é, por sua vez, uma forma, não menos difundida no mesmo mundo, de arbítrio substancialista, que se expressa na falta de verificação da denotação legal de um fato como delito, muito além das características concretas reprováveis nele reconhecidas"[17].

De fato, um formalismo que reflete obtusa legalidade é absolutamente conflitante com o direito atual, em particular diante do texto literal da Constituição Federal de 1988 que vincula o Estado brasileiro a princípios de cooperação e igualdade entre Estados. Assim, é decorrência lógica e direta o respeito aos atos praticados por Estados tidos como iguais, notadamente quando relacionados a atos de cooperação. Esse respeito não está fundado em um direito subjetivo do juiz, mas em elementos concretos, referenciais, do direito internacional.

Nessa linha, releva mencionar que a cooperação jurídica internacional é uma ferramenta de acesso à justiça, concebida sobre premissas instrumentais e que se harmonizam com a tendência do direito processual penal brasileiro, mas que não podem prescindir de parâmetros válidos e eficientes de controle[18] que preservem as garantias fundamentais, inclusive – para além de meras formalidades previstas

---

com a lógica formal, considera o necessário e o contingente (o proibido, o obrigatório e o permitido) e tem um núcleo significativo que lhe permite controlar a correção material dos raciocínios, ou seja, sua verdade (a verdade do raciocínio jurídico) é justamente a definição de justiça" (LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 228).

17. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 155.

18. Consoante Marques, "Só o exame hic et nunc do caso, com a prudente discrição do juiz poderá trazer, em cada processo, a solução segura e adequada" (MARQUES, José Frederico. *Elemento de direito processual penal.* Campinas: Millenium, 2009. v. 2. p. 412).

pelo Código Processual Penal brasileiro de 1941 (sabidamente carente de substituição). Por outro lado, não resolve imaginar que não há mais procedimentos necessários ou controles[19]. Assim deve ser no processo penal interno, ou mesmo nos atos de cooperação jurídica internacional.

Na doutrina mais recente, Pacelli de Oliveira preserva a ideia de que "toda a matéria relativa às nulidades deverá ser guiada pela necessidade de preservação dos interesses tutelados pela jurisdição penal"[20]. De fato, mesmo para Frederico Marques "o pronunciamento de nulidades, quando sujeito a princípios que conduzem ao feiticismo das formas, constitui um mal"[21].

Frederico Marques parece ser bastante preciso e delimitado a esse respeito, ao escrever que, "dentro do sistema do Código de Processo Penal, nulidade absoluta do ato processual somente se verifica quando tem, este, conteúdo decisório e é praticado por juiz incompetente"[22]. Assim, dissocia a nulidade absoluta do mero critério do atendimento de condições essenciais ou acidentais, o que reforça pela afirmação de que mesmo "o ato em que falte formalidade essencial também pode ser sanado, consoante se vê do artigo 572, sobretudo quando atinge a seu fim"[23].

É de se admitir que há uma crise sobre os referenciais de nulidade no direito processual penal brasileiro[24]. Embora a doutrina reconheça que havendo condi-

19. Marques esclarece que "Elementos essenciais de um ato processual são aqueles cuja omissão lhes atinge a própria natureza ou lhes desvia do escopo que devem atingir" (ibidem, p. 411).

20. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015 p. 914.

21. MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 429.

22. Ibidem, p. 410.

23. Idem.

24. Nesse sentido, jurisprudência assentada no STF: "2. O princípio do *pas de nullité sans grief* corolário da natureza instrumental do processo exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato (Código de Processo Penal, arts. 563 e 566; HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 12.04.2002; e 74.671, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 11.04.1997). No caso ora apreciado não se demonstrou o prejuízo" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 93.868/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, J. 28.10.2008, *DJE* 17.12.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2596417]. Acesso em: 18.01.2019).

"Em se tratando de formalidade essencial de ato do processo, o prejuízo a que alude o art.563 está implícito na inobservância ou omissão: é o que se depreende do disposto no art. 564, n. IV.

ções essenciais envolvidas, é presumido o prejuízo à parte[25], há acirrado debate sobre o que seja condição essencial. A forma, na prática atual, não tem sido considerada – criticável ou não, a realidade se apresenta assim.

Nesse contexto, é fundamental que o direito brasileiro se defina de modo claro sobre a essência da prática dos atos de produção probatória e do respeito aos direitos do indivíduo. No plano dos atos praticados em cooperação jurídica internacional, a definição dos critérios e parâmetros é ainda mais importante, dado que não pode ser ancorado simplesmente em uma perspectiva puramente nacionalista. Esse papel, por sua vez, deve ser exercido centralmente pelos direitos humanos, mas sob uma visão mais profunda – enunciados em ordem interna e internacional – que buscam promover o acesso à justiça, a proteção à vítima e, ainda, todas as garantias de defesa ao acusado.

Todos esses elementos são indispensáveis para evitar-se inação ou abuso, e saem do plano meramente formal, sem por isso viverem em um plano de pura abstração. Na ordem atual, os direitos humanos servem de referencial com substância e que podem oferecer parâmetros razoavelmente concretos pautados na jurisprudência das Cortes Internacionais.

5. Conflitos interpretativos a os parâmetros concretos para produção probatória no contexto transnacional

No contexto da produção probatória, há central questão relativa à assimetria. Por exemplo, se o direito brasileiro exigir a reserva de jurisdição para um ato, mas o Estado requerido não, a questão torna-se tormentosa. Aliás, essa questão se aplica, ainda, aos casos de envio espontâneo de informações por autoridades estrangeiras. Em outras palavras, ainda sem processo, ou mesmo sem pedido, um

Nesse caso, o ato será nulo independentemente da existência real de prejuízo para uma das partes.

Todavia, ainda, aqui, não há nulidade absoluta, visto que a irregularidade advinda da omissão de elemento essencial do ato pode ser sanada, se este, embora "praticado por outra forma, houver atingido a seu fim" (art.572). Adota-se, assim, o princípio da instrumentalidade da forma: esta, ainda que essencial, cede passo à *causa finalis* do ato. Atingido o objetivo ou escopo do ato processual, não importa a inobservância da formalidade" (MARQUES, José Frederico. *Elemento de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2009. v. 2. p. 428).

25. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p. 577.

Estado estrangeiro que tenha tomado conhecimento de crimes que interessem ao Brasil pode encaminhar a notícia e as provas espontaneamente – ainda que a produção dessas provas esteja sob reserva de jurisdição no Brasil (?)

A tendência apontada pelos casos apresentados é de admitir. Em primeiro lugar, está consolidada a ideia de que a produção da prova se sujeita às regras definidas pela jurisdição em que promovidas (*lex diligentiae*). Se a obtenção de determinadas informações bancárias não estiver sujeita a reserva jurisdicional no Estado requerido, então a produção terá sido legal e a sua utilização em processo no Brasil será legítima – desde que, é claro, submetida ao devido contraditório.

No entanto, essa situação sugere outra questão: nenhum controle caberá à justiça brasileira? Por um lado, não se pode julgar a validade do sistema estrangeiro simplesmente sob o ponto de vista das regras brasileiras – isso não seria compatível com o dever geral de cooperação e a autodeterminação dos povos. Em casos como esse, não é admissível o julgamento moralizante[26] do direito estrangeiro, pautado simplesmente pela percepção brasileira de cada instituto[27].

Entretanto, nesses casos não se pode deixar de primar pela interpretação ampla das garantias – que é imperativo, inclusive, do direito internacional –, sendo de rigor um controle judicial mais acurado dos atos praticados, mas sob um referencial mais amplo e harmônico com a natureza do ato. Esse cuidado se deve ao fato de tratar-se de cooperação jurídica internacional, regulado por normas internacionais observadas pelos Estados. Os vícios e virtudes desses atos merecem, nesse sentido, ser avaliados com base em premissas compatíveis com sua natureza. Esse é o papel do direito internacional e da jurisprudência dos Tribunais Internacionais: servir de parâmetro concreto para avaliar a qualidade desses atos.

Ilustra esse necessário referencial, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Escher e outros *vs.* Brasil[28], prolatada em 6 de julho de

26. TODOROV, Tzvertan. Os limites da justiça. In: CASSESE, A; DELMAS-MARTY, M. (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 47.

27. Esse assunto é desenvolvido com mais detalhes em: ALLE, Saulo S. Interpretação do direito interno: a relação com o direito internacional e com o estrangeiro como premissas para a efetiva cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de C.; MENEZES, Wagner. *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015. p. 147.

28. CORTE IDH. Caso Escher e outros *vs.* Brasil, sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf]. Acesso em: 18.01.2019.

2009. O caso trata de violações às garantias de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pela interceptação, gravação e divulgação das suas conversas telefônicas. O Brasil foi condenado, no caso, e a fundamentação da decisão destaca os parâmetros internacionais para julgamento sobre a legitimidade desse tipo de produção probatória.

O ponto de partida é a norma genérica e abstrata da Convenção Americana de Direitos Humanos, inscrita em seu artigo 11:

> "Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade
>
> 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
>
> 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
>
> 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas".

Contudo, esse dispositivo permite interpretações locais e distorções que podem neutralizar seu significado. Permitir que cada Estado seja juiz absoluto da interpretação do texto equivale a dizer que nenhum Estado jamais cometerá o erro de violar a norma segundo sua própria interpretação. Nesse contexto, a importância da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com uma interpretação que tem o ônus de ser profunda e de reconhecer os valores compartilhados no espaço de sua atuação.

Nesse contexto, a propósito da escuta telefônica, a sentença enuncia o seguinte:

> "116. Inobstante, conforme se depreende do artigo 11.2 da Convenção, o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados quando as ingerências não forem abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e ser necessárias em uma sociedade democrática".

Como a própria sentença, na linha de outros julgados da Corte, sistematiza, há critérios definidos concretamente no direito internacional, para considerar uma escuta telefônica legítima, a despeito da pluralidade das culturas jurídicas nacionais: a) estar prevista em lei, b) perseguir um fim legítimo e c) ser idônea, necessária e proporcional.

E, ainda, reforça que todos esses critérios devem estar expressamente evidenciados, na motivação:

> "139. Em ocasiões anteriores, ao analisar as garantias judiciais, o Tribunal ressaltou que as decisões adotadas pelos órgãos internos que possam afetar direitos humanos, devem estar devidamente motivadas e fundamentadas, caso contrário, seriam decisões arbitrárias".

Essa premissa tem se consolidado no âmbito da Corte, e pode ser encontrado também no Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá[29], cuja sentença é de 27 de janeiro de 2009.

O sistema europeu também tem casos tratando do assunto das garantias processuais, inclusive em questões relacionadas à prova. Convém citar o Caso S. and Marper *vs.* The United Kingdom[30]. Nesse caso, discute-se o direito de determinados indivíduos, considerados inocentes em um caso determinado, a exclusão do material probatório coletado, do banco de dados do Estado. O material era composto de impressão digital e de DNA dos investigados.

A Corte de Estrasburgo considerou o tratamento discriminatório e, sobretudo, reafirmou o conteúdo concreto da norma que garante a presunção de inocência para considerar que o Estado, mesmo sob a alegação de interesse preventivo, não poderia manter o material probatório. Naquele caso, a decisão se consolidou no seguinte sentido:

> "Pelas razões expostas nas suas observações ao abrigo do artigo 8º, não havia justificação razoável ou objetiva para o tratamento, nem qualquer objetivo legítimo ou relação razoável de proporcionalidade com o alegado objetivo da prevenção da criminalidade, em especial no que diz respeito às amostras que não desempenharam qualquer papel na detecção ou prevenção do crime. Era uma diferenciação totalmente imprópria e preconceituosa reter materiais de pessoas que deveriam ser consideradas inocentes".[31]

29. CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá, sentença de 27 de janeiro de 2009. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf]. Acesso em: 18.01.2019. *Vide* itens 152 e 153.
30. CEDH. *Caso S. and Marper* vs. *The United Kingdom*. Disponível em: [https://rm.coe.int/168067d216]. Acesso em: 18.01.2019.
31. Tradução livre de "For the reasons set out in their submissions under Article 8, there was no reasonable or objective justification for the treatment, nor any legitimate aim or reasonable relationship of proportionality to the purported aim of crime prevention, in

Convém destacar que, mais do que a solução dada no caso, importa considerar os argumentos desenvolvidos em cada caso, na confrontação de eventuais violações identificadas no tratamento da produção probatória, assim como em qualquer outro ato do processo penal, quando realizado por cooperação jurídica internacional. A interação interpretativa com a jurisprudência internacional serve de parâmetro para a proteção de garantias, sobre bases bem definidas e meras enunciações gerais e abstratas, e, mais do que isso, é referencial para diálogo entre os sistemas e amadurecimento do direito brasileiro.

6. Interação entre o direito brasileiro e conceitos concretos da jurisprudência internacional

Mesmo compartilhando origens culturais e partindo dos mesmos valores enunciados em tratados internacionais comuns, a prática de cada nação cria distintas realidades jurídicas e diferentes interpretações sobre uma mesma norma. Não fosse essa realidade, então os parâmetros de devido processo legal e os referenciais de produção probatória legítima seriam idênticos entre os Estados – o que nem sempre acontece. Ao tratar do conflito entre interpretações de um mesmo valor jurídico (como o devido processo legal, por exemplo), por vezes inscrito em um mesmo tratado, surge a proposta de ancorar os referenciais estatais na jurisprudência internacional. De fato, como vem sendo exposto, o diálogo entre diferentes culturas jurídicas demanda: (i) respeito pelas diferenças; e (ii) eleição de pontos de convergência que viabilizem o relacionamento entre diferentes. No entanto, o recurso à jurisprudência internacional como elemento a ser considerado pelas ordens internas como referencial para o diálogo entre as diferenças nos processos cooperativos sugere ainda uma importante questão.

Trata-se da definição de como a jurisprudência internacional, ou mesmo estrangeira, deve ser considerada pelo direito interno. É impossível ignorar, de saída, que norma processual tem caráter de direito público e, portanto, não disponível. A interpretação, especialmente em matéria penal, deve ser estrita especialmente naquilo que compromete as garantias fundamentais. Não se poderia, de modo aberto e inventivo, admitir a jurisprudência externa como uma regra de direito, na mesma medida que não se pode negar a sua relevância jurídica.

particular as regards the samples which played no role in crime detection or prevention. It was an entirely improper and prejudicial differentiation to retain materials of persons who should be presumed to be innocent".

Questões relacionadas a peso e aplicação de julgados pretéritos têm sido levantadas mesmo em Estados onde há especial destaca para esse tipo de fonte. Em um debate reproduzido no *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Gary Lawson, da Northwestern University School of Law, critica a importância que o direito americano atribui ao precedente. Dentre seus principais argumentos, chama atenção a seguinte observação:

> "Os tribunais são livres para dar peso, e mesmo peso decisivo, a decisões anteriores fundadas na persuasão do raciocínio – assim como eles podem dar peso, e mesmo peso decisivo, a argumentos persuasivos em resumos, artigos jurídicos em revistas ou colunas de jornal. Precedentes não valem menos que estas fontes, mas também não valem mais"[32].

Essa argumentação é útil a algumas reflexões com base no sistema brasileiro. A primeira importante reflexão é que existe um modo brasileiro de tratamento de julgados pretéritos – longe de ser verdadeiro precedente como no *common law* norte-americano. Aqui, a jurisprudência – não os precedentes – tem funções destacadas, conforme observado a seguir.

Uma das funções é servir de argumento por seu conteúdo altamente persuasivo. De fato, determinados julgados são tão bem estruturados juridicamente que servem às partes como reforço da tese que pretendem sustentar. Não se refere, aqui, a mero argumento de autoridade, mas propriamente à natureza persuasiva do conteúdo dessa jurisprudência. Assim, embora seja raro, até mesmo trechos de sentenças de primeiro grau são, por vezes, utilizados pelas partes. Ou, ainda, de modo mais frequente, a utilização de jurisprudência de tribunais diversos daquele em que tramita o caso em particular – não necessariamente como paradigma de unificação de jurisprudência pelo STJ.

Outra função da jurisprudência consolidada é fundamentar a edição de uma súmula. A súmula – embora não vincule os órgãos inferiores – tende a ser valorizada no sistema brasileiro podendo, por si, definir a sorte de um recurso, por exemplo. Ou, ainda, pode justificar a edição de uma súmula vinculante, com força verdadeiramente normativa.

32. Tradução livre de: "Courts are free to give weight, and even decisive weight, to prior decisions because of the persuasiveness of the reasoning – just as they may give weight, and even decisive weight, to persuasive arguments in briefs, law review articles, or newspaper columns. Precedents are not worth less than these sources, but neither are they worth more" (LAWSON, GARY. The constitutional case against precedent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, n. 1, Winter 1994. p. 25).

Já no contexto federativo, a jurisprudência serve também como paradigma da uniformização do direito, conforme preceitua a própria Constituição Federal (art. 105, III, *c*). É da competência do Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação sobre a lei federal, harmonizando a jurisprudência a esse respeito nos tribunais estaduais e regionais.

O novo Código de Processo Civil, por sua vez, com a finalidade de fortalecer alguma semelhança com um sistema de precedentes no direito brasileiro, enuncia o objetivo de manter a jurisprudência uniforme, íntegra, estável e coerente. Para tanto, recorre à normatização expressa sobre o peso dos julgados pretéritos, conforme a seguir:

> "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II – os enunciados de súmula vinculante;
>
> *III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*;
>
> IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> *V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados"*[33].

Nesse contexto, destacam-se as proposições dos incisos III e V, que inovam do ponto de vista legislativo. A propósito, o inciso III reflete a mutação constitucional já consolidada[34], e o inciso V trata da uniformização dentro dos próprios tribunais.

---

33. BRASIL. Presidência da República. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. [Novo Código de Processo Civil]. Grifou-se. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm]. Acesso em: 18.01.2019.

34. Conforme voto do Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação 4.335-AC, sobre o disposto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, acompanhado pelo voto-vista do Ministro Eros Grau, que assim sintetiza a questão: "9. Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica mutação constitucional: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da

A jurisprudência, portanto, tem sido valorizada no direito brasileiro, deixando de servir apenas como argumento adicional e persuasivo, e ocupando a condição de norma a ser observada pelos juízes e, em alguns casos, com menção expressa à necessária vinculação.

Não se inclui entre essas categorias expressamente mencionadas, a jurisprudência dos tribunais internacionais. Dessa maneira, dado que os juízes devem agir atrelados à legalidade própria do direito público, em matéria processual, mostrar-se-ia impossível a admissão da jurisprudência internacional ou de direito comparado (estrangeira) equiparada à jurisprudência nacional.

Para definir, positivamente, a condição dessa jurisprudência, na sua relação com o direito brasileiro, faz-se necessário primeiro esclarecer de que decisão ou jurisprudência se trata. Tem-se a jurisprudência de órgãos internacionais a que o Brasil se vinculou. Há a jurisprudência internacional relevante, emitida por órgãos de que o Brasil não faz parte, ou aos quais não se vinculou. Existem, por fim, decisões estrangeiras.

Em primeiro plano, está a decisão de natureza jurisdicional de órgão ao qual o Brasil se vinculou voluntariamente. Esse ato de vinculação é reconhecido pelo direito brasileiro, e o direito que dele decorre integra a ordem jurídica nacional. A condição dessa decisão internacional é de jurisprudência integrante direta do direito brasileiro. Embora não seja decisão de tribunal brasileiro, trata-se de decisão de tribunal reconhecido, de forma oficial e constitucional, pelo direito brasileiro. Equipara-se, portanto, à decisão de tribunal brasileiro.

---

lei declarada inconstitucional. [...] 10. A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335-AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: [www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335eg.pdf]. Acesso em: 03.08.2016).

Com amparo em posicionamento do STF[35], as decisões da Corte IDH têm força supralegal, porque a sua observância decorre do artigo 68.1[36] da própria Convenção – direito incorporado pelo Decreto 678, de 21 de outubro de 1992 – e, conforme lembrado por Carvalho Ramos, essas decisões têm natureza constitucional[37], em face do artigo 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[38].

Em outros termos, o conjunto normativo devidamente recepcionado pelo direito brasileiro, por meio do Decreto 678/1992, tem natureza supralegal – conforme confirmado pelo próprio STF. Nesse conjunto, inclui-se a norma que reconhece o caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana sobre o direito brasileiro. Essa norma, por sua vez, é reforçada e alargada pela própria disposição contida no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Desse modo, ainda que se argumente, por interpretação literal, que a decisão da Corte só vincula as partes envolvidas na sentença em particular, é certo que essa sentença – como comprova o caso do julgamento das leis latino-americanas de anistia – contém uma expressão oficial sobre a interpretação da Corte alusiva a determinado direito. Essa decisão constitui-se, pois, fonte de direito, que deve ser observada pelo sistema interno.

35. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 349.703-RS. Relator: Ministro Carlos Britto. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406]. Acesso em: 18.01.2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 466.343-SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444]. Acesso em: 18.01.2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585-TO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891]. Acesso em: 18.01.2019.

36. Os Estados-partes da Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todos os casos em que forem partes.

37. O autor diz: "minha conclusão é que, com base nos comandos da Constituição que preveem a obediência a '*tratados internacionais de direitos humanos*' e ainda fundado no comando do art. 7º do ADCT, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil reconheceu, são vinculantes e possuem *força constitucional*" (CARVALHO RAMOS. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 375).

38. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 7º, dispõe: "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos" (BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal [Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct]. Acesso em: 18.01.2019).

Pari passu, importa mencionar que a Corte tem a função, nos termos do artigo 64, de emitir pareceres consultivos sobre a interpretação da própria Convenção. Trata-se, igualmente, de ato de organização internacional, fonte de direito emitida por órgão de legitimidade constitucional – à vista da referida disposição do ADCT e do conteúdo da própria Convenção devidamente recepcionada.

Impõe-se mencionar, a esse respeito, que:

> "[...] a Corte Suprema argentina já decidiu favoravelmente à utilização, como razão de decidir em caso judicial interno, da posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de evitar a responsabilidade internacional do Estado argentino. Assim, aceita-se a interpretação dada à Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte mesmo em Pareceres Consultivos"[39].

Há, portanto, um precedente valioso a orientar a relação do direito brasileiro com as opiniões consultivas da Corte Interamericana, ademais.

De modo geral, vale reforçar que, agora, cabe compatibilizar a jurisprudência do STF sobre os direitos protegidos com a posição hermenêutica dos órgãos internacionais mencionados, conforme Carvalho Ramos[40]. Esse é o caminho para o efetivo respeito aos direitos humanos[41] – sem interpretações locais distorcidas – e, sobretudo, ao que importa a este artigo, para estabelecimento de um parâmetro de controle válido para os atos decorrentes de cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Em segundo plano, estão as decisões de órgãos internacionais relevantes, mas aos quais o Brasil não está vinculado. Nesse caso, a jurisprudência serve pelo seu conteúdo persuasivo. A propósito, importa destacar que a inexistência de relação jurídica formal entre o Brasil e o órgão produtor da decisão é irrelevante jurídico. O que conta para o caso é o valor argumentativo da decisão, e não sua autoridade. Essa é a mesma relação estabelecida entre uma jurisprudência nacional qualquer e a argumentação em determinado caso: o Tribunal tem liberdade para ponderar os argumentos contidos e, sim, a isenção, o prestígio e a natureza do órgão produtor da referida jurisprudência fazem diferença.

---

39. CARVALHO RAMOS, André. *Processo internacional de direitos humanos* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.
40. Ibidem, p. 368.
41. Aury Lopes Júnior, falando sobre o processo penal, faz uma observação sutil, mas fundamental. Lembra que a função do juiz é proteger os direitos fundamentais, que devem ser interpretados de modo amplo (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Lumen Juris, 2008. v.1. p.171).

Por fim, tem-se a jurisprudência estrangeira, em relação com o direito brasileiro semelhante àquela tida com a jurisprudência internacional produzida por órgão com o qual o Brasil não possui vínculo formal, ressaltando-se que esta tem uma relação semelhante àquela havida pelas decisões de Cortes Internacionais, mas de menos força. Tal ocorre porque a decisão estrangeira é uma expressão da interpretação local, sob fluxo de elementos culturais locais – não necessariamente universais – a servir de paradigma de confrontação, não de modelo a ser necessariamente importado.

A relação do direito brasileiro com as instituições estrangeiras, e com o direito, é causa histórica de distorções, como aponta Lima Lopes:

> "[...] há um mau hábito de não nos darmos conta de nossa história. Ela sobrevive inconscientemente entre nós, como tradição: mas ao nível consciente parece que estamos sempre a importar o último grito da moda do hemisfério norte. Depois, como a tradição das práticas cotidianas e dos hábitos intelectuais resistem, não sabemos bem explicar por que as reformas legislativas não resultam naquilo que delas se esperava. Com muito maior frequência também ficamos indiferentes à originalidade de nossas instituições, pois a rigor não percebemos que se trata de um amálgama de tradições transplantadas e adaptadas de forma particular"[42].

De fato, a tradição de interpretação tipicamente brasileira, isolada de sua realidade, de normas e institutos do direito internacional e do direito estrangeiro é uma constante histórica. É preciso destacar esse fenômeno em relação aos atos decorrentes de cooperação jurídica internacional, a fim de neutralizar exatamente essa tendência de interpretação nacionalista do que vem de fora. Sugere-se, nesse sentido, um ancoramento em referenciais internacionais, e não locais – seja brasileiro, seja estrangeiro. Daí o papel secundário que se propõe reforçar, sobre a jurisprudência estrangeira.

A propósito, notadamente em relação à jurisprudência estrangeira, importa salientar a importância não só de se identificar as diferenças relacionadas aos casos – caso paradigma *versus* caso sob julgamento –, mas também de considerar as diferenças de culturas e de sistemas jurídicos, sem julgamentos moralizantes[43].

42. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 27.

43. TODOROV, Tzvertan. Os limites da justiça. In: CASSESE, A; DELMAS-MARTY, M. (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004. p. 47.

Portanto, da perspectiva de Gary Lawson, os tribunais brasileiros estão livres para considerar o peso, ainda que o peso decisivo, das decisões precedentes de órgãos internacionais ou mesmo estrangeiros, por conta da persuasão de sua fundamentação – tanto quanto ponderam sobre o valor de material doutrinário ou de jurisprudência interna, em geral, e desde que consideradas as diferenças sistemáticas e culturais.

Vale lembrar que, em relação às decisões dos órgãos internacionais aos quais o Brasil se vinculou, não há ponderação: trata-se de jurisprudência com caráter normativo, a ser observado e reconhecido no direito brasileiro, por força do sistema constitucional brasileiro.

Conclusão

As questões relacionadas à produção de provas em contexto de cooperação jurídica internacional oferecem o desafio de contrapor interpretações distintas sobre normas compartilhadas e, ainda, normas distintas sobre ritos e solenidades. A jurisprudência brasileira aponta uma tendência consolidada de respeitar os atos praticados na jurisdição estrangeira e de admitir que a cooperação pode se realizar a partir de tratados gerais e de um dever geral de cooperar.

Diante disso, e das premissas que lhe são próprias, surge a questão: como estabelecer um controle eficiente para preservar a garantia do acusado no processo penal? Os referenciais dados exclusivamente pelo direito brasileiro têm sido frequentemente repelidos, para exercer esse controle. Não é possível fazer juízo brasileiro sobre a regularidade da atuação de Estado estrangeiro na interpretação de suas próprias leis.

Nesse contexto, é preciso que o direito brasileiro desenvolva com profundidade uma relação de interação e diálogo cada vez maior com a jurisprudência das Cortes Internacionais. De fato, as normas contidas em tratados de proteção aos direitos humanos são compartilhadas pela maior parte dos Estados do planeta, muito embora sejam interpretadas, por cada um, segundo a cultura jurídica local. A relação com o diferente precisa ser mediada por uma instância internacional de interpretação dos tratados.

Atualmente, os maiores referenciais de julgamento de questões envolvendo direitos humanos, para o ocidente, contam com rica jurisprudência. Essa jurisprudência é fonte de argumentos valiosos, não de autoridade, mas de persuasão. Ademais, esses julgados contém um tratamento bastante objetivo das questões, evoluindo a perspectiva dos direitos humanos para além da visão mais comum e popular de normas abstratas.

Assim, o incremento do diálogo das fontes, com análises aprofundadas de argumentos, integrando a jurisprudência estrangeira, mas, sobretudo, relacionando a jurisprudência internacional, é um caminho necessário. A crise que inegavelmente o processo penal brasileiro enfrenta impõe a abertura e aprofundamento dos referenciais de controle de respeito às garantias, na mesma medida em que estão sendo abertas e aprofundadas as perspectivas da cooperação jurídica internacional.

Referências bibliográficas

ABADE, Denise Neves. Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALLE, Saulo S. Cooperação jurídica internacional e dever geral de cooperar. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, Assunción, ano 5, n. 10, p. 132-152, 2017.

ALLE, Saulo S. Interpretação do direito interno: a relação com o direito internacional e com o estrangeiro como premissas para a efetiva cooperação jurídica internacional. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner. *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DISSENHA, Rui Carlo; INCOTT JUNIOR, Paulo Roberto. A internacionalização do poder punitivo: os riscos normativos e políticos da demanda por leis penais universais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 813-848, set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LAWSON, GARY. The constitutional case against precedent. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, n. 1, p. 23-33, Winter 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Ed. 34, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Lumen Juris, 2008. v.1.

MARQUES, José Frederico. *Elemento de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2009. v. 2.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face de principiologia processual penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 118, p. 233-271, jan.-fev. 2016.

TODOROV, Tzvertan. Os limites da justiça. In: CASSESE, A; DELMAS-MARTY, M. (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal, de Ada Pellegrini Grinover – *RePro* 81/160-177 e *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional* 4/843-868 (DTR\1996\84); e
- Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas, de Carolina Yumi de Souza – *RBCCrim* 71/297-325 (DTR\2008\168).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2010\10969.