

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Bruno Girade Parise

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E À DEFESA NO PROCESSO PENAL:
análise crítica da atuação defensiva nos momentos processuais probatórios**

Doutorado em Direito

**SÃO PAULO/SP
2024**

Bruno Girade Parise

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E À DEFESA NO PROCESSO PENAL:
análise crítica da atuação defensiva nos momentos processuais probatórios**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em **Direito Processual Penal**, sob orientação do **Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira**.

SÃO PAULO/SP

2024

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Parise, Bruno Girade
O direito fundamental à prova e à defesa no processo penal:
análise crítica da atuação defensiva nos momentos processuais
probatórios. / Bruno Girade Parise. -- São Paulo: [s.n.],
2024.

164p. il. ; cm.

Orientador: Claudio José Langroiva Pereira.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Direito fundamental à prova. 2. Direito fundamental à
defesa. 3. Momentos probatórios. 4. Ficção jurídica. I.
Pereira, Claudio José Langroiva . II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Nome: PARISE, Bruno Girade

Título: O direito fundamental à prova e à defesa no processo penal: análise crítica da atuação defensiva nos momentos processuais probatórios

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Professor e orientador Claudio José Langroiva Pereira, por acreditar em mim e tanto me ensinar. Exemplo de Professor e ser humano, daquelas raridades no mundo atual.

Aos Professores Marco Antonio Marques da Silva e Marcello Erbella, por tantos e tão bons conselhos dados na Banca de Qualificação.

A todos os Professores da PUC/SP e meus amigos de Doutorado pelos incríveis anos de aprendizado em conjunto e debates que influenciaram o presente estudo.

Ao Professor Pasquale Bronzo, por todos os ensinamentos e por ter me recebido como pesquisador visitante com tanto carinho na *Sapienza Università* di Roma.

Ao Professor Paolo Ferrua, por me receber em Turim e me presentear com horas de aprendizado único, além de livro fundamental para a presente tese.

Ao Professor Geraldo Prado, cujo um telefonema desprezioso em 2022 mudou o rumo do estudo ora apresentado.

Ao querido amigo Bruno Cunha Souza, por me abrir as portas de Roma e caminhar ao meu lado todos os dias em que lá estive. Nossas conversas são inesquecíveis!

Aos amigos da Defensoria Pública, firmes na tentativa de um processo penal melhor e mais justo. Um especial agradecimento a Wilson Goya, pela sua interminável paciência em me ensinar os labirintos do Excel e tabelar a presente pesquisa.

À minha família, por estar ali.

À Claudia, por estar aqui, com o meu mais profundo amor e pedido de desculpas por tantas e tantas horas ausente.

RESUMO

A presente tese tem por objetivo demonstrar que o direito à prova, explorado de forma tímida pela doutrina e jurisprudência nacionais, não passa de ficção jurídica quando aferido em relação às defesas processuais realizadas pelas Defensorias Públicas Estaduais. Nesse passo, primeiro posicionaremos o direito à prova dentro do contexto epistêmico de uma renovada teoria geral da prova para, após analisarmos as provas passíveis de produção pelas partes, destrincharmos o conteúdo do direito à prova, os chamados momentos processuais probatórios. Em um segundo momento, faremos o necessário confronto entre teoria e prática, passando a desenvolver pesquisas empíricas tanto na organização administrativa das instituições públicas participantes do Processo Penal, quanto nos próprios processos em trâmite ou que tramitaram perante cinco capitais brasileiras que representam as cinco regiões nacionais. Por fim, traçaremos algumas propostas e sugestões para que o direito à prova defensiva deixe, enfim, de ser uma ficção jurídica. Os métodos utilizados para desenvolvimento do trabalho foram o lógico-dedutivo, com fundamento na revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, bem como a análise empírica de viés majoritariamente quantitativa, mas também com suporte em questões qualitativas para pontos específicos.

Palavras-chave: direito fundamental à prova; direito fundamental à defesa; processo penal; momentos probatórios; ficção jurídica.

ABSTRACT

This thesis aims to demonstrate that the right to evidence, explored timidly by national doctrine and jurisprudence, is nothing more than a legal fiction when assessed in relation to the procedural defenses carried out by State Public Defender's Offices. In this step, we will first position the right to evidence within the epistemic context of a renewed general theory of evidence and, after analyzing the evidence that can be produced by the parties, we will unravel the content of the right to evidence, the so-called evidentiary procedural moments. In a second moment, we will make the necessary comparison between theory and practice, starting to develop empirical research both in the administrative organization of the public institutions participating in the Criminal Proceedings, and in the ongoing or ongoing proceedings themselves before five Brazilian capitals that represent the five national regions. Finally, we will outline some proposals and suggestions so that the right to defensive evidence finally ceases to be a legal fiction. The methods used to develop the work were logical-deductive, based on the bibliographic review of national and foreign authors, as well as empirical analysis with a predominantly quantitative bias, but also supported by qualitative questions for specific points.

Keywords: fundamental right to evidence; fundamental right to defense; criminal procedure; evidentiary moments; legal fiction.

RIEPILOGO

La presente tesi mira a dimostrare che il diritto alla prova, esplorato in modo timido dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale, non è altro che una finzione giuridica se misurato in relazione alle difese processuali svolte dagli Uffici della difesa pubblica dello Stato. In questa fase, posizioneremo innanzitutto il diritto alla prova nel contesto epistemico di una rinnovata teoria generale della prova in modo che, dopo aver analizzato le prove producibili dalle parti, sveleremo il contenuto del diritto alla prova, i cosiddetti momenti procedurali probatori. In una seconda fase, effettueremo il necessario confronto tra teoria e pratica, iniziando a sviluppare ricerche empiriche sia sull'organizzazione amministrativa delle istituzioni pubbliche partecipanti al Processo Penale, sia sui processi in corso o che sono stati processati davanti ai cinque capitali rappresentanti le cinque regioni nazionali. Infine, delineeremo alcune proposte e suggerimenti affinché il diritto alla prova difensiva smetta finalmente di essere una finzione giuridica. I metodi utilizzati per sviluppare il lavoro sono stati logico-deduttivi, basati sulla revisione bibliografica di autori nazionali e stranieri, nonché su analisi empiriche con un orientamento prevalentemente quantitativo, ma supportate anche da domande qualitative per punti specifici.

Parole chiave: diritto fondamentale alla prova; diritto fondamentale alla difesa; procedura penale; momenti della prova; finzione giuridica.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora (PMSP), no período de 2001 a 2022.....	56
---	----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – <i>Print</i> de parte do questionário adotado	113
--	-----

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Estrutura pessoal da Defensoria Pública na Unidade Varas Singulares	114
Quadro 2 – Comparativo DPE/SP x MP/SP em dados gerais	115
Quadro 3 – Estrutura pessoal do MP/SP nas Varas Singulares da Barra Funda	116
Quadro 4 – Comparação DPE/SP x MP/SP	118
Quadro 5 – Questionário aplicado nos processos criminais	120
Quadro 6 – Gênero das pessoas defendidas pela Defensoria Pública	121
Quadro 7 – Imputações penais constantes na peça acusatória com atuação da Defensoria Pública	121
Quadro 8 – Prisão durante toda a instrução criminal das pessoas defendidas pela Defensoria Pública	122
Quadro 9 – Versões apresentadas pelos réus defendidos pela Defensoria Pública	122
Quadro 10 – Sentenças judiciais proferidas em defesas patrocinadas pela Defensoria Pública	123
Quadro 11 – Resultado dos recursos interpostos pela Defensoria Pública	123
Quadro 12 – Atuação probatória da Defensoria Pública na fase investigativa	123
Quadro 13 – Atuação probatória da Defensoria Pública após o oferecimento da denúncia ..	124
Quadro 14 – Momento processual em que houve a atuação probatória da Defensoria Pública	124
Quadro 15 – Provas requeridas pela Defensoria Pública	124
Quadro 16 – Admissão das provas requeridas pela Defensoria Pública	125
Quadro 17 – Produção das provas defensivas admitidas	125
Quadro 18 – Total de casos analisados: Defensoria Pública x Advocacia privada	126
Quadro 19 – Atuação probatória na fase investigativa: Defensoria Pública x Advocacia privada	126
Quadro 20 – Atuação probatória após o oferecimento da denúncia: Defensoria Pública x Advocacia privada	126
Quadro 21 – Efetiva produção da prova: Defensoria Pública x Advocacia privada	126

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NO PROCESSO PENAL: APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA E SEU VIÉS EPISTÊMICO.....	13
1.1 O processo penal e a verdade: a função cognitiva da prova – <i>Para que serve a prova no processo penal?</i>	13
1.2 A terminologia sobre a prova no processo penal: elementos, fontes e meios de prova	17
1.3 O objeto da prova no processo penal – <i>O que se prova?</i>	18
1.4 O ônus da prova e <i>standards</i> de prova: a presunção de inocência como fator determinante – <i>Quem tem o dever de provar no processo penal? Em qual patamar?</i>	20
1.5 O direito à prova no processo penal.....	28
1.5.1 Breve aporte legislativo	28
1.5.2 Natureza e titularidade do direito à prova: o direito a se defender e de acusar provando e os poderes instrutórios do juiz	32
1.5.3 Conteúdo do direito a prova	37
CAPÍTULO 2 – AS PROVAS EM ESPÉCIE NO PROCESSO PENAL.....	39
2.1 Provas atípicas, irrituais e anômalas	40
2.2 Provas típicas	41
2.2.1 Exame de corpo de delito e das perícias em geral	41
2.2.2 Interrogatório e valor probatório da confissão	45
2.2.3 Declarações do ofendido	47
2.2.4 Prova testemunhal	49
2.2.5 Acareação	53
2.2.6 Prova documental	54
2.2.7 Câmeras operacionais portáteis dos policiais militares paulistas	56
2.2.8 Busca e apreensão.....	57
2.2.9 Reconhecimento de pessoas e coisas.....	62
2.2.10 Interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica clandestina, interceptação ambiental e gravação ambiental clandestina	64

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À PROVA DEFENSIVA E OS MOMENTOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS	69
3.1 O primeiro momento processual probatório: o direito à investigação – a Defesa entre a sua própria investigação e a atuação nos demais modelos	70
3.1.1 A investigação idealizada: por um necessário modelo epistêmico	71
3.1.2 A Defesa na investigação dos demais atores: “a defesa posicionada”	75
3.1.3 A Defesa e sua própria investigação: a “defesa em movimento”	76
3.2 O segundo momento processual probatório: o direito à proposição das provas e a preclusão probatória defensiva	79
3.3 O terceiro momento processual probatório: o direito à admissão das provas	83
3.3.1 Os limites processuais epistêmicos	85
3.3.2 Os limites extraprocessuais: a questão das provas ilícitas	85
3.3.3 Os limites lógicos: a pertinência e relevância das provas	91
3.4 O quarto momento processual probatório: direito à produção da prova – a força epistêmica do contraditório	92
3.5 O quinto momento processual probatório: o direito à valoração da prova – da prova legal à valoração racional da prova através de critérios epistêmicos.....	95
CAPÍTULO 4 – O DIREITO À PROVA DEFENSIVA COMO FICÇÃO JURÍDICA	101
4.1 A dignidade humana e a paridade de armas no Estado Democrático de Direito	103
4.2 A finalidade do direito de defesa no Estado Democrático de Direito e a carência fática do modelo público de assistência jurídica.	105
CAPÍTULO 5 – ANÁLISE EMPÍRICA DO DESEQUILÍBRIO JURÍDICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PROVA PELA DEFESA.	109
5.1 Paridade de armas na prática: estudo realizado na Unidade “Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda” e as possibilidades probatórias das instituições públicas	109
5.1.1 A escolha geográfica: as Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda e sua competência criminal	110
5.1.2 A Defensoria Pública nas Varas Singulares: atuação, estrutura administrativa e suporte para a produção probatória	111
5.1.3 A necessária comparação: a estrutura do Ministério Público do Estado de São Paulo nas Varas Singulares da Barra Funda	115
5.1.4 Quadro-resumo dos dados levantados: a “disparidade da paridade”	118

5.2 Momentos processuais probatórios em números: a pesquisa empírica nos processos penais de Curitiba, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Alagoas e Amazonas	119
5.2.1 Gênero das pessoas acusadas e defendidas pelas Defensorias Públicas.....	121
5.2.2 Imputação contante na peça acusatória nos processos criminais com atuação da Defensoria Pública.....	121
5.2.3 Prisões e sua manutenção ou não durante toda a instrução criminal.....	122
5.2.4 Versão apresentada pelos réus no interrogatório judicial.....	122
5.2.5 Julgamento proferido, recursos interpostos e respectivos resultados.....	122
5.2.6 Investigação defensiva ou atuação probatória na investigação criminal de outros atores – <i>O direito à investigação em números</i>	123
5.2.7 Existência ou não de atuação probatória defensiva após o oferecimento da denúncia – <i>O direito à proposição em números</i>	124
5.2.8 Decisões judiciais sobre a proposição das provas – <i>O direito à admissão da prova em números</i>	124
5.2.9 Efetiva produção das provas requeridas – <i>O direito à produção das provas em números</i>	125
5.2.10 Consideração das provas defensivas nas sentenças – <i>o direito à valoração da prova em números</i>	125
5.3 Quadros comparativos em percentual: a Defesa pública e a Defesa privada nos momentos processuais probatórios	125
CAPÍTULO 6 – SUGESTÕES PARA O APRIMORAMENTO DO DIREITO À PROVA DEFENSIVA NO BRASIL	127
6.1 Sugestões de aprimoramento âmbito legislativo.....	127
6.1.1 Sugestões de mudanças no contexto constitucional: as lições italianas	127
6.1.2 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da investigação criminal.....	128
6.1.3 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da proposição das provas	130
6.1.4 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da admissão das provas	130
6.1.5 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da produção e valoração das provas.....	131
6.2 Sugestões de mudanças no âmbito orçamentário	131
6.3 Proposta de mudanças no âmbito interno das Defensorias Públicas.....	132

CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	141
Referências bibliográficas	141
Referências normativas, jurisprudenciais e documentais	150
Referências estatísticas e jornalísticas.....	160
APÊNDICE – RELAÇÃO DE PROCESSOS ANALISADOS	163

INTRODUÇÃO

O *boom* editorial sobre o tema provas no processo penal, relacionado com o denominado giro epistemológico havido nos últimos anos também no Brasil, torna a missão de escrever uma tese sobre o assunto ainda mais árdua. Afinal, com a riqueza doutrinária crescente, cada item e subitem aqui escolhidos seriam, sem exageros retóricos, capazes de ser o objeto principal do estudo.

Nessa linha, a hoje conhecida epistemologia judiciária parece finalmente ter aberto as portas do direito processual penal à outras ciências¹, importando conhecimentos transdisciplinares na busca da “melhor prova possível”² e, no ápice do *iter* processual, racionalizar o caminho percorrido pelo julgador na valoração do material probatório produzido, fechando as portas para um convencimento livre e, portanto, incontável. Palavras como indução, abdução e dedução invadem incontáveis e excelentes obras produzidas.

Todavia, assim como Giuliano Vassalli e seu paradigmático texto cunhado em 1968³, algo nos incomodava, talvez imbuídos pela mistura de sentimentos quando o estudo acadêmico parece não fazer parte do dia a dia da Defesa criminal daqueles cujos pés descalços já foram mordidos pela serpente, na máxima atribuída por Eduardo Galeano ao Monsenhor Oscar Romero, Arcebispo de São Salvador⁴. Há, nas obras mais atuais, assim como já alertava Vassalli, uma timidez discursiva quando o assunto é o próprio direito à prova no processo penal, talvez embasada na ideia operativa de um direito posto e já concretizado, algo que nos parecia um pouco distante do cotidiano forense.

E nessa ordem de ideias foi que resolvemos, então, “dar dois passos atrás” e jogar luz novamente ao direito à prova, assim como fez por aqui Antônio Magalhães Gomes Filho no

¹ Talvez em atenção ao aviso feito por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “o difícil, sem embargo, é perceber que os operadores jurídicos (e em especial os nossos), precisam de toda uma vida para darem-se conta da importância dos estudos interdisciplinares, multidisciplinares e transdisciplinares; se é que se dão e quando dão. Por isto, paga-se o preço: eles, porque há uma evidente ansiedade no desconhecimento constante, um fantasma que não é fácil de carregar; e, por outro lado, os que deles dependem para fazer valer os seus direitos – e obter Justiça –, em geral os repositórios das desgraças, dos direitos sonogados” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza*, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais – ITEC**, Porto Alegre, vol. 4, n. 14, pp. 77–94, Abr./Jun. 2004. p. 78).

² 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. 38.

³ “No construtivo reflorescer de interesses e estudos em torno do tema da prova, que nos últimos anos tem caracterizado o direito processual em geral e o direito processual penal em particular, não parece haver suficientes considerações, ao menos na Itália, nem sob um aspecto puramente problemático, o argumento do direito das partes à prova” (VASSALLI, Giuliano. *Il diritto alla prova nel processo penale*. **Rivista Italiana di diritto e procedura penale**, Milano, 1968. p. 3, tradução nossa).

⁴ Cf. GALEANO, Eduardo. *Desculpem a moléstia*. Trad. Emir Sader. **Fundação Perseu Abramo**, [S.L.], 11 maio. 2009. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/2009/05/11/desculpem-a-molestia-por-eduardo-galeano/>. Acesso em: 18 maio. 2024.

início da década de 1990⁵, com acréscimo de testar seu conteúdo na prática, através de dados sobre a possibilidade probatória fática das instituições públicas no Fórum Criminal da Barra Funda e pesquisa empírica em processos criminais em cinco capitais representativas das regiões do País: Manaus, Maceió, Campo Grande, São Paulo e Curitiba.

Através desses dados administrativos e processuais é possível definir que o aclamado direito à prova da Defesa, se não é uma mentira propriamente dita – eis que previsto abstratamente-, não passa de ficção jurídica, na linha do conceito traçado por Jorge Luiz Esquirol e Joan José Saer⁶, ou seja, uma ideia operativa cuja função é manter o *status quo* de um devido processo legal teórico.

Tal conclusão, levada seriamente a cabo, é de certa forma prejudicial a todo estudo probatório que vem a seguir, pois em caso de uma só parte processual ter a possibilidade material de provar suas hipóteses, o desequilíbrio sistêmico afeta não só o tema “provas”, mas o estudo processual penal como um todo, já que a falta de paridade de armas no campo probatório agonizaria qualquer sistema que seja – ou pretenda ser – acusatório.

Assim, para embasarmos nossa conclusão de que o direito à prova defensiva não passa de ficção jurídica, iniciaremos nossa jornada, no Capítulo 1, com os principais aspectos de uma teoria geral da prova e sua “roupagem” nova epistemologicamente dizendo.

Por sua vez, no Capítulo 2, terá vez a análise das provas em espécie, em uma abordagem de certa forma legalista, mas sem se descuidar das principais discussões hoje em voga na doutrina e nos Tribunais Superiores sobre cada meio de prova previsto na nossa legislação processual.

Já no Capítulo 3 terá lugar o coração teórico do estudo, com a definição do denominado procedimento probatório, dividido em momentos processuais que expressam o próprio conteúdo do próprio direito à prova, a saber: direito à investigação, direito à proposição, direito à admissão, direito à produção e direito a valoração das provas.

Em conclusão à parte teórica, trataremos, no Capítulo 4, conceitos fundamentais para alcançarmos nossa conclusão, iniciando pela própria definição de ficção jurídica e depois traçando breves e importantes palavras acerca da dignidade da pessoa humana e sua relação com o direito de defesa e a paridade de armas no contexto do Estado Democrático de Direito.

⁵ Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

⁶ ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 30; SAER, Juan José. O conceito de ficção. **Revista FronteiraZ**, São Paulo, n. 8, Jul. 2012. p. 3.

Finalizada a parte teórica, é no Capítulo 5 que será exposta a pesquisa empírica efetivada primeiramente nos dados pessoais e estruturais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE/SP) na Unidade Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda em um comparativo com os dados coletados no Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) na mesma área territorial de atuação. Afinal, antes de olharmos os processos criminais em si, é necessário compreender as reais possibilidades de produção de provas em uma e em outra instituição pública.

Assim é que, ainda no Capítulo 5, após breve introdução sobre a metodologia utilizada, apresentaremos os resultados da pesquisa realizada em cento e trinta processos criminais que tramitam ou tramitaram em uma das cinco capitais escolhidas que bem demonstram a quase inexistência fática do direito à prova para os réus defendidos pela Defensoria Pública.

Por fim, no Capítulo 6, apresentaremos sugestões nos âmbitos dos Poderes constituídos e das próprias intuições jurídicas para que o direito à prova possa, enfim, deixar de ser uma ficção.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NO PROCESSO PENAL: APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA E SEU VIÉS EPISTÊMICO

Paolo Ferrua, em um dos primeiros parágrafos de sua obra “*La prova nel processo penale*”, conceitua prova em sentido lato como a “operação destinada a verificar a veracidade ou falsidade de uma proposição qualquer⁷”, a partir de três componentes: (i) os meios potencialmente idôneos a provar; (ii) o objeto da prova, ou seja, a proposição que se pretenda provar; e (iii) o critério ou regra de juízo segundo a qual a prova pode ser considerada obtida⁸.

Da lição acima, com a simplicidade lógica-genial característica do Autor, podem ser extraídos os principais pontos de uma abordagem inicial sobre o tema “prova” no processo penal: as acepções ou funções da prova (para que serve a prova?), a terminologia empregada no processo penal (meios, fontes e elementos de prova), o objeto da prova (o que se prova?) e os sempre discutidos *standards* e ônus da prova (o quanto é necessário para uma hipótese ser considerada provada? E quem tem o dever de provar?).

Desse modo, nesse primeiro Capítulo e em uma espécie de “porta de entrada” da tese, abordaremos cada uma dessas questões ainda que a profundidade desejada em cada item não seja possível. Ademais, através de questionamento adicional (quem tem o direito de provar no processo penal?), abordaremos o tema central do direito à prova, sua evolução e seus principais desdobramentos.

1.1 O processo penal e a verdade: a função cognitiva da prova – *Para que serve a prova no processo penal?*

Para entendermos qual função é desempenhada pela prova no contexto processual penal, é preciso antes mencionar o dilema existente entre prova e verdade, assunto deveras delicado, mas imprescindível. Afinal, qual o papel da verdade (e de sua busca) nesse ramo do direito?

Como ponto de partida, um aparente consenso doutrinário de suporte epistemológico: está sepultada a distinção entre verdade real – que seria ligada ao processo penal - e verdade formal – ligada ao processo civil. Isso porque, além da verdade ser uma só, não podendo ser fracionada, em ambos os processos há limitações para a obtenção da verdade, como por

⁷ FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 1.

⁸ *Ibid.* p. 2.

exemplo a proibição das provas ilícitas no processo penal, como inclusive já advertia Francesco Carnelutti desde 1925, nas suas célebres e citadas discussões com Eugenio Florian, como recorda Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

De qualquer sorte, Carnelutti mostrou, já em 1925, que é estéril a discussão a respeito de viger a *verdade material* ou a *verdade formal*, olhando à diferença que se insistia – e alguns ainda insistem – em fazer entre elas, no processo penal e civil. Se Eugenio Florian (Prove penali. Milano : Vallardi, 1924, p. 6 e ss) apontou naquela direção, Carnelutti, ao responder (Prove civile e prove penali. in *Rivista di diritto processuale civile*, Padova : La litotipo, 1925, volume II, parte I, p. 3 e ss, especialmente, pp. 17-18), mostrou que a comparação era equivocada, a um, porque o escopo de ambos era a *verdade e*; a dois, porque “*se l’impiego di dati mezzi, i quali talvolta servono a farla conoscere, talvolta no, viene prescritto, il risultato che salta fuori si chiama verità formale o legale volendosi significare che il loro risultato deve essere dal giudice posto a base della decisione, come se fosse verità, anche se non sia. [...] Il che significa che neanche al processo penale si deve assegnare, come risultato anziché come scopo, la verità materiale*”.⁹

Aliás, é a partir delas que Carnelutti traça a opinião probatória que lhe marcaria, ao mencionar que o escopo do processo penal seria a investigação da verdade substancial, mas o resultado seria a obtenção de uma verdade formal. O Autor assim defendeu até 1965 quando publica seu texto “*Verità, dubbio e certezza*”, em que admite, com grande responsabilidade ética¹⁰, uma mudança de opinião, frise-se, quarenta anos depois:

Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a *Prova Civile*, falei de verdade, assinalando, como escopo do processo, a investigação da verdade substancial e, como resultado, a obtenção de uma verdade formal. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem.¹¹

Dá última frase do texto carneluttiano extrai-se um segundo aparente consenso doutrinário epistemológico: a verdade absoluta é por nós inatingível¹². E paradoxalmente, é

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais – ITEC**, Porto Alegre, vol. 4, n. 14, pp. 77–94, Abr./Jun. 2004. p. 78, grifos do original.

Em tradução nossa, a resposta de Carnelutti: “se for prescrito o uso de determinados meios, que ora servem para conhecer a verdade, ora não, o resultado que emerge é denominado verdade formal ou jurídica, significando que o seu resultado deve ser colocado pelo juiz como base da decisão, como se fosse a verdade, mesmo que não seja. [...] O que significa que nem mesmo a verdade material deve ser atribuída ao julgamento criminal, mais como resultado do que como finalidade”.

¹⁰ *Ibid.* p. 79.

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio e certezza*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1965, vol. XX (II Série), pp. 4-9, 1965. p. 5, tradução nossa.

¹² Daí a impossibilidade do julgar, explicitada por Glauco Giostra: “Por mais que se queria prescindir das dificuldades de interpretar univocamente o conteúdo preceptivo de uma norma, é o primeiro componente da afirmação que o deforma: nós não somos capazes de conhecer a verdade histórica. Nem nas chamadas ciências exatas a verdade nos resulta acessível: os estudiosos atualmente compreendem que a certeza de hoje é normalmente o erro de amanhã e que, então, seria mais correto exprimir-se em termos de probabilidade e de verdades provisórias” (GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal**. Trad. Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 33).

desse consenso doutrinário que surge um conseqüente dissenso: se é inatingível, para que serve a verdade – ou sua busca - no processo penal?

Para alguns, entre eles, Gustavo Badaró¹³, Janaina Matida e Raquel Herdy¹⁴, com semelhança nas lições de Giulio Ubertis¹⁵, Giovanni Tuzet¹⁶– e, aqui, incluimo-nos – embora a verdade não seja algo atingível, sua busca não deve ser ignorada no processo penal, podendo ser tida até como a ideia reguladora do sistema. Para Ferrua, inclusive:

O fato de abusos e delitos de toda a espécie terem sido cometidos em nome da verdade, bem como outros valores, a começar pela liberdade, está documentado pela história do processo, em especial, do inquisitivo. Mas como reagir e defender-nos a nível cultural de desastres semelhantes? Existem duas estratégias fracassadas implementadas por uma parte substancial dos defensores do processo acusatório. A primeira é banir do processo a busca da verdade, alinhando-se a perspectiva do processo para solução de conflito. expulsar do processo acusatório a busca da verdade é a melhor homenagem que se pode prestar ao processo inquisitorial, que tem o prazer de deter o monopólio dela.¹⁷

Já para outra corrente, cujo expoente maior por aqui é o Professor Coutinho, não há espaço para a verdade e sua busca no processo penal, porque, na esteira da citada lição de Carnelutti, a verdade, que está no todo, é impossível de se obter, e afirmar partes do todo – lugar da verdade – como verdade violaria os axiomas metodológicos de identidade e de não contradição, e porque se trata, no processo penal, de certeza e não de uma verdade¹⁸. Em definitivo, o processo penal não deve buscar a verdade, sob pena de repetir erros históricos do processo inquisitivo.

Apesar de tal discordância, o fato de termos uma ideia sedimentada na doutrina processual pela impossibilidade do alcance de uma verdade absoluta, traz importantes reflexos na definição da função exercida pela prova no contexto processual penal. A partir de Jordi

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 124.

¹⁴ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (Org). **Epistemologia: Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 211.

¹⁵ Para o Autor: “A busca da verdade não é, portanto, em si e por si, o fim último do processo, mas um pressuposto para decidir adequadamente qual a lei aplicável para o caso concreto” (UBERTIS, Giulio. **La prova penale: profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1999. p. 7, tradução nossa).

¹⁶ “Então, para que serve uma noção de verdade objetiva e não epistêmica se a linha que enlaça um enunciado e um fato não é conhecível? Serve com um ideal regulatório, como critério conceitual de fundo que explique e justifique a busca das provas” (TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 83, tradução nossa).

¹⁷ FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale: Vol 1. – Struttura e procedimento**. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 5, tradução nossa.

¹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais – ITEC**, Porto Alegre, vol. 4, n. 14, pp. 77–94, Abr./Jun. 2004. p. 78.

Ferrer Beltrán¹⁹, podemos entender melhor a questão. Para o Autor, o enunciado “está provado que ‘p’” pode ser compreendido de três diferentes modos: (i) é verdade que “p”; (ii) o Juiz estabeleceu que “p”; e (iii) há elementos de prova suficientes a favor de “p”.

Na primeira compreensão, temos aquilo que é denominado função demonstrativa da prova, ou seja, a “prova é tida como demonstração quando se diz que ela serve para estabelecer a verdade sobre determinados fatos”²⁰. Todavia, tal concepção demonstrativa esbarra no próprio ordenamento jurídico quando se utiliza de proibições probatórias ou rescisão de julgados a partir de provas novas, por exemplo. Ou seja, de maneira simples e ao contrário da função demonstrativa, nem tudo que está provado é verdade, e vice-versa.

Já na segunda acepção, a prova teria a função única de persuadir o Juiz – de capturá-lo psicologicamente²¹ – num aspecto em que “provar é convencer o Juiz de que algo é verdadeiro, ainda que não o seja!”²². Embora seja difícil discordar que uma das funções da prova em um processo de partes seja, de fato, convencer aquele que julga da veracidade das suas alegações, é preciso concordar com Marina Gascón Abellán, quando assim critica:

Essa forma de entender a prova é compatível com uma concepção irracional da decisão sobre os fatos, sendo difícil ou mesmo impossível sua exteriorização ou controle. Por um lado, porque a persuasão de um sujeito sobre algo é um estado psicológico e nada mais, por outro, porque a persuasão pode fundar-se em qualquer coisa que tenha influenciado esse estado psicológico.²³

Assim, a função da prova no processo penal – ao menos para a teoria que aqui adotaremos – é denominada de função cognitiva²⁴, sendo atividade destinada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos e cujos resultados são meramente prováveis. De forma concisa, essa concepção entende que a prova é baseada no saber e não no poder, sendo aquele sempre imperfeito e relativo²⁵. Como consequência, um enunciado poderá ser considerado provado e verdadeiro – ainda que não corresponda a realidade dos fatos –, desde

¹⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 38.

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Coords.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 303-318. p. 303.

²¹ Cf. KHALED JÚNIOR, Salah H.; DIVANI, Gabriel Antinolf. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, pp. 395-423, Jul. 2019. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/133358>. Acesso em: 20 maio. 2024.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 126.

²³ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 18.

²⁴ *Ibid.* p. 19.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* p. 127.

que haja, no processo, elementos probatórios suficientes para tanto, avaliados de maneira racional e justificada, a chamada verdade por correspondência.

Em precisa passagem de seu livro, Marcelo Erbella traça um paralelo que pode muito bem ser aqui aproveitado entre linguagem, prova e verdade no processo penal:

A verdade do fato está contida na sua representação em linguagem adequada, em linguagem jurídica. A verdade do fato não representa, diretamente, a verdade do evento, considerando a verdade como termo unívoco, de sentido absoluto. Por isso, como veremos a seguir, a verdade, juridicamente considerada, se empregada em relação ao fato, estará na representação dele, fato, em provas e, se referida quanto às provas, estará na própria existência válida destas, na sua configuração jurídica, na constituição das provas conforme o modelo legal estabelecido. A verdade, conforme a doutrina nacional a vem conceituando, como correspondência do fato ao evento, é inatingível, inalcançável pelo ser humano, já que o fato é representação linguística daquele, e não o próprio. O fato é texto.²⁶

Há, portanto, uma relação teleológica entre prova e verdade²⁷ ou, para Tuzet, um nexo instrumental²⁸.

1.2 A terminologia sobre a prova no processo penal: elementos, fontes e meios de prova

Em outro giro, há diversos vocábulos que guardam relação com a prova no processo penal e necessitam ser explorados, embora de utilização cotidiana e de conhecimento mais geral.

Assim, quando se fala em elementos de prova, está a se dizer do dado objetivo que confirma ou nega uma asserção acerca de um fato como, por exemplo, o conteúdo da declaração testemunhal ou de um documento. Para Mario Chiavario, há dois sentidos:

Num primeiro significado, a prova é por vezes concebida como uma entidade divisível em elementos, referindo-se a situações em que a “ prova” no sentido pleno só pode ser derivada da combinação de uma pluralidade de dados, cada um dos quais não seria suficiente, por si só, para a demonstração dos fatos...De elementos de prova, falamos também em outro sentido – ainda atribuível a ideia de parcialidade- em relação aos dados que servem para orientar a atividade e sustentar as conclusões das partes processuais, mas que de per si não são idôneos a sustentar as decisões do juiz.²⁹

Por seu turno, as fontes de prova são as pessoas ou coisas das quais das quais pode-se extrair o elemento de prova³⁰, dividindo-se em fontes pessoais e fontes reais (documental em

²⁶ ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015. p. 87.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 127.

²⁸ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 83.

²⁹ CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Milano: UTET Giuridica, 2017. p. 373, tradução nossa.

³⁰ Erbella possui entendimento diverso, ao mencionar que a fonte de prova, na realidade, seria a linguagem competente, assim explicando: “A fonte de prova é a linguagem competente, a linguagem jurídica, arbitrariamente

sentido amplo). As fontes de prova são anteriores ao processo, como a pessoa que presenciou o crime, por exemplo.

Por fim, os meios de prova, de índole notoriamente endoprocessual, são os “canais de informação”, ou seja, instrumentos ou atividades por intermédio das quais os dados probatórios (elementos) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova), como o testemunho e a perícia, por exemplo.

1.3 O objeto da prova no processo penal – *O que se prova?*

É de fala intuitiva que o objeto da prova no processo penal seriam os fatos narrados na denúncia acusatória ou trazidos pela Defesa em alguma de suas oportunidades de fala, deixando a cargo único do Juiz as questões de direito (*iuri novit curia*). Todavia, duas observações parecem de grande relevância.

A primeira, na linha de Michele Taruffo³¹, é o erro metodológico de se ignorar a influência do direito na atividade probatória, eis que é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui um fato relevante a ponto de ser objeto processual. Desse modo, o acerto dos fatos e a individualização da norma para qualificar juridicamente esse fato são, em conjunto, atividades preparatórias da aplicação do direito, conexas entre si³², não existindo uma sem as outras, como observa Tuzet:

Há um círculo entre a parte e a totalidade. Mas no processo, nos socorrendo agora da hermenêutica jurídica, há também uma circularidade entre fatos e normas. Esta dialética é um dos aspectos da interpretação e de aplicação do direito em que mais incite a hermenêutica jurídica: para ela, resulta artificial e em certa medida estéril pensar na norma e no caso como entidades separadas, radicalmente heterogênea, em si mesmo acabadas. Se é certo que o significado da disposição normativa encontra precisão na relação com o caso e que os fatos do caso obtêm relevância jurídica a partir da norma, então é a relação entre essas entidades que dá vida e concretude ao direito.³³

Por outro lado, é essa a segunda observação a ser feita, não é o fato em si que seria o objeto da prova no processo penal (ex.: Bruno ter matado Pedro), eis que pertence ao passado

construída pelo direito, ao regular os modelos legais para a constituição da prova. No caso concreto, o conhecimento externado pelas testemunhas a respeito do evento só gerou efeitos no processo porque foram representados em linguagem competente” (ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015. p. 96).

³¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trota, 2005. p. 90.

³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 70.

³³ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 35.

e lá ocorreu, não podendo, agora, ser acessado diretamente pelo Juiz ou pelas partes³⁴. Ou seja, o julgador não pode visualizar, num exemplo hipotético, Bruno matando Pedro, pois isto já ocorreu.

Disso decorre que o objeto da prova no processo penal passa a ser a afirmação que as partes fazem sobre o fato³⁵ (Bruno matou Pedro x Bruno não matou Pedro), a qual ganha ainda mais força epistemológica o contraditório entre as partes como falaremos mais à frente. Verdadeiras ou falsas, então, são as afirmações feitas pelas partes sobre o fato, que simplesmente existiu ou não. Badaró bem explica:

O fato objeto do processo não é o fato enquanto trecho da realidade, mas a afirmação sobre o fato feita pelas partes. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que tem existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Os “fatos” debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isso é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato e não o próprio fato em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato, mas a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentação da acusação ou a defesa.³⁶

Em importante reforço, Erbella assim delinea³⁷:

O juiz, para decidir o caso, não há que ficar preso a uma verificação de absoluta correspondência da prova com o evento, pois este, o evento, é um fenômeno limitado pelo tempo e espaço, ambos remotos. O que aconteceu, aconteceu, é passado, não pode mais ser experimentado. Em outras palavras, o que passou não está mais acessível à experiência do prolator da decisão resolutive. A atuação do Jurista, ser humano que é, estará limitada à representação linguística do ocorrido, pois, jamais poderá re(realizar) o ocorrido.

Em suma, toda a atividade probatória desenvolvida pelas partes é direcionada a afirmação por elas feitas sobre um fato passado, e que só terá relevância jurídica a partir da análise do próprio direito e que, por isso, não pode ficar adstrita ao juiz.

³⁴ FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 44.

³⁵ “Também nesta perspectiva, precisamente porque só podemos falar de verificação em relação a proposições, confirma-se que o que diz respeito a cada prova é sempre a verdade ou não de uma afirmação, que constitui, portanto, o próprio objeto da prova” (UBERTIS, Giulio. **La prova penale**: profili giuridici ed epistemologici. Torino: UTET, 1999. p. 7, tradução nossa).

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 70.

³⁷ ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015. p. 105.

1.4 O ônus da prova e *standards* de prova: a presunção de inocência como fator determinante – *Quem tem o dever de provar no processo penal? Em qual patamar?*

Antes de abordarmos os dois temas que talvez sejam os mais pulsantes da teoria geral da prova – os *standards* e o ônus da prova – é preciso realizar uma análise, ainda que tímida, do conteúdo referente ao postulado fundamental do Processo Penal³⁸: a presunção de inocência, logicamente ligada ao campo probatório. Nesse aspecto, não nos adianta estabelecer um patamar probatório necessário para a condenação criminal de alguém – *standards* de prova –, tampouco quem deve alcançá-lo – ônus da prova – se não entendermos os reflexos do princípio nesses temas.

Assim, uma espiada ainda que rápida na doutrina processual penal constitucional já revela a magnitude do princípio³⁹ da presunção de inocência, tido por Luigi Ferrajoli, por exemplo, como o princípio fundamental de civilidade que representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes⁴⁰. Em suma, a escolha constitucional⁴¹, legal⁴² e convencional⁴³ do Brasil pela presunção de inocência é “fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que aos custos da impunidade de algum culpado”⁴⁴.

³⁸ CARRARA, Francesco. **Opuscoli de diritto criminale – Vol V**. Prato: Generic, 1889. p. 17.

³⁹ Mauricio Zanoide em extenso estudo sobre o tema define a presunção de inocência como princípio: “direcionando todo antes expendido para a presunção de inocência, para se identificar se a norma na qual está prevista constitucionalmente é uma regra ou princípio, podem se escolher três critérios de exame: a estrutura normativa, a forma de aplicação e o tipo de conteúdo normativo axiológico. Por qualquer desses aspectos sempre se chega a conclusão de que a norma constitucional na qual se insere a presunção de inocência apresenta-se como ‘norma princípio’” (MORAES, Mauricio 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. 273).

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 505.

⁴¹ “Art. 5º. [...] LVII – ninguém será considerado culpado **até o trânsito em julgado** de sentença penal condenatória” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*, grifos nossos).

⁴² “Art. 8. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas” (*Id.* Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

⁴³ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (*Id.* Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 506.

Dada sua importância, não raro o princípio da presunção de inocência é objeto de ataques ideológicos ou tentativas de diminuir seu âmbito, sendo sempre lembradas as disposições do Código Rocco Italiano⁴⁵, ideologicamente base do atual Código de Processo Penal brasileiro (CPP). Por aqui, recentemente e em razão de pressões midiáticas em famosos processos criminais, a jurisprudência constitucional foi chamada a se pronunciar, oscilou, mas terminou por consolidar entendimento⁴⁶ em considerar criminalmente culpado apenas aquele cuja sentença condenatória transitar em julgado, nos exatos termos da Carta Magna.

Para o presente estudo, porém, interessa aquilo que a doutrina nacional nomeia de “conteúdo tridimensional”⁴⁷ da presunção de inocência, ou seja, para que se concretize há de se respeitar três dimensões diversas: a dimensão do tratamento conferido ao indiciado ou réu (regra de tratamento); a dimensão de garantia (regra do Estado) e a dimensão probatória (regra de juízo).

Assim é que, como primeira dimensão do princípio, encontramos a chamada regra de tratamento, ou seja, não se pode equiparar juridicamente o ainda acusado com aquele já declarado culpado definitivamente, sendo manifestação clara dessa dimensão a proibição de prisões automáticas e obrigatórias e a excepcionalidade da prisão preventiva, ao menos no papel.

Já sob o segundo enfoque, como regra política dirigida ao Estado, devendo adotar todas as medidas que permitam assegurar o indivíduo um tratamento digno, “assegurando um espectro de proteção garantidora da liberdade em face do arbítrio público ou privado”⁴⁸.

Por fim, e é aqui que o princípio se entrelaça com nosso estudo, o princípio da presunção de inocência se confunde com o conhecido brocardo “*in dubio pro reo*”, funcionando como regra de julgamento a favor do réu a partir de dúvida do julgador, impondo assim, ao órgão acusador o ônus de provar a culpa do réu além de qualquer dúvida razoável⁴⁹.

⁴⁵ Em linhas práticas, enquanto a prisão em flagrante teve seu âmbito restrito (art. 235) passando a ser obrigatória quando do cometimento de crimes punidos com ao menos um ano de reclusão e facultativa quando a punição fosse superior a seis meses (art. 236), a prisão obrigatória (art. 253) (*mandato de cattura obbligatorio*) e a prisão facultativa (*mandato de cattura facoltativo*- aqui também entra a qualidade moral do acusado) (art 254), tiveram suas incidências consideravelmente alargadas. Houve, ainda, a abolição da antes festejada soltura pelo decurso de tempo em relação a prisão preventiva, considerada aberrante e insidiosa (AMATO, Giuliano. **Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale**. Milano: Giuffrè, 1968. p. 196). Ainda, quanto aos efeitos dos recursos, enquanto se excluía expressamente a soltura do imputado que impugnasse uma sentença condenatória a pena detentiva, era possível a prisão do absolvido, caso houvesse impugnação pelo Ministério Público

⁴⁶ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC n. 43/DF, ADC n. 44/DF e ADC n. 54/DF. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. em 7 nov. 2019, **DJe de 12 nov. 2020**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 20 abr. 2024.

⁴⁷ MELCHIOR, Antônio Pedro; CASARA, Rubens. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 513.

⁴⁸ *Ibid.* p. 514.

⁴⁹ Veremos mais adiante definições preferíveis

Bem por isso, e apesar do artigo 156 do Código de Processo Penal⁵⁰ possuir base semelhante ao artigo 373 do Código de Processo Civil (CPC)⁵¹ a inculcar uma espécie de repartição do ônus probatório, uma correta leitura constitucional do processo penal, garantidor que é da presunção de inocência, reserva ao órgão acusador, e apenas a ele, o ônus de provar o quanto narrado na exordial, dispensando o acusado de tal peso até quanto ao eventual alibi ou excludente mencionada em seu favor, possuindo apenas interesse em fazê-lo, na conhecida distinção de Badaró:

Não se pode confundir o ônus da prova com interesse em provar determinado fato. O acusado não tem o ônus de provar a existência da excludente de ilicitude, nem mesmo o ônus de gerar dúvida, mas tem interesse em provar a sua ocorrência. Sendo o ônus da prova uma regra de julgamento, que somente deve ser utilizado no momento decisório, ante a dúvida do juiz sobre fato relevante, é evidente que o acusado tem interesse em provar que a excludente efetivamente ocorreu. Demonstrou a existência da excludente, a sentença será absolutória, não sendo sequer necessário recorrer às regras sobre ônus da prova. Este interesse, contudo, não se confunde com ônus de provar. Se o acusado, embora interessado em provar plenamente a ocorrência da excludente, não consegue levar ao juiz a certeza de sua ocorrência, mesmo assim, se surgir a dúvida sobre sua ocorrência – o que significa que o acusador não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar plenamente a inexistência da excludente – a consequência será absolvição. Em tal caso, fica claro, portanto, que o acusado tinha interesse em provar, por exemplo, a legítima defesa, mas isto não significa que tivesse o ônus de demonstrar a ocorrência da excludente de ilicitude.⁵²

Se o topo do ordenamento jurídico, a Constituição Federal (CRFB), expressamente presume alguém inocente até que tal condição seja probatoriamente desconstruída por uma sentença definitiva, esse alguém – o réu – não precisa comprovar aquilo já é validado pela Lei Maior, somente o fazendo por interesse, não encargo. Por sua vez, o órgão ministerial deve comprovar aquilo, e exatamente aquilo – leia-se, todo o conjunto de afirmações – que apontou em sua exordial acusatória, sob pena da ação intentada ser julgada improcedente, sendo seu, portanto, o ônus de provar⁵³.

⁵⁰ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

⁵¹ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (*Id.* Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília/DF, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003. p. 324.

⁵³ Sobre o tema, discorre Julio Maier: “A carga de prova da inocência não corresponde ao imputado ou, de outra maneira, que a carga de demonstrar a culpabilidade do imputado corresponde ao acusador e, também, que toda a teoria da carga probatória não tem sentido no procedimento penal [...]. O acusado não tem necessidade de construir sua inocência, já construída de antemão pela presunção que o ampara, ao contrário, quem o condenar deve destruir completamente essa posição, chegando à certeza sobre a prática de um fato punível” (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**: fundamentos. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 507, tradução nossa). Ferrajoli complementa: “No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até a prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo axioma ‘*nulla*

Ademais, sobre a necessidade da “codificação” sobre o ônus da prova, interessante lição de Ferrua:

A realidade é que não há necessidade alguma de uma declaração expressa da regra julgamento a seguir em toda alternativa decisória. Como esclareceu Cordero, a regra do julgamento está implícita na própria construção do tipo penal - substancial ou processual, segundo o tema objeto da prova - que é a base da alternativa decisória, sem necessidade de maiores esclarecimentos; portanto, naquilo que resguarda ao acertamento dos crimes, a norma pertence ao direito penal substantivo. Se o código penal afirma que 'quem comete o ato x é punido com a pena y', é claro que a penalidade y pode ser aplicada desde que comprovado o fato x até a última molécula. Identificar a regra de julgamento é equivalente a identificar a proposição a ser provada. Deste ponto de vista, o código de processo penal afirma superfluamente que, para condenar deve se verificar a prova além de qualquer dúvida razoável do fato x; nada mudaria no silêncio da lei processual, e nem mesmo não existisse se o art.27 § 2º da Constituição relativo à presunção de inocência, pela simples razão que as disposições penais são construídas para a punibilidade do cometimento dos fatos e não na isenção de pena para quem não o cometeu.⁵⁴

Mas o que seria essa dúvida capaz de gerar a utilização da regra de julgamento acima referida? Ou melhor e um pouco mais adiante, qual o grau de confirmação probatória que a hipótese narrada pela Acusação tem que possuir para que o Juiz profira uma sentença condenatória? Como mensurar esses graus?

É aí que entra em cena tema até pouco tempo quase desconhecido, mas hoje pulsante na doutrina nacional e em certa medida também na jurisprudência dos Tribunais Superiores⁵⁵ dos *standards* probatórios ou modelos de constatação, cuja aproximação primeira por aqui parece ter sido feita pelo estudo de Danilo Knijnik⁵⁶, conforme já demonstramos em outra oportunidade⁵⁷.

accusatio sine probatione' (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 562).

⁵⁴ FERRUA, Paolo. Teorie della prova: dialogo com Franco Cordero. In: **Discrimen**. [S.l.], Dic. 2020. Disponível em: <https://discrimen.it/teorie-della-prova-dialogo-con-franco-cordero/>. Acesso em: 21 abr. 2024. p. 3, tradução nossa.

⁵⁵ É perceptível o aumento de decisões que evocam o tema no Superior Tribunal de Justiça (STJ), principalmente, a partir de 2023. Ainda que a maior parte delas refira-se aos *standards* probatórios para medidas cautelares invasivas, como a busca pessoal, veicular ou domiciliar (como, por exemplo, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp n. 2.412.780/PA. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19 mar. 2024, **DJe de 2 abr. 2024**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302548953&dt_publicacao=02/04/2024. Acesso em: 22 abr. 2024), uma rápida pesquisa no *site* do Tribunal já é capaz de achar decisões sobre os *standards* probatórios necessários para a pronúncia (*Id.* AgRg no AREsp n. 2.428.788/PR. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 12 dez. 2023, **DJe de 15 dez. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302842484&dt_publicacao=15/12/2023. Acesso em: 22 abr. 2024) e para a própria sentença penal (*Id.* REsp n. 2.042.215/PE. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 3 out. 2023, **DJe de 25 out. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203778645&dt_publicacao=25/10/2023. Acesso em: 22 abr. 2024).

⁵⁶ Cf. KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁵⁷ PARISE, Bruno Girade. **O poder geral de cautela no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. pp. 70 e ss.

Em breves palavras, e veremos com mais profundidade adiante, no intuito de racionalizar o livre convencimento judicial na valoração das provas produzidas, mitiga-se tal liberdade a partir de regras de lógica e certos postulados jurídicos, entre os quais os *standards* probatórios, que nada mais são que critérios pelos quais os juízos de fato são formalizados. Numa ordem sequencial desejada, após valorar racionalmente as provas obtidas em um processo penal, passa o julgador a estabelecer se essas provas alcançaram o patamar politicamente estabelecido a embasar as decisões proferidas durante o processo criminal, incluída a sentença condenatória. Sobre a importância dos *standards* probatórios, os chamando de “chave do cofre”, Beltrán:

Os *standards* de prova cumprem uma tripla função que lhes outorga o papel de chave do cofre de uma concepção racional da prova: em primeiro lugar tem função heurística, oferecendo os critérios que farão possível e guiarão a decisão judicial e sua motivação; em segundo lugar, operam como garantia das partes, permitindo elaborar estratégias probatórias e processuais e possibilitando o controle racional da decisão judicial através dos recursos e, em terceiro lugar, distribuem os riscos do erro entre as partes.⁵⁸

Em outro aspecto, é importante dizer que os *standards* de prova não são modelos prontos e síncronos em toda e qualquer sociedade, mas são uma escolha política de cada uma delas⁵⁹ e que, na linha de Abellán⁶⁰, dependem fundamentalmente do quão tolerante cada organização social será com os dois tipos de erros que podem ser cometidos nos processos: o de aceitar como provado o que é falso (erro 1) e o de aceitar como não provado o que é verdadeiro (erro 2).

Assim, e já partindo para a exposição conceitual, se uma determinada sociedade, a partir de suas escolhas políticas, considera que em um processo (seja ele penal, administrativo, cível etc.) os erros elencados são igualmente toleráveis, estaremos diante do *standard* probatório denominado probabilidade preponderante, ou seja, basta que minha hipótese seja mais provável do que não, e eu serei o vencedor do processo. Por sua vez, caso essa mesma sociedade entenda mais tolerável o erro 2 que o erro 1, o *standard* probatório seria o já conhecido “para além de toda dúvida razoável”, advindo, como se sabe, de “*beyond a reasonable doubt*”, construído pela jurisprudência norte americana, e do “*oltre ogni ragionevole*” italiano, este positivado⁶¹.

⁵⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción**: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 237, tradução nossa.

⁵⁹ *Ibid.* p. 205.

⁶⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 79.

⁶¹ “Art. 533. O juiz pronuncia a condenação se o acusado for considerado culpado do crime imputado para além de qualquer dúvida razoável. Com a sentença o juiz aplica a pena e quaisquer medidas de segurança” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em:

No processo penal brasileiro, diante da inércia legislativa e timidez jurisprudencial, é novamente a partir do princípio da presunção de inocência que pode se definir o modelo de constatação pertinente como o da prova acima de qualquer dúvida razoável, ou seja, deve ser quase certo que a versão apresentada pelo órgão acusatório tenha de fato ocorrido⁶². Note-se que não basta ao órgão acusatório apresentar versão apenas mais plausível que a do réu, mas uma quantidade tal de provas que permita ao magistrado inferir uma quase certeza, esta inatingível por essência. Essa a lição clássica.

Todavia, e de discussão intuitiva, a expressão “dúvida razoável” traz celeumas diversas, seja pela imprecisão terminológica do que seria “razoável”, seja pelo desejo de distanciamento de qualquer subjetividade judicial, ou seja, o que deve ser valorado, em um contexto de racionalidade probatória, é o grau de confirmação das provas e não do convencimento do julgador, como já exploramos ao falar da própria função das provas no contexto atual.

Nesse passo, um dos grandes críticos do modelo da “prova além da dúvida razoável” foi o filósofo da ciência Larry Laudan que traz em sua obra interessante aporte histórico sobre esse modelo de constatação para, após, construir o seu. Segundo o Autor⁶³, o “*beyond a reasonable doubt*”, ganha *status* constitucional nos Estados Unidos a partir do caso *In Re Winship*, em 1970, quando a Suprema Corte decide que a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte exigiria que se instrísse todos os jurados criminais de que a dúvida razoável era o teto mínimo para a condenação criminal.

Todavia, tal *standard* de prova já era amplamente utilizado pelos tribunais locais e federais, mas seu significado variou durante o tempo. Entre 1850 e 1950, por exemplo, a forma mais comum de explicar a razoabilidade da dúvida era a definindo como “a crença que se alcança para produzir uma certeza moral”. Todavia, tal definição acaba superada a partir de diversas críticas consistentes do próprio sistema judiciário americano, como aquela do Juiz Blackmun no caso “*Victor v. Nebraska*” julgado pela Suprema Corte:

Existe a possibilidade real de que esta terminologia conduza os membros do júri a acreditar que podem embasar suas decisões condenatórias em *standards* morais ou em emoções ao invés de *standards* de prova. O risco de que os jurados entendam que a certeza moral autorizaria condenações baseadas em parte em juízos de valor referidos a conduta do acusado é particularmente alto nos casos repugnantes ou brutais.⁶⁴

<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

⁶² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

⁶³ LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías em el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 129.

⁶⁴ LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías em el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 130, tradução nossa.

Excluída a certeza moral, os juízes e juristas daquele país ainda buscam modos diversos de explicar o que seria a prova da culpa⁶⁵ “além da dúvida razoável” aos jurados, podendo-se mencionar pelo menos quatro: segurança em crenças que consideram próprias para a decisão importantes nas vidas; tipo de dúvida que faria vacilar uma pessoa prudente em atuar ou não; convicção perdurável da culpabilidade do acusado; e dúvida para a qual se pode oferecer uma razão e probabilidade alta.

Dada a incerteza que ainda paira sobre o termo, Laudan então sugere seu próprio modelo, segundo o qual a condenação criminal só seria viável se a hipótese da culpabilidade puder explicar a maior parte dos fatos mais importantes do caso e a hipótese de inocência não puder dar conta de nenhuma prova importante que seja inexplicável de acordo com a hipótese de culpabilidade⁶⁶.

Em linha parecida, tem-se Beltrán⁶⁷, para quem 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 seus resultados confirmados; devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*.

No entanto, se o desejo epistemológico comum é escapar da incerteza terminológica da dúvida razoável e do próprio subjetivismo decisório do julgador, os *standards* probatórios trazidos por Badaró na primeira edição do seu livro “Epistemologia Judiciária e Prova Penal” – e depois atualizado na segunda –, parece o que melhor atende tal necessidade. Segundo o Autor, para definir o “seu” *standard* de prova aplicável ao processo penal, duas premissas são importantes: há somente uma hipótese a ser verificada no processo penal, que é a hipótese acusatória e esta deve ser provada em relação a cada um dos segmentos fáticos que a compõem” ou, de maneira mais clara, deve haver um conjunto de provas que sejam concordantes com a

⁶⁵ LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías em el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 131.

⁶⁶ Vale dizer que Laudan também considera como interessante uma proposta feita por Ronald Allen e Michael Pardo (“*Juridical Proof and the Best Explanation*”) que dizer ser necessária, mas não suficiente, condição para uma condenação que a narrativa da acusação forneça relato altamente plausível da culpa do réu, enquanto uma condição suficiente para uma absolvição seria quando a defesa oferecesse uma narrativa minimante plausível sobre a ocorrência de uma evidência que seria compatível com a inocência do réu. (*Id.* Is it finally time to put ‘proof beyond a reasonable doubt’ out to pasture? **Public Law Research Paper (University of Texas Law)**, n. 194, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815321. Acesso em: 26 abr. 2024. pp. 7-8).

⁶⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 147.

hipótese acusatória e que não haja prova alguma dos fatos afirmados pela Defesa, ainda que em intensidade menor⁶⁸. Desse modo, somente terá lugar uma condenação criminal se:

a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação.⁶⁹

A escolha da expressão “elevadíssima probabilidade” ao invés de “dúvida razoável” retira o subjetivismo do Juiz e parece apontar o que efetivamente importa em termos epistemológicos, ou seja, o grau de suporte que a prova dá às hipóteses fáticas, grau esse que, para o Autor, possui quatro níveis, quais sejam, inexistente”, “fraco”, “suficiente” e “forte”, medidos através da qualidade, quantidade, diversidade e completude das provas e fundamento e grau de probabilidade das Regras de inferência⁷⁰. Em resumo, o próprio Badaró:

De modo mais analítico: o que é necessário para considerar que “há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação”? [...] Já no caso de haver justificação suficiente, a solução não é tão simples. A hipótese acusatória que conta com provas que a justifiquem, de modo *suficiente*, é mais provável do que improvável. Mas, ainda haverá possibilidade de seu incremento, até o nível de obter uma justificação *forte*. A justificação suficiente da hipótese acusatória já permite considerar satisfeito um *standard* de prova intermediário, o juízo de fato em decisões relevantes no curso da persecução penal como, por exemplo, autorizar o início do processo ou mesmo a decretar de medidas cautelares diversas da prisão. Mas não é suficiente para a condenação penal. Por outro lado, também é preciso verificar, diante da hipótese defensiva concretamente formulada, como se comporta o “item b” do *standard* de prova proposto [...] Para verificar se a hipótese defensiva tem uma justificação que a torne “possível”, não basta que ela tenha sido somente invocada abstratamente, inexistindo qualquer nível de justificação epistêmica (justificação inexistente). É necessário que tenha atingido algum grau de confirmação concreta, nos elementos de provas obtidos ao longo da instrução, que se liguem à hipótese por uma regra de inferência aceitável. Bastará que a hipótese defensiva alternativa tenha um nível fraco de justificação, para que não seja autorizado condenar o acusado.⁷¹

A importância de tal construção, para além de uma abstração à primeira vista, ganha contornos práticos e bem avaliados nesse trabalho. Afinal, caso a Defesa for efetivamente capaz de produzir/requerer provas a favor do réu, as hipóteses defensivas alcançariam, ao menos em tese, um nível fraco de justificação, levando a um maior número de absolvições e, claro, um nível epistêmico maior das decisões judiciais.

⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 258.

⁶⁹ *Ibid.* p. 259.

⁷⁰ *Id.* **Epistemologia Judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 274.

⁷¹ *Ibid.* p. 275, grifos do original.

1.5 O direito à prova no processo penal

Na sequência do trilhar de uma teoria geral da prova, chega-se ao tema principal do presente estudo: o direito à prova das partes, analisado agora a partir da perspectiva de sua constitucionalidade/legalidade e sua titularidade e natureza jurídica. Ao conteúdo em si, os chamados momentos processuais probatórios, dedicaremos Capítulo posterior.

1.5.1 Breve aporte legislativo

Uma vez mais, o Brasil, apesar de apresentar um Código de Processo Penal que mais se assemelha a uma “colcha de retalhos” – na já célebre expressão de Aury Lopes Júnior⁷² – de tantas reformas pontuais e assistêmicas realizadas desde 1941, por vezes deixa de codificar aquilo que realmente importa e que concretizaria “um dos mais significativos elementos de transformação de um regime autoritário para um democrático”⁷³, ou um “sinal eloquente”⁷⁴ de um processo de partes: o direito à prova.

Bastaria, nesse ponto, seguir o exemplo italiano. Por lá, na “mais significativa consagração do direito à prova nos ordenamentos jurídicos continentais”⁷⁵, o artigo 190 *comma 1* do *Codice de Procedura Penale* de 1988 prevê que “as provas serão admitidas a pedido das partes”⁷⁶, destronando de vez o antigo artigo 299 do Código Rocco que dava ao Juiz instrutor a incumbência de realizar todos os atos necessários ao – expressão comum à época- acerto da verdade⁷⁷.

Diga-se, porém, que já antes de 1988 o direito à prova já era previsto no sistema jurídico italiano a partir das disposições previstas na Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁷⁸ – em

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. Bom pra quem? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 118, Jul. 2008. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/224-188-Julho-2008. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*.

⁷³ SIRACUSANO, Delfino. Le prove. In: SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo (Colabs.). **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 371-406. p. 395, tradução nossa.

⁷⁴ Alfredo Bargi, por seu turno, diz que “observa-se, agora, que a particular posição atribuída às partes em relação à iniciativa probatória assinala o abandono do rito inquisitório. Nesse sentido, o art. 190 *comma 1* oferece um sinal eloquente da construção de um processo de partes, um princípio da prova como direito das partes” (BARGI, Alfredo. **Procedimento probatório e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990. p. 246).

⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 65.

⁷⁶ ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa.

⁷⁷ PANAGIA, Salvatore. Il Diritto alla prova della difesa fra norme penali e codice de rito. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano, vol. 34, n. 4, pp. 1.249-1.257. p. 1.249, tradução nossa.

⁷⁸ “Art 6.3. O acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: [...] d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação” (CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Roma, 4

vigor, na Itália, a partir de 26 de outubro de 1955 – e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷⁹ – em vigor, na Itália, desde 15 de dezembro de 1978 –, ambas com idêntico conteúdo que, na denominada reforma do “*giusto processo*” em 1999⁸⁰, aportou também na Constituição Italiana e seu artigo 111, *comma* (parágrafo) 3, trazendo a faculdade da pessoa acusada “de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e o interrogatório de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir qualquer outro meio de prova a seu favor”⁸¹. Na Itália, então, o direito a prova é incontestavelmente um direito legal, convencional e constitucional.

Ainda na linha de uma breve abordagem do direito comparado, temos o conhecido “*right to evidence*” ínsito à “competição” natural do sistema acusatório anglo- americano e o julgamento realizado pelo júri a partir do confronto entre as partes e um Juiz quase inerte. Renato Stanzola⁸² leciona sobre o tema, ao comentar as diferenças entre os sistemas probatórios da *civil law* e *commom law*:

Mais do que situar uma possível caracterização do sistema probatório do *commom law* no júri, a diferença deita raízes mais fortes, trazendo consequências ao desenvolvimento do sistema. Isso porque, mais do que a problemática da pesquisa e a apresentação dos fatos a juiz leigo, no sistema da *commom law* grassou a cultura adversarial do processo, com a ideia disseminada de combate entre os envolvidos. Assim, com as disponibilidades de cada um, e observadas determinadas regras formais, foi possível pesquisar e apresentar as suas argumentações ao juiz, que funciona mais como um árbitro de uma competição.

Dessa forma, se o confronto entre as partes e um Juiz expectador é o modelo historicamente desejado de processo penal na *commom law*, parece evidente, na linha de Gomes Filho, que sejam reconhecidos poderes à Acusação e a Defesa para que participem ativamente

nov. 1950. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*).

⁷⁹ “Art. 14.3. [...] e - Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **DOU**, Brasília/DF, 7 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*).

⁸⁰ Discussão de profunda intensidade foi travada na Itália em relação ao *giusto processo* de âmbito constitucional a partir de 1999. Lá, após decisões desestruturarem as bases do Código de Processo Penal de 1988, a reação legislativa foi promover o justo processo já com diversas garantias processuais delineadas; cf. FERRUJA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do *giusto processo* na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, pp. 661-668, Maio./Ago. 2017. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/61>. Acesso em: 26 abr. 2024.

⁸¹ ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Traduzida (Port.). Roma: Senado da República Italiana: Biblioteca Italia, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024. p. 53.

⁸² VIEIRA, Renato Stanzola. **Controle na obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no Processo Penal brasileiro**. 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24032021-161430/pt-br.php>. Acesso em: 26 abr. 2024. p. 48.

e introduzam o material probatório no processo, em uma decorrência lógica do devido processo legal de assento constitucional⁸³. O direito à prova anglo saxão engloba, então, o direito a ser ouvido em juízo, de apresentar provas e interrogar testemunhas trazidas pelo adversário.

Retornando ao sistema brasileiro – e em semelhança a outros países da *civil law* como a Espanha⁸⁴ – apesar de não codificado de maneira expressa, predomina o entendimento do status constitucional do direito à prova, podendo ser extraído de outras garantias. Para alguns doutrinadores, como Tucci, o direito à prova seria um corolário lógico da ampla defesa⁸⁵, enquanto para outros, como Badaró, seria um desdobramento do contraditório⁸⁶. Por sua vez, em julgamento não tão distante, o Supremo Tribunal Federal (STF)⁸⁷ firmou posição, para nós com razão, do direito à prova como decorrência do devido processo legal. Já em uma visão ampliativa, Gomes Filho entende que “o atual texto, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e ampla defesa, também assegura o devido processo legal e a presunção de inocência, dos quais também se extrai o direito de defender-se provando”⁸⁸.

E é dentro dessa visão ampliada que o Autor identifica o direito à prova também nos textos constitucionais ao longo da história do nosso País, mas sempre extraído de outras garantias:

Também merece especial registro o fato de que as nossas Constituições, a partir da República, sempre incluíram, entre os direitos individuais, cláusulas consagradoras do direito de defesa do juízo criminal, cuja leitura não pode excluir o direito à prova. Assim, na Constituição de 1891, o art. 72§ 16 “aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com os recursos e meios essenciais a ela.” em 1934, o art. 113, n. 25: “ a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”; mesmo na Carta do Estado Novo, de 1937, o art. 122, n. 11, incluía disposição segundo a qual “...a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”; no texto de 1946, o art 141, § 25: “é assegurada aos acusados pela defesa [...] a instrução criminal será

⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 65.

⁸⁴ Neste ponto, a doutrina entende que o direito à prova pode ser extraído do art. 24.2 da Constituição que diz “todos tem direito a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa” (PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: Jose Maria Bosche Ed., 1996. pp. 18-19, tradução nossa).

⁸⁵ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 176.

⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. 2ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 41

⁸⁷ “A garantia constitucional do *due processo of law* abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: a) direito ao processo; b) direito ao conhecimento prévio do teor da acusação; c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; d) direito ao contraditório e plenitude de defesa; e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; f) direito à igualdade entre as partes; g) proibição de provas ilícitas; h) direito ao benefício da gratuidade; i) direito ao juiz natural; j) direito de não se autoincriminar; l) presunção de inocência; m) direito à prova” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 96.905. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 25 ago. 2009, **DJe de 22 ago. 2011**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628202>. Acesso em: 26 abr. 2024. p. 2).

⁸⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.* p. 67.

contraditória”; e as mesmas garantias eram contempladas pelo art 150§§ 15 e 16 da Carta de 1967 e, ainda, no art 153 §§ 15 e 16 da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.⁸⁹

Todavia, e seja qual for o entendimento acerca da posição no ordenamento jurídico das Convenções internacionais⁹⁰, é a partir delas que efetivamente podemos observar o direito à prova pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro de maneira individualizada, dada as disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.3, como já observado pela Itália) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (em seu art. 8.2.f⁹¹), ambos vigentes no Brasil a partir de 1992.

Já no plano ordinário, o Código de Processo Penal, como já dito, não replicou o necessário artigo 190 do *Codice de Procedura Penale*, mas há disposições que deixam a mostra uma “possibilidade probatória das partes”, especialmente os artigos 41 e 396, que possibilitam a indicação de testemunhas na denúncia ou resposta à acusação, o artigo 402 que permite o requerimento de diligências e o artigo 231⁹² que permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo.

Seja como for, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe o direito à prova das partes principalmente a partir das regras convencionais acima citadas, mas deveria também fazê-lo de forma expressa em sua Constituição Federal e em seu Código de Processo Penal, evitando interpretações distorcidas de um elemento estruturante do sistema acusatório.

⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 80.

⁹⁰ Seja através da permissão dada pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, da envergadura constitucional dos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, formando o chamado “bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117), seja pela decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP, que reconheceu *status* supralegal daqueles sem a formalidade das emendas constitucionais (cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 466.343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 3 dez. 2008, **DJe de 4 jun. 2009**. Repercussão Geral – Tema n. 60. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 27 abr. 2024).

⁹¹ “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

⁹² Respectivamente: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”; “Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”; “Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”; “Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (*Id.* Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

1.5.2 Natureza e titularidade do direito à prova: o direito a se defender e de acusar provando e os poderes instrutórios do juiz

Reconhecido o direito à prova também em nosso ordenamento jurídico, é preciso destrinchá-lo para definirmos seus aspectos cruciais, como a natureza jurídica e a quem pertence a titularidade de tal direito em um sistema processual penal acusatório.

No que tange à natureza jurídica do direito à prova, a doutrina estabelece um aspecto negativo e outro positivo. O primeiro guarda estreita relação com o já enfrentado tema do ônus da prova, ou seja, àquele a quem incumbe o encargo de provar, o quanto de prova é necessário para sua hipótese fática ser considerada provada e as consequências de não cumprir com o seu ônus probatório. Como já dito, em um processo penal que se queira acusatório e regado pela constitucional presunção de inocência, como o brasileiro, o ônus da prova pertence inteiramente à Acusação, tendo a Defesa apenas interesse para, como também já visto, alcançar algum patamar comprobatório – ainda que fraco – de sua hipótese.

Por outro lado, em sua dimensão positiva, o direito à prova pode ser tratado como verdadeiro direito subjetivo das partes à introdução, no processo, do material probatório que dispõe e de participar de todas as fases do procedimento probatório como forma de embasar a hipótese fática posta por cada uma delas. É daí que se configura, em relação à Defesa, a célebre expressão de Vassalli: “o direito a se defender provando”⁹³.

Tal expressão, hoje talvez tida como óbvia, foi cunhada em 1968 pelo Autor⁹⁴, época processual da vigência do denominado “garantismo inquisitório” na Itália, após a reforma parcial do Código Rocco ocorrida em 1955 e capitaneada por Giovane Leone, em interessante questão histórica atrelada. Isso porque, após a queda do fascismo, duas correntes ganham força no processo penal italiano: em oposição à opinião firmada pela Comissão criada em 1945 pelo então Ministro da Justiça Umberto Tupini, em defesa ao retorno ao Código de 1913 (i), forte corrente doutrinária capitaneada por Giovane Leone se insurge – e obtém êxito –, pela manutenção do código Rocco “apenas” reformado de seu cunho autoritário (ii).

Leone, ao apresentar seu Projeto no *Congresso Nazionale Giuridico* de 1947 em Florença, e reproduzido na Revista *Archivio penale* do mesmo ano, sob o título “*Sulla riforma del codice de Procedura penale*”, faz questão de defender o caráter técnico e desprovido de inspirações autoritárias do Código Rocco, propondo uma reforma cujas linhas centrais seriam

⁹³ VASSALLI, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale. **Rivista Italiana di diritto e procedura penale**, Milano, 1968. p. 9, tradução nossa.

⁹⁴ Ministro da Justiça em 1988, quando da promulgação do atual *Codice de Procedura Penale*.

a disciplina da participação do imputado e de outras partes, esfera de participação dos defensores e estrutura dos principais institutos processuais, sem menção expressa ao direito à prova.

Ou seja, na época do consagrado texto de Vassalli, o direito à prova ainda não era expresso no *Codice de Procedura Penale* e nem na Constituição Italiana de 1948 e a maioria da doutrina italiana parecia focada mais na discussão sobre outros temas probatórios⁹⁵ do que propriamente o direito a prova e seu conteúdo. Vassalli, então, cunha a famosa expressão a partir do direito de defesa constitucionalmente previsto já à época:

A mudança ocorrida com a Constituição não é menos digna de consideração no que diz respeito aos direitos do imputado e de outras partes privadas. Quando o artigo 24 estabelece que a defesa é um direito inviolável em todos as fases e níveis do processo, não estabelece apenas o direito das partes de ter um defensor ou de poder fazer valer suas próprias razões perante um juiz. As implicações do art 24 são bem maiores: e há muito contribuimos para delinear alguns deles, relevantes não só para a chamada defesa técnica ou formal, mas também para defesa material, encontrando apoio de modificações legislativas e decisões da Corte Constitucional. Entre as implicações nós vemos aquela do direito a se defender provando, ou seja, o direito de não ver minimizada a possibilidade de defesa por meio de restrição arbitrária dos meios de prova ofertados ao juiz ou do objeto de prova ofertado. No limite, uma defesa sem possibilidade de produzir provas contrárias, não é uma defesa.⁹⁶

Desse modo, não parece exagero demarcar o texto de Vassalli como marco teórico a influenciar a passagem de um direito de defesa “estático” para um direito de defesa “dinâmico”, participativo ativamente do embate probatório ínsito ao sistema acusatório. Eis a dimensão positiva, e mais importante, do direito à prova.

Aliás, pela lógica sistêmica acusatória, o direito à prova também é dado ao acusador, fazendo com que Salvatore Panagia, por exemplo, diga que no processo penal “se defende provando e se acusa provando”⁹⁷, havendo então um direito-dever da Acusação no campo probatório, possuindo o direito a introduzir no processo as provas que possui aptas a embasar sua hipótese acusatória, mas o dever de comprová-la além de qualquer dúvida razoável, ou, para nosso trabalho com elevadíssima probabilidade.

Se o direito à prova da Acusação e Defesa parece incontestado, a polêmica surge quando em voga a possibilidade dos poderes instrutórios do magistrado em um sistema acusatório e separação de funções base desse sistema. Para alguns doutrinadores – na linha de Coutinho⁹⁸,

⁹⁵ Como fizemos referência na introdução do estudo.

⁹⁶ VASSALLI, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale. **Rivista Italiana di diritto e procedura penale**, Milano, 1968. p. 15, tradução nossa.

⁹⁷ PANAGIA, Salvatore. Il Diritto alla prova della difesa fra norme penali e codice de rito. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano, vol. 34, n. 4, pp. 1.249-1.257. p. 1.250, tradução nossa.

⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. pp. 126-127.

por exemplo – em uma posição que aqui chamaremos de “totalmente restritiva”, se a gestão da prova sair das partes para o “árbitro” – como é o caso dos artigos 156, 212 e 209⁹⁹ do Código de Processo Penal – o que se tem é apenas um simulacro de sistema acusatório, havendo a inversão de papéis e a conseqüente queda da imparcialidade do julgador, na famosa expressão de Franco Cordero sobre o “primado das hipóteses sobre os fatos”¹⁰⁰, pois “quem procura sabe ao certo o que quer encontrar”¹⁰¹.

Por outro lado, corrente expressiva argumenta pela compatibilidade da atuação judicial probatória com o sistema acusatório, desde que subsidiária das partes. Na Itália, tal entendimento aparece com constância, com severas críticas a um Juiz inerte que apenas decida quem venceu a “batalha judicial” das partes, como prenunciava o mesmo Cordero em texto marcante de 1964:

Não é recomendada uma excessiva lealdade ao paradigma anglo-saxão: em particular, não se pretende que o juiz seja um mudo espectador do experimento probatório. No decurso do exame cruzado, ele intervém sempre que vê a necessidade e, exaurida a inquirição pelas partes, dirige as perguntas que reputa oportunas. O tema da inquirição inclui qualquer circunstância idônea a mensurar a veracidade do inquirido (a regra é enunciada letra por letra já no código atual); mas, para evitar espetáculos indecorosos, impõe-se uma vigilância assídua. O problema não é tanto de normas quanto de costume. Portanto, espera-se do juiz um uso austero dos poderes que lhe competem: aterrorizar a testemunha com a divulgação gratuita de episódios da vida privada é um expediente que prejudica a busca da verdade e desacredita o *dibattimento*. O processo acusatório, como qualquer instituição social baseada na independência e na liberdade da pessoa, postula operadores de boa têmpera.¹⁰²

Por aqui, tal corrente, por nós denominada “parcialmente restritiva” ganha adeptos vários, como Ada Pellegrini Grinover¹⁰³ e Marcos Alexandre Coelho Zilli¹⁰⁴, em estudo

⁹⁹ Respectivamente: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”; “Art. 212. 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. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”; “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. §1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/de13689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁰⁰ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 5, tradução nossa.

¹⁰¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 136.

¹⁰² CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – vol. 4**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, pp. 17-47. p. 39.

¹⁰³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, [S.l.], n. 21, 2002.

¹⁰⁴ Cf. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

específico sobre o tema. Badaró, também adepto, aceita, mas delimita o poder instrutório judicial como subsidiário das partes, somente para a fase processual e de uma fonte de prova já constante nos autos; diz o Autor:

Quando já há acusação formulada pela parte e o juiz se limitar a determinar produção de um meio de prova correspondente a uma fonte de prova já existente ou noticiada nos autos, que não foi obtida por sua própria investigação, ele não se transforma em inquisidor. Não se comprometerá com a hipótese a ser verificada pela produção de um meio de prova, além disso, o resultado dessa determinação de produção de um meio de prova, ou de modo mais técnico, o resultado do experimento probatório poderá der em sentido negativo ou positivo, quanto a ocorrência do fato.¹⁰⁵

Nesse passo, embora já estejam em nosso ordenamento há algum tempo, os artigos 156, 209 e 212 do Código de Processo Penal que elencam uma atuação probatória judicial ativa, foram novamente referendados pelo Supremo Tribunal Federal em recente julgamento relacionado à constitucionalidade de parte da Reforma Legislativa conhecida como “Pacote Anticrime”, com entrada em vigor em 2019 e que, no artigo 3- A assim noticiava: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do Juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”¹⁰⁶.

Instados a se manifestar, os Ministros e Ministras do Supremo Tribunal Federal decidiram que o artigo “deve ser interpretado de modo a vedar a substituição da atuação de qualquer das partes pelo juiz, sem impedir que o magistrado, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determine a realização de diligências voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante”¹⁰⁷, em claro abraçar da posição intermediária acima posta.

Para nós, porém, o estudo histórico do próprio fundamento de existência do processo penal hoje acusatório e garantista, nos leva a cancelar uma terceira posição, que podemos chamar de “totalmente restritiva para a acusação e parcialmente restritiva para a defesa”, aceitando a possibilidade do poder instrutório do Juiz de forma supletiva, somente na fase processual e a partir de elementos já colhidos (assim como a corrente parcialmente restritiva), mas apenas em direção defensiva.

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 31.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*.

¹⁰⁷ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6.298/DF. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 24 ago. 2023, **DJe** de **19** **Dez.** **2023**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 28 abr. 2024.

Nesse sentido, como já tivemos oportunidade de dizer¹⁰⁸ após incursão na história do Processo Penal, o fundamento de existir do processo penal acusatório e garantista hoje bem delineado é, antes de tudo, limitar o poder punitivo estatal em proteção ao réu¹⁰⁹. Isso tem uma razão histórica, vez que ao sistema acusatório coube a missão de redemocratização processual após períodos absolutistas e tiranos, em que o processo penal servia como instrumento de expansão e de garantia do poder através de notórias perseguições a adversários ou pessoas de outras crenças e raças, tudo sob a tutela legal.

Desse modo, todas as garantias alinhavadas constitucional e convencionalmente, inclusive o próprio quadro desenhado pelo sistema acusatório, têm o exato propósito limitador do poder, obrigando o Estado, caso queira acusar alguém criminalmente, a fazê-lo por meio do órgão instituído constitucionalmente para tanto – o Ministério Público –, que deverá percorrer um longo, imperfeito¹¹⁰, mas democrático caminho: o processo penal. E, nesse trilhar, o Poder Judiciário, deve figurar equidistante das partes em matéria probatória, somente podendo caminhar em direção contrária caso favoreça aquele protegido constitucionalmente, o réu, em pensamento similar a possibilidade de provas ilícitas pro reo, como falaremos mais adiante. Mas, isso é importante, a atuação judicial probatória será, sempre, de maneira complementar à defesa. Como ensina Geraldo Prado:

Entre os poderes do juiz, segundo o processo acusatório, não se deve encontrar aquele que pertine à iniciativa probatória, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção de inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação dos poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva, provas de inocência, conforme tese apresentada pela defesa.¹¹¹

Essa seria, a nosso ver, a posição compatível com um desejado sistema acusatório.

¹⁰⁸ PARISE, Bruno Girade. **O poder geral de cautela no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. pp. 37 e ss.

¹⁰⁹ Ferrajoli já mencionava que o modelo garantista é, antes de tudo, “um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38).

¹¹⁰ Tanto que Glauco Giostra o assemelha a uma ponte tibetana: “Disso nasce a exigência de estabelecer um itinerário cognitivo, que hoje denominamos ‘processo’, ao final do qual um sujeito ‘alheio’ chega a uma conclusão que a comunidade está disposta a aceitar como verdadeira, porque com o método considerável mais confiável para pronunciar uma decisão justa. O processo é como uma ponte tibetana que consente passar da *res iudicanda* (isto é, o fato a julgar), à *res iudicata* (isto é, a decisão sobre a existência do fato e sobre sua relevância penal). A imagem, porém, não deve enganar, transmitindo a ideia de uma estrutura elementar, de uma rudimentar linearidade do percurso cognitivo” (GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal**. Trad. Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 27).

¹¹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158.

1.5.3 Conteúdo do direito a prova

Concluído que o direito à prova, previsto no ordenamento jurídico brasileiro, é um direito subjetivo a introdução de provas pelas partes através da participação destas durante todo o procedimento respectivo, deve-se agora entender e delinear o próprio procedimento probatório, entendido como o conteúdo do direito à prova.

Nesse caminhar, o direito à prova, enquanto gênero, tem o direito à investigação, o direito à proposição, o direito à admissão, o direito à produção e o direito à valoração como espécies a serem estudadas dentro do denominado procedimento probatório, cada em seu adequado momento, com suas regras próprias.

É o que veremos com maior profundidade no Capítulo 3.

CAPÍTULO 2 – AS PROVAS EM ESPÉCIE NO PROCESSO PENAL

Traçada uma teoria geral sobre a prova, imperativo estabelecer quais meios de prova são passíveis de produção no sistema jurídico brasileiro. Nesse passo, se não serão ignoradas, também não serão esgotadas as discussões a respeito de cada modalidade probatória, pois impossível dentro desse espaço. Pensemos, por exemplo, nas discussões infundáveis sobre o valor probatório do reconhecimento realizado pelas testemunhas, certamente cabível em tese própria.

Assim, uma abordagem com um viés mais “codicista” se justifica nesse Capítulo, listando as provas típicas em nosso ordenamento e suas principais características, com o cuidado de pontuar – e não aprofundar- as discussões mais atuais a respeito de cada modalidade probatória. Todavia, o foco apenas legal seria atualmente equivocado, uma vez que, e cada vez mais, está presente aquilo que Enio Amodio menciona de “regras probatórias jurisprudenciais”¹¹², guiando-nos para análise de alguns paradigmáticos julgamentos recentes.

O que se pretende no Capítulo, então, é responder quais provas podem ser produzidas ou requeridas pelas partes e, em especial, pela Defesa. Aliás, podemos denominar a escolha metodológica aqui empregada de “ampliativa”, ou seja, embora algumas provas típicas sejam de rara produção ou requerimento pela Defesa (pense, por exemplo, na interceptação telefônica ou em uma busca e apreensão), não nos cabe ignorá-las *a priori*, seja porque as estratégias defensivas podem variar consideravelmente de processo a processo, seja pela própria possibilidade de produção de prova ilícita *pro reo*, já discutida em Capítulo anterior.

Ainda, conforme definição já vista, o Código de Processo Penal trata, no Capítulo “Da Prova”, tanto de meios de prova quanto de meios de obtenção de prova, pelo que aqui serão inicialmente denominados genericamente de provas, sem descuidar de apontar a distinção individualmente.

Vejamos, então, as provas passíveis de produção.

¹¹² “Mesmo para além do nível legislativo, a necessidade de predeterminar regras de admissão ou padrões de valoração relativos a certas provas é tão forte que levou diversas vezes a jurisprudência a tratar desse tema. É uma reflexão que continua a manifestar-se na experiência judicial atual como já ocorreu no passado, a ponto de sugerir um paralelo com o fenômeno da legalidade probatória” (AMODIO, Enio. La legalita probatória: dal pensiero di Cordero all’approdo nel rito accusatorio. In: CATALANO, Elena Maria; FERRUA, Paolo (Orgs.). **Corderiana**. Sulle orme di un maestro del rito penale. Torino: Giappichelli, 2023, pp. 3-18. p. 13, tradução nossa).

2.1 Provas atípicas, irrituais e anômalas

A primeira questão a ser enfrentada é a possibilidade de produção de meios de provas não previstos em lei, bem por isso denominadas atípicos. Com o silêncio do Código de Processo Penal a esse respeito¹¹³, e a par da legalidade que deve permear todo processo penal¹¹⁴, doutrina e jurisprudência¹¹⁵ nacional e estrangeira¹¹⁶ parecem caminhar sem percalços pela não taxatividade da matéria, no mais das vezes – por aqui – utilizando-se de analogia ao agora artigo 369 do Código de Processo Civil¹¹⁷ e, em argumentos mais convincentes, na incompatibilidade entre um Código de 1940 e os modernos avanços tecnológicos e a própria indevida limitação do direito à prova¹¹⁸.

Nessa linha, importante salientar que a atipicidade da prova não é aferida somente pela ausência de previsão legal do instrumento (meio de prova) pelo qual o elemento de prova será introduzido no processo, mas também, e em acúmulo, pela ausência do procedimento probatório específico para a sua produção¹¹⁹, tornando difícil a menção a exemplos práticos¹²⁰.

¹¹³ O Código de Processo Penal italiano, ao contrário, é expresso em admitir as provas atípicas, em seu artigo 189, desde que seja idônea a assegurar o acerto dos fatos e não prejudicar a liberdade moral da pessoa. Ainda, é o artigo 188 que avança mais na questão da liberdade moral, ao dizer que “não podem ser utilizadas, nem com o consentimento da pessoa interessada, métodos ou técnicas capazes de influir na liberdade de autodeterminação ou alterar a capacidade de recordar e avaliar os fatos” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.L.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

¹¹⁴ Falamos sobre o tema em: PARISE, Bruno. **O poder geral de cautela no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

¹¹⁵ Conforme recente precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições. A análise sobre a validade da prova atípica perpassa, pois, pelo campo epistemológico” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 740.431/DF. Rel. Min Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 13 set. 2022, **DJe de 19 set. 2022**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201336299&dt_publicacao=19/09/2022. Acesso em: 2 maio. 2024. p. 2).

¹¹⁶ Entre tantos, Cordero: “Já antes da reforma era hipótese insustentável que fossem admitidas somente as provas codificadas: na tradição legislativa italiana compõem um número aberto e seria péssima ideia fechá-lo. A enumeração legal não é taxativa, sendo admissível todo sinal útil ao juízo histórico” (CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 615, tradução nossa).

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas Atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declaração escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 341-352. p. 344.

¹¹⁸ Ubertis lembra a regra fundamental que todas as provas relevantes devem ser consideradas admissíveis, salvo as que normas particulares prevejam a exclusão, sob pena de, citando Taruffo, a excessiva dificuldade na produção de uma prova importar em violação ao preceito constitucional do artigo 24, ou seja, o próprio direito a prova. (UBERTIS, Giulio. **La prova penale: profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1999. p. 73).

¹¹⁹ AMODIO, Enio. Prove legali, legalità probatoria e política processuale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, [S.L.], p. 373-376, 1974. p. 374, tradução nossa.

¹²⁰ Badaró e Gomes Filho exemplificam alguns casos que não se encaixam no conceito de atípico: “em suma, tanto em relação às perícias em espécie, quanto em relação ao reconhecimento de pessoas, há previsão do meio de prova, embora não haja uma disciplina específica do procedimento probatório a ser seguido, adaptando-se o procedimento de provas semelhantes. Já quanto a reconstituição do crime, há apenas a nomeação de tal meio de

Todavia, apesar da dificuldade prática, importante trazer a diferença entre a prova atípica e a prova irritual, ou seja, prevista em lei, mas produzida sem observância do seu procedimento probatório, também típico. Nesses casos, tal prova não será admitida caso o desrespeito tenha sido em requisito essencial para o meio de prova¹²¹. Cite-se como exemplo, a partir de jurisprudência recente – e mais abaixo tratado em tópico próprio – o reconhecimento de pessoas realizado sem a observância do procedimento próprio previsto no artigo 226 do CPP.

Outra importante diferenciação é entre a prova atípica e a prova anômala- também não válida-, isto é, uma prova típica utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios. Exemplo mais comum é oitiva, pelo órgão da Acusação, de testemunha em seu próprio gabinete e, ao mesmo tempo, a pretensão de introdução desta oitiva no processo como se documento fosse¹²².

2.2 Provas típicas

Vejam, agora, as provas previstas na nossa legislação.

2.2.1 Exame de corpo de delito e das perícias em geral

Matéria prevista a partir do artigo 158 do Código de Processo Penal¹²³, a prova pericial possui uma característica que parece fundamental e a torna peculiar: ao contrário das demais provas e, em especial, da prova testemunhal – em que a pessoa descreve aquilo que viu –, o

prova, sem qualquer indicação do procedimento probatório” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], vol. 15, n. 65, pp. 175-208, Mar./Abr. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86288>. Acesso em: 2 maio. 2024. p. 183).

¹²¹ Ubertis explica bem a diferença tratada: “o direito a prova e invocado para resolver o problema concernente a admissibilidade ou não das provas consideradas atípicas ou inominadas, isso é, dos instrumentos de convencimento judicial não inclusos no catálogo codicista, tendo presente, de qualquer forma, que se trata de questão bem diversa daquela concernente a uma aquisição contrária ao modelo legal” (UBERTIS, Giulio. **La prova penale: profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1999. p. 73, tradução nossa).

Amodio diz que: “[...] entre os imperativos da legalidade assume relevo primário a tutela da forma dos atos probatórios. É um tema também trazido a luz por Franco Cordero ao mencionar que a primeira garantia de aceitação de uma prova é aquela deriva da tipicidade do ato cujo nasce” (AMODIO, Enio. *La legalita probatoria: dal pensiero di Cordero all’approdo nel rito accusatorio*. In: CATALANO, Elena Maria; FERRUA, Paolo (Orgs.). **Corderiana**. Sulle orme di un maestro del rito penale. Torino: Giappichelli, 2023, pp. 3-18. p. 10, tradução nossa).

¹²² BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declaração escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 341-352. p. 347.

¹²³ Sobre a prova pericial, imprescindível leitura de: SAAD NETTO, Claudio *et al.* **O direito à prova pericial no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

perito é nomeado pela Autoridade Policial ou Juiz para que emita um juízo de valor, como explica Cordero:

O trabalho realizado pelo perito assume três figuras possíveis: ele percebe um fato, com técnicas operacionais que o leigo não possui, e o expõe; ou, a partir do material que lhe é submetido tira conclusões indutivas (caso típico de laudos periciais destinados a estabelecer o que causou o evento letal), ou, sem qualquer evidência empírica, desenvolve um modelo hipotético administrando máximas de experiência ao juiz¹²⁴.

Justamente por tal distinção, a prova pericial possui relevo ímpar, existindo uma série de regramentos destinados aos peritos, inclusive lhes aplicando as mesmas causas de suspeição dada aos Juízes (art. 280 do CPP), reforçando a ideia da força probatória da perícia. Ainda, a prioridade de nomeação é dada aos peritos oficiais, portadores de diploma de curso superior e, somente em sua falta, podem as perícias serem realizadas por duas pessoas, também portadoras de diploma portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame (arts. 159 e 159, § 1º, do CPP).

Sem dúvida, a perícia mais importante e conhecida é o exame de corpo de delito¹²⁵, descrito por Rogério Tucci como o “meio de prova, prova pericial, destinada à apuração dos elementos físicos, materiais, da prática criminosa, mediante a sua constatação direta e documentação imediata”¹²⁶. Nessa seara, é possível extrair do próprio Código de Processo Penal a distinção entre o exame de corpo delito direto do indireto, sendo que aquele tem por objeto o próprio corpo de delito (o cadáver, no caso do homicídio, por exemplo)¹²⁷ e esse o realizado com base em testemunhos e outros elementos.

Em relação específica ao procedimento probatório, o Código de Processo Penal, para além de traçar diretrizes para o exame de corpo de delito (arts 158 a 161, 167, 170 e 176 a 184 do CPP), tem regras gerais que serão aplicadas para perícias específicas que possuem apenas

¹²⁴ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986. p. 348, tradução nossa.

Neste ponto, Paolo Tonini bem explica o quanto dissemos: “para evidenciar a natureza peculiar desse meio de prova, ainda que de maneira excessivamente simplificada, pode-se afirmar que a testemunha expõe um fato, enquanto o perito, em regra valora esse fato” (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 184).

¹²⁵ Há também a autópsia (art. 162 do CPP), a exumação (art. 163 do CPP), o exame do local do crime (art. 164 a 169 do CPP), o exame de delito e lesões corporais (art. 168 do CPP), exames laboratoriais (art. 170 do CPP), exames nos crimes cometidos com destruição/rompimento de obstáculo ou escalada (art. 171 do CPP), laudo de avaliação (art. 172 do CPP), exame do local de incêndio (art. 173 do CPP), exame grafotécnico (art. 174 do CPP) e exame dos instrumentos do crime (art. 175 do CPP).

¹²⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 199.

¹²⁷ *Ibid.* p. 204.

regras genéricas, como a autópsia (arts. 162 a 166 do CPP), a perícia no crime de incêndio (art.173 do CPP), entre outras.

Todavia, ponto central da análise das perícias para o presente estudo está em delimitar o valor probatório das perícias e o papel da Defesa quando confrontada com tal meio de prova, haja vista que os peritos, como já dito, são técnicos nomeados pela Autoridade Policial e Juízes, sem influência das partes (art. 276 do CPP).

Assim, em que pese a conhecida disposição legal que não vincula o Juiz ao laudo pericial e suas conclusões, entra em cena o paradoxo trazido por Tuzet: “a ciência que confessa sua própria falibilidade requer a intervenção do juiz, mas o juiz não está em condições de decidir com conhecimento de causa se não consegue compreender o que a ciência oferece...parecendo absurdo pedir ao juiz que funcione como perito dos peritos”¹²⁸. Ou seja, por mais que não haja vinculação aos laudos produzidos, os Juízes, em sua maioria, não possuem conhecimento técnico a trazer a segurança necessária em contrariar uma perícia realizada por *experts* muitas vezes de confiança pessoal do próprio magistrado. Interessante apontamento entre ciência e decisão judicial traz Taruffo:

Não há, portanto, incompatibilidade entre o conhecimento científico e a decisão judicial, uma vez que, de fato, o primeiro se torna cada vez mais necessário ao segundo. No entanto, estas são áreas entre as quais podem existir dificuldades consideráveis de comunicação devido a diferenças de linguagem, paradigmas de validade, padrões de fiabilidade, finalidades e utilizações de conhecimento. A reflexão sobre essas questões só pode, portanto, continuar, não só por parte dos juristas preocupados com a fundamentação científica das decisões judiciais, mas também por parte dos cientistas que desejam colocar os seus conhecimentos a disposição do público.¹²⁹

Por isso, e como forma de fomentar a liberdade judicial anunciada no Código, ganha ainda mais importância a possibilidade do réu se defender em contraditório também na prova pericial. Na linha de Antonio Scarance Fernandes¹³⁰, a Defesa na prova pericial pode: (i) requerer sua produção; (ii) apresentar quesitos; (iii) acompanhar a colheita de elementos, se possível; (vi) manifestar-se sobre a prova produzida; e (v) indicar assistente técnico e obter uma decisão judicial.

¹²⁸ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 194.

¹²⁹ TARUFFO, Michelle. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali. **Decisione Giudiziaria e verità scientifica**, Milano, pp. 3-23, 2005. p. 8, tradução nossa.

¹³⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 80.

2.2.1.1 Cadeia de custódia da prova

Trazida ao plano legislativo pela Lei n. 13.964/2019, a cadeia de custódia tem vez, no Código de Processo Penal, nos artigos 158-A a 158-F e, embora pareça à primeira vista atrelada à prova pericial, deve ser aplicada a toda e qualquer fonte de prova, inclusive a pessoa testemunha, como veremos mais à frente. Na lição de Badaró:

Trata-se de um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte de prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de quais pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantia de sua identidade, integridade e autenticidade.¹³¹

Entre nós, aquele que sem dúvida trouxe maior destaque a questão da cadeia de custódia foi Prado, importando também os princípios a ela aplicáveis, da mesmidade e desconfiança¹³², ou seja, a cadeia de custódia preservada traz a garantia de que a prova valorada em juízo é a mesma colhida ou resultado direto da fonte de prova colhida no local dos fatos. E, garantida a “mesmidade”, não há como se desconfiar da alteração da fonte de prova.

Para garantir a mesmidade e confiança da prova, o artigo 158-B do CPP disciplina detalhadamente as etapas da cadeia de custódia, fazendo-o em dez diferentes fases, descrevendo, de modo didático, no que consiste cada uma das etapas de rastreamento do vestígio, que são: (i) reconhecimento; (ii) isolamento; (iii) fixação; (iv) coleta; (v) acondicionamento; (vi) transporte; (vii) recebimento; (viii) processamento; (ix) armazenamento; e (x) descarte.

Questão mais relevante guarda consideração com as consequências jurídico processuais da quebra de cadeia de custódia. Claudio Saad Neto *et al.*¹³³ divide as antagônicas posições em: tese da inadmissibilidade da prova ilícita, tese da nulidade absoluta da prova ilegítima e tese da nulidade relativa da prova ilegítima.

Embora Prado, para nós com razão, defenda a primeira tese, ou seja: “ a contaminação gerada pela quebra de cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157 do CPP, que estabelece a inadmissibilidade da provas derivadas das ilícitas [...]”¹³⁴, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado pela última posição, ou seja, irregularidades

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2024. p. 340.

¹³² PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 94

¹³³ SAAD NETTO, Claudio *et al.* **O direito à prova pericial no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. pp. 294-299.

¹³⁴ 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. 92.

constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável¹³⁵.

2.2.2 Interrogatório e valor probatório da confissão

Em um Código oriundo de épocas autoritárias, o interrogatório ainda carregava aspecto fortemente inquisitório, sendo o primeiro ato do processo penal e disposto entre os meios de prova e ato exclusivo do juiz, sem qualquer interferência da Defesa.

Todavia, com a incursão de um modelo acusatório a partir da Constituição Federal de 1988 e as alterações promovidas pela Lei n. 10.792/2003 e seguintes, o interrogatório passa a ser somente um meio de defesa, ainda com vistas ao constitucional direito de o réu permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB) que, aliás, afasta qualquer possibilidade de utilização da chamada “confissão informal”¹³⁶ e destitui de qualquer eficácia o artigo 198 do Código de Processo Penal¹³⁷.

Trazido em um passado ainda recente (agora pela Lei n. 11.719/2008) para o último ato do processo penal a ressaltar sua natureza de meio de defesa, a pandemia do Coronavírus trouxe uma nova roupagem para o ato – e para toda a instrução criminal. Longe das hipóteses narradas no artigo 185, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, passa a ser utilizada (com suporte na Resolução n. 329/2020 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ) a videoconferência como modalidade regular do ato. Ainda na época pandêmica, Danyelle Galvão prenunciava que:

É preciso apontar que, diante da flexibilização das medidas sanitárias e o avanço da vacinação, é importante que o Conselho Nacional de Justiça volte a discutir uma possível e gradativa retomada dos atos processuais presenciais, especialmente em relação ao interrogatório judicial, justamente pela natureza jurídica do ato processual, mesmo que em um sistema híbrido e com adaptações nos espaços físicos tais como fizeram as escolas e outros órgãos públicos.¹³⁸

¹³⁵ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 653.515/RJ. Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, j. em 23 nov. 2021, **DJe de 1 fev. 2022**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100831087&dt_publicacao=01/02/2022. Acesso em: 2 maio. 2024.

¹³⁶ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 80.949/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 30 out. 2001, **DJ de 14 nov. 2001**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>. Acesso em: 7 maio. 2024.

¹³⁷ Ao afirmar que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação de convencimento do juiz” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹³⁸ GALVÃO, Danyelle. Interrogatório por videoconferência ao longo dos 80 anos de Código de Processo Penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schiatti Cruz (Orgs.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência – Vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 87-108. p. 105.

Foi assim que, em 2002, o Conselho Nacional de Justiça (nos autos do Processo n. 0002260-11.2022.00.0000), estabeleceu que as audiências telepresenciais só poderiam ser realizadas a requerimento das partes, ressalvada a hipótese do artigo 185 § 2º, incisos I a IV do Código de Processo Penal, cabendo ao Juiz decidir pela conveniência ou de ofício, nas hipóteses excepcionais destacadas nos incisos do artigo 3º da Resolução n. 354/2020 do CNJ, a saber: “I - urgência; II - substituição ou designação de magistrado com sede funcional diversa; III - mutirão ou projeto específico; IV - conciliação ou mediação; e V - indisponibilidade temporária do foro, calamidade pública ou força maior”¹³⁹.

Também a partir da tecnologia recente, outra discussão foi instaurada: a possibilidade de participação do réu foragido em interrogatório por videoconferência. Mais que uma discussão doutrinária, a jurisprudência foi chamada a se pronunciar, trazendo divididas decisões¹⁴⁰, ora privilegiando o direito à audiência do acusado, ora dizendo que tal atitude seria “premiar a condição do foragido”, em um debate ainda sem final.

Questão consequente ao interrogatório é a confissão judicial e seu valor probatório, dado que, apesar do artigo 197 do Código de Processo Penal retirar o aspecto de “rainha das provas”, a confissão parece permanecer como peça principal da hipótese acusatória, dentro de uma lógica utilitarista, ignorando questões outras que orientam falsas confissões¹⁴¹. Aqui, André Luiz Nicolit bem resume, inclusive no que diz respeito à confissão extrajudicial:

¹³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 354, de 19 novembro de 2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. **DJe**, Brasília/DF, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 5 maio. 2024. *Online*.

¹⁴⁰ O Superior Tribunal de Justiça tende a admitir (cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 811.017/RJ. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 19 jun. 2023, **DJe de 23 jun. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300950216&dt_publicacao=23/06/2023. Acesso em: 5 maio. 2024).

No Supremo Tribunal Federal, por sua vez, predomina o entendimento de que não é possível, embora as decisões se refiram a pedidos de interrogatório virtual com fornecimento de “link sigiloso” (cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 223.442 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 3 abr. 2023, **DJe de 10 abr. 2023**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766778882>. Acesso em: 5 maio. 2024; *Id.* HC n. 202.722. Rel. Min. Dias Toffoli, Decisão Monocrática, j. em 8 jun. 2021, **DJe de 10 jun. 2021**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346649805&ext=.pdf>. Acesso em: 5 maio. 2024). Há uma decisão – isolada – do Ministro Fachin que assegura o direito do acusado de participar virtualmente da audiência de instrução (cf. *Id.* HC n. 214.916 MC. Rel. Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática, j. em 2 maio. 2022, **DJe de 4 maio. 2022**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350990571&ext=.pdf>. Acesso em: 5 maio. 2024).

¹⁴¹ Moscatelli apresenta os seguintes dados: “Ainda, o *National Registry of Exonerations* americano informou que, nos últimos 25 anos, 36% das condenações que foram revertidas após análise de DNA estavam respaldadas em falsas confissões feitas por menores de 18 anos, enquanto esse número incidiu somente em 10% para os adultos. Sob o viés intelectual, as falsas confissões chegam a 69% dos casos de pessoas que possuem algum distúrbio mental ou cognitivo” (MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Porto alegre, vol. 6, n. 1, pp. 361-394, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/331>. Acesso em: 5 maio. 2024. p. 364).

A confissão extrajudicial, como não está revestida das garantias do contraditório e de ampla defesa, não tem valor de prova, valendo apenas para o recebimento da denúncia. Ao contrário, a confissão judicial, produzida sob o contraditório e a ampla defesa, revestida de publicidade, tem valor de prova, e embora não seja absoluta e não possa ser vista isoladamente, pois deve ser confrontada (art. 197, CPP) com outras provas, é elemento robusto de convicção do magistrado. Porém, há que se ter ciência de que não raro há confissões falsas buscando finalidades estranhas à revelação da verdade.¹⁴²

Na mesma linha, Livia Moscatelli demarca que as falsas confissões podem ser de três categorias: (i) as falsas confissões voluntárias, marcadas por uma pressão interna (indivíduo com necessidade inconsciente de autopunição, por exemplo); (ii) as falsas confissões involuntárias internalizadas, nas quais o indivíduo não possui a consciência de que não cometeu o delito (embreado por falsas memórias, por exemplo); e (iii) as falsas confissões involuntárias coercitivas que “em geral são consequências de procedimentos externos que se utilizam de técnicas persuasivas em interrogatório, em que a vulnerabilidade do interrogado é aproveitada”¹⁴³.

Embora a citada Autora, a partir da terceira categoria elencada, trace considerações sobre os métodos utilizados para realização dos interrogatórios, parece também possível fixar como elemento substancial de falsas confissões a ausência da capacidade probatória da Defesa, ainda mais quando em marcha acelerada um processo penal negocial.

Dessa forma, não nos parece distante um cenário em que o acusado, não sendo capaz de produzir prova alguma, confesse algo que não fez para que possa obter as benesses legais processuais (acordo de não persecução penal) e penais (atenuante da pena). Nesse olhar, o procedimento coercitivo que acarreta uma confissão falsa não é adotado pela autoridade judicial ou policial em interrogatório, mas pelo completo sistema político de uma sociedade de viés punitivo.

2.2.3 Declarações do ofendido

O Código de Processo Penal separa apenas um artigo para as declarações do ofendido (art. 201 do CPP), mas nem por isso as discussões são simplistas. Afora o fato de a vítima não prestar juramento e, por isso, não responder por crime de falso testemunho¹⁴⁴, a discussão acadêmica e jurisprudencial se dá, uma vez mais, no valor probatório de seu depoimento, em

¹⁴² NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 397.

¹⁴³ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 361-394, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/331>. Acesso em: 5 maio. 2024. p. 372.

¹⁴⁴ Embora responda, se o caso, por denúncia caluniosa.

especial em crimes ditos cometidos na clandestinidade, como os delitos sexuais e crimes de gênero, de elevada monta em nossa sociedade.

Se, em regra, é possível identificar uma certa “desconfiança jurídica” da palavra da vítima, eis que “pode ser levada pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento ou pela emoção”¹⁴⁵, nos crimes sexuais ou de gênero foi alçada a prova cabal, conforme estudos recentes que analisaram diversos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁶. Longe de paixões e ideologias pueris, a questão efetivamente demanda serenidade, eis que traz, conforme Matida¹⁴⁷ um embaraço entre compromissos epistêmicos e a presunção de inocência. Entre tantos, e tão bons estudos, destacamos um artigo da própria Professora, que parece melhor absorver os interesses em um processo dessa natureza:

A afirmação de que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais, sem que isso represente reais cuidados no contexto da produção de provas orais é, em realidade, uma afirmação vazia: por um lado, ela não se desdobra em medidas que representem empatia, proteção e respeito à vítima e, por outro, ela acaba servindo ao perverso efeito de se relativizar a garantia da presunção de inocência; tão cara às democracias. É preciso evitar essa inadequada interpretação do especial valor probatório da palavra da vítima visto como autorização à redução a pó da presunção de inocência. A defesa do direito das mulheres e das pessoas lgbt’s não deve ser maculado pelo esvaziamento da presunção de inocência, pela irracionalidade de se aceitar de forma acrítica afirmações colhidas em ambiente inadequado para a determinação correta dos fatos; pelo contrário; levar a sério a palavra da vítima e lhe reconhecer especial importância é objetivo que apenas se pode alcançar com a adoção de medidas epistemologicamente comprometidas do princípio ao fim do processo.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 321.

¹⁴⁶ Nesse estudo, a Autora identificou 114 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça a firmar o entendimento que, nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima seria suficiente a fundamentar a condenação, cf. MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (Orgs.). **Violência de gênero: temas polêmicos e atuais**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, pp. 97-110.

Em outro estudo Helena Luana de Souza e João Pedro Barione Ayrosa, analisaram os julgamentos do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2022. Para os Autores, o Superior Tribunal de Justiça menciona que a palavra da vítima tem especial valor probatório, mas deve estar em consonância com os demais elementos dos autos. Todavia, concluíram os Autores que tais demais elementos “consistem majoritariamente nos reforços à palavra da vítima e na palavra de terceiros que não presenciaram o fato. Ou seja, as “demais provas” não são diversas da palavra da vítima na medida em que correspondem à característica dessa palavra, à motivação idônea da vítima e, no que tange à palavra de terceiros, a testemunhas de ouvir dizer, cujo relato reproduz a versão contada pela vítima e é usado para corroborar essa versão; cf. SOUZA, Hellen Luana de; AYROSA, João Pedro Barione. O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.l.], vol. 9, n. 3, pp. 1.421-1.450, Set./Dez. 2023. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/852/512>. Acesso em: 5 maio. 2024.

¹⁴⁷ MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (Orgs.). **Violência de gênero: temas polêmicos e atuais**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, pp. 97-110. p. 89.

¹⁴⁸ MATIDA, Janaina Roland. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. **Trincheira Democrática**, [S.l.], vol. 2, n. 3, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/40049514/Matida_2019_O_que_deve_significar_o_especial_valor_probato%C3%B3ri_da_palavra_da_v%C3%ADtima_nos_crimes_de_g%C3%AAnero. Acesso em: 5 maio. 2024. p. 9.

Ou seja, para a Autora, mais do que apenas dizer que a palavra da vítima em determinados crimes é o que basta para condenar o acusado, alguns “cuidados epistêmicos” seriam de maior valia. Nessa linha, cita a entrevista cognitiva¹⁴⁹ conduzida por um especialista, com perguntas a ele direcionadas pelas partes e no menor intervalo de tempo possível do fato, como medida a robustecer o depoimento colhido. Ademais, já no campo da valoração, e utilizando-se a jurisprudência espanhola, a Autora menciona que a palavra da vítima deve ser corroborada por dados de caráter externo e objetivos. Veja o exemplo:

Logo, se a vítima declara ter saído do trabalho a uma determinada hora, e que depois foi abordada por um sujeito quando voltava para casa, será corroboração objetiva e externa à sua declaração a integração do ponto de trabalho (indicando a hora de saída), o vídeo de segurança da calçada do restaurante (que registra que por lá passou, atordoada), a testemunha que subiu de elevador com ela, etc. No contexto dos crimes realizados na clandestinidade, mesmo que não existam elementos probatórios que corroborem exatamente a ocorrência da conduta ilícita, é importante cercar ao máximo a narrativa apresentada de elementos confirmatórios, realizando assim, tantas inferências probatórias quanto possíveis e que denotem, a soma de uma à outra, a maior plausibilidade da hipótese de acusação diante de tantas e tantas corroborações.¹⁵⁰

De toda a forma, para além da questão do valor probatório, outras discussões que permeiam o depoimento da vítima, como o reconhecimento de pessoas e coisas, serão tratadas em tópico posterior.

2.2.4 Prova testemunhal

Ao mesmo tempo que possivelmente seja a prova mais utilizada e por não raras vezes a única – ou âncora das demais¹⁵¹ – produzida durante a instrução criminal, a prova testemunhal traz um cotejo de dúvida que os dispositivos do Código de Processo Penal são incapazes de solucionar.

¹⁴⁹ O entrevistador deve construir um ambiente receptivo e empático para que o relato se dê, relato deve ser livre e o entrevistado deve ser estimulado a descrever todos os detalhes, sem editar o relato, no seu ritmo; o entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem o direito e o dever de dizer não sei, não entendi; o entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem a responsabilidade de lhe corrigir. (MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (Orgs.). **Violência de gênero**: temas polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 97-110. p. 95).

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 105

¹⁵¹ É Marcelo Semer quem, através da lição de Johan Wagennar denomina prova ancorada outros elementos que dependem da mesma raiz, como o depoimento policial. Assim, a apreensão da droga geralmente é somada ao depoimento policial, o que faz este não estar isolado; da mesma forma, a prisão em flagrante, muitas vezes utilizada como demonstração do fato que ela mesma intenciona provar. (SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 320).

Em relação à estrutura codicista, apesar do artigo 202 do Código de Processo Penal dispor que “toda pessoa poderá ser testemunha” sendo um dever compromissado de dizer a verdade¹⁵², os artigos seguintes excepcionam a regra, eis que há pessoas que, havendo outro modo de se integrar o fato, estão legalmente dispensadas do dever de depor (art. 206 do CPP) e outras que, salvo desobrigação da parte, estão proibidas de depor (art. 207 do CPP)¹⁵³. Há ainda aquelas que, embora a *priori* se encaixem na regra geral, são ouvidas apenas como informantes, dada sua proximidade ou condição pessoal¹⁵⁴.

Em outro aspecto, uma distinta classificação doutrinária aporta nos casos concretos com importante reflexo. Segundo Badaró, quanto ao conteúdo do testemunho, a testemunha pode ser direta – falam sobre um fato que presenciaram, reproduzindo uma sensação percebidas por elas próprias- ou indireta – depõem sobre conhecimento obtido por intermédio de terceiros, as chamadas “testemunhas de ouvir dizer” – *hearsay testimony*¹⁵⁵. Sobre esta, é certo que o Código de Processo Penal brasileiro (com o apenas tímido art. 209, § 1º¹⁵⁶) não reproduziu o interessante artigo 195 do Código Processual Penal italiano que, em síntese, traz duas condições¹⁵⁷ para a admissão de tal prova: a necessidade da individualização da pessoa ou fonte da qual soube a notícia centro do seu depoimento e sua oitiva, a pedido das partes ou mesmo de ofício, sob pena de, segundo o próprio Código, inutilização do depoimento indireto.

¹⁵² Enquanto José Carlos Xavier de Aquino expõe que “autores clássicos entendem que esta, sem dúvida nenhuma, é uma arma de longo alcance do Estado, representado pelo Judiciário, para assegurar a certeza da prova testemunhal, pois enfatizam que essa providência exerce grande influência sobre a moralidade e consciência dos homens” (AQUINO, José Carlos Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2022. p. 71), Tuzet critica o próprio compromisso testemunhal de dizer a verdade: “A testemunha assume o compromisso de dizer a verdade, mesmo que de fato só pode comprometer-se a ser sincero. Dados os lados obscuros do testemunho, é razoável pedir a uma testemunha ser sincera, ou seja, informar o que acredita ter visto, sem comprometê-la necessariamente em informar a verdade. Se se compromettesse a dizer a verdade, a testemunha correria o risco de comprometer-se a algo que supera suas possibilidades cognitivas” (TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. pp. 194-201).

¹⁵³ Respectivamente: “Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”; “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁵⁴ “Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206” (*Ibid. Online*).

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 323.

¹⁵⁶ “§ 1º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem” (BRASIL. *Op. cit. Online*).

¹⁵⁷ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 117.

Quanto a extensão da primeira condição legalmente disposta, Vittorio Grevi traz o seguinte efeito:

Mais precisamente, de um lado, vem descrita, em termos gerais, a inutilidade do depoimento de quem não possa ou não queira indicar a pessoa ou a fonte de quem apreendeu a notícia. E daqui deriva o tradicional corolário representado da proibição da utilização e emprego das notícias provenientes de informações confidenciais, as quais os órgãos de polícia e os serviços de segurança não revelem o nome, sendo ainda expressamente consentido a fazê-lo perante o juiz.¹⁵⁸

O ponto crucial da crítica ao depoimento indireto, tanto aqui quanto na Itália, é a prejudicialidade ao contraditório da parte prejudicada, impedida de examinar diretamente a fonte primária da prova. Tal crítica é bem trabalhada por Tuzet ao dizer que “a diferença chave entre o testemunho direto e o indireto reside em que a segunda obsta o exercício do direito a contra-interrogar por parte do sujeito contra quem o testemunho se deu, com uma sensível contrição do contraditório”¹⁵⁹.

Por aqui, embora não haja um regramento de tal monta, a jurisprudência parece consolidada a, ao menos e exatamente pela infringência ao contraditório, impedir uma condenação baseada apenas em um testemunho de ouvi dizer, mencionado não ser:

[...] apto para comprovar a ocorrência de nenhum elemento do crime e, por conseguinte, não serve para fundamentar a condenação do réu. Sua utilidade deve se restringir a apenas indicar ao juízo testemunhas efetivas que possam vir a ser ouvidas na instrução criminal, na forma do artigo 209, parágrafo 1º, do CPP.¹⁶⁰

Dito isso e retornando as disposições legais, é sabido que no procedimento ordinário serão inquiridas até 8 (oito) testemunhas por fato apontado na denúncia e no procedimento sumário e sumaríssimo até 5 (cinco)¹⁶¹. O depoimento, em regra, será oral e realizado em audiência e ordem abecedará o sistema acusatório, ou seja, primeiros as testemunhas acusatórias e, após, as defensivas, havendo ainda pequena tensão no encaixe da figura do colaborador premiado.

¹⁵⁸ GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Orgs.). **Compendio de Procedura Penale**. 5. ed. Padova: Cedam, 2010, pp. 310-360. p. 321, tradução nossa.

¹⁵⁹ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 199.

¹⁶⁰ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp n. 1940381/AL. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 14 dez. 2021, **DJe de 16 dez. 2021**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102429156&dt_publicacao=16/12/2021. Acesso em: 7 maio. 2024.

¹⁶¹ Respectivamente: “Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa”; “Art. 532. Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

Questão ainda controvertida, é o modo de ouvi-las, ou seja, quem inquire e em qual ordem. Se é indubitável que, após a reforma de 2008, o denominado “*cross examination*” previsto no artigo 212 do Código de Processo Penal¹⁶² é a regra legal, o Superior Tribunal de Justiça alivia tal obrigação, usando a figura civilista da ausência de demonstração de prejuízo¹⁶³ como norte permissivo para a volta ao passado, permitindo que as perguntas sejam feitas diretamente pelo Juiz e as partes apenas complementando, salvo em casos excepcionais em que se entendeu como “presumido” o prejuízo¹⁶⁴.

Assim como as demais provas aqui descritas, o ponto central da prova testemunhal e discutindo diuturnamente na academia e jurisprudência é o valor probatório do testemunho realizado. Para além de simples equações matemáticas típicas da prova tarifada¹⁶⁵, e em virtude dos resultados que possam acarretar a liberdade de outrem, deve haver no Processo Penal, na linha de Tuzet, um “princípio de desconfiança” (ou “cautelas epistêmicas”) em relação as testemunhas – seja elas quem forem-, ou seja, “não acreditar naquilo que foi dito, salvo se houver razões para considerar correto”¹⁶⁶.

Tais cautelas epistêmicas envolvem, em semelhança ao dito sobre as confissões do réu e as palavras do ofendido, um olhar sobre possíveis alterações voluntárias e involuntárias nos testemunhos. As primeiras são análises sobre a sinceridade das falas, algo de difícil percepção e que “envolvem desde as características pessoais do sujeito aos processos cognitivos que em geral somos capazes de levar a cabo, por isso, importante que Juízes conheçam os mecanismos

¹⁶² “Art. 212. 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. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁶³ Ao menos, na linha também de Badaró, a parte teria o dever de demonstrar que o ato foi praticado de maneira atípica. A partir daí “a manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 584).

¹⁶⁴ Como no processo criminal em que uma juíza assumiu todo o protagonismo, não tendo o Ministério Público realizado um questionamento sequer durante todas as oitivas, cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 735.519/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 16 ago. 2022, **DJe de 22 ago. 2022**. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201065256&dt_publicacao=22/08/2022. Acesso em: 8 maio. 2024.

¹⁶⁵ “É de se observar que no sistema do livre convencimento não mais vigora o *brocardo testis uno, testis nullo*, típico do sistema da prova tarifada. Mesmo havendo uma única testemunha, desde que seu depoimento tenha aptidão para convencer o julgador, poderá ser suficiente para a formação do convencimento judicial” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* p. 330).

¹⁶⁶ TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 194.

psicológicos que movem as testemunhas”¹⁶⁷. Já nas segundas, o testemunho é sincero, mas a percepção ali dita é falsa, dado sua memória ter sido alterada¹⁶⁸ através, por exemplo, de perguntas sugestivas – contêm a resposta que espera escutar- ou capciosas – que introduzem alguma informação incorreta que o sujeito adere. E por que adere? Por medo, por stress, por influência da autoridade. Muito além de meros discursos doutrinários, essa falibilidade testemunhal é hoje demonstrada por vários estudos realizados. O próprio Tuzet cita dois:

Um dos famosos experimentos foi realizado em uma classe de crianças a quem o pesquisador perguntou se o Professor tinha barba preta ou marrom. Uma porcentagem de crianças respondeu que era marrom, outra preta. O ponto é que o Professor não tinha barba! De fato, não somos imunes nem sequer a formas de sugestão extrema, consistentes na indução de uma falsa recordação relativo a um evento que não ocorreu. Já em 1992 um avião bateu acidentalmente em um edifício de Amsterdam e a televisão emitiu imagens posteriores ao desastre (não havia imagens do impacto); 61 de 93 estudantes que participaram de um experimento responderem afirmativamente a pergunta: Você viu na televisão a filmagem do momento em que o avião bateu contra o edifício?¹⁶⁹

Posto isso, os cuidados epistemológicos no depoimento da testemunha, como dito, devem ser alçados a prioridade no tema, evitando que falsas verdades – voluntárias ou não-levem a injustas condenações.

2.2.5 Acareação

Prevista em dois curtos artigos, a acareação nada mais é do que o confronto entre duas versões já prestadas e antagônicas sobre – e isso é fundamental – fatos ou circunstâncias que sejam relevantes para o deslinde do processo. A divergência pode ter sido entre os acusados,

¹⁶⁷ O Autor dá um exemplo de fácil absorção. Explica primeiro que: “[...] um exemplo interessante é da percepção de cores, dentre as quais o verde e o azul mantem sua luminosidade por mais tempo ao cair da iluminação, enquanto o amarelo e vermelho perdem nessas circunstâncias sua própria luminosidade. Imaginemos, então, um testemunho que afirma recordar, estando o crepúsculo avançado, um automóvel amarelo deixar um lugar de um acidente, declarando ao mesmo tempo não ter percebido a cor de um automóvel verde que, se sabe, estava no local dos fatos. A testemunha está mentindo ou está enriquecendo seu depoimento com referência a uma cor que não poderia ser visto” (TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. pp. 195-196).

¹⁶⁸ Sobre a questão das falsas memoriais e estudos que a comprovam, um estudo sempre citado é o “*Creating False memories*” de Elizabeth F. Loftus. Veja uma passagem: “meus alunos e eu já conduzimos mais de 200 experimentos envolvendo mais de 20 mil indivíduos que documentam como a exposição à desinformação induz distorção de memória. Nesses estudos, as pessoas ‘lembraram’ de um notável celeiro em um cenário bucólico que não continha nenhum prédio, vidro quebrado e gravadores que não estavam nas cenas eles viram, um branco em vez de um azul veículo na cena do crime, e Minnie Mouse quando eles realmente viram Mickey Mouse. Tomados em conjunto, esses estudos mostram que a desinformação pode mudar a lembrança de um indivíduo de forma previsível e às vezes maneiras muito poderosas” (LOFTUS, Elizabeth. F. *Creating false memories*. **Scientific American**, [S.l.], vol. 277, n. 3, pp. 70-75, Oct. 1997. Disponível em ;. https://www.researchgate.net/publication/13946572_Creating_False_Memories. Acesso em: 8 maio. 2024. p. 72, tradução nossa).

¹⁶⁹ TUZET, Giovanni. *Op. cit.* p. 197.

acusados e testemunhas¹⁷⁰, entre testemunhas, entre acusado e vítima, entre testemunha e vítima e entre vítimas, podendo ser realizada tanto em âmbito investigativo, quanto pelo Juiz já durante o processo.

Segundo o Código de Processo Penal (art. 230 do CPP¹⁷¹), caso uma testemunha divirja de outra ouvida em momento anterior e não presente, o Juiz (ou Delegado de Polícia) dará conhecimento a testemunha presente dos pontos da divergência, consignando no auto o que a testemunha presente disser. Caso subsista a discordância, expede-se carta precatória para o local onde resida a testemunha ausente, com a transcrição das declarações desta e da testemunha presente, a fim de que se complete a diligência.

2.2.6 Prova documental

O Código de Processo Penal, elaborado em época bastante distante quando o assunto é avanços tecnológicos, por exemplo, ainda adota um conceito mais restritivo, ao considerar documento apenas os escritos¹⁷², novamente destoando do diploma italiano, esse de 1988, que alarga o conceito ao prever que não somente os escritos, mas serão documentos se representarem fatos, pessoas ou coisas mediante a fotografia, cinematografia, fonografia ou qualquer outro meio¹⁷³.

Aragones Alonso, trazido por Lopes Júnior traz interessante conceito ao definir a prova documental como “toda classe de objetos que tenham uma função probatória, contanto que

¹⁷⁰ Importante crítica, ao nosso ver com razão, faz Eugênio Pacelli de Oliveira: “a lei prevê a possibilidade de acareação entre os acusados e as testemunhas, quando se sabe que um (o réu) não tem qualquer compromisso com a verdade, enquanto o outro (a testemunha), sim! Em tais hipóteses, a acareação revela-se não só impertinente, mas absolutamente sem sentido. Parece-nos, então, que a acareação somente poderá ocorrer entre testemunhas, e entre testemunhas e ofendido, ou entre ofendidos, já que estes têm o dever de depor e poderão ser responsabilizados criminalmente pela falsidade nos seus depoimentos” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 381).

¹⁷¹ “Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações divirjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁷² Cf. “Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (*Ibid. Online*).

¹⁷³ Cf. “Art. 234. Prova documental. É consentida a aquisição de escritos ou de outros documentos que representem fatos, pessoas ou coisas mediante a fotografia, a cinematografia, a fonografia ou quaisquer outros meios” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

esses, por sua índole, sejam suscetíveis de ser levados ante a presença judicial; isto é, que documento é qualquer objeto móvel que dentro do processo possa ser utilizado como prova”¹⁷⁴.

Nessa linha, e diante de um novo mundo digital, parece não mais fazer sentido a opção restritiva do Código brasileiro, devendo não só os papéis escritos serem considerados documentos, mas também gráficos, pinturas, fotografias, fitas cinematográficas, gravações magnéticas, dados gravados na memória de um computador etc., levando-se em conta, ainda, o artigo 479 do Código de Processo Penal ¹⁷⁵, trazido pela Reforma de 2008, que parece alargar o conceito.

Importante distinção traz Guilherme Madeira Dezem, ao classificar os documentos quanto (i) à finalidade; (ii) à origem; (iii) à originalidade; e (iv) à identificação. Para evitarmos repetições, segue a lição do Autor:

Quanto à finalidade, dividem-se os documentos em escritos “*ad probationem*” e escritos “*ad substantiam*”. No primeiro caso o documento é feito tendo em vista a finalidade já inicial de se constituir como prova pré-constituída. Quanto ao segundo (documento *ad substantiam*), a forma escrita é decorrência de exigência legal, sendo ele de sua substância por não existir de maneira oral. Quanto à origem, os documentos podem ser públicos ou particulares. Documento público é o produzido por funcionário público, no exercício de suas funções, obedecendo as prescrições legais. Documento particular, por sua vez, é conceito obtido por exclusão: o que não for documento público será documento particular. Quanto à originalidade, os documentos podem ser originais ou cópias. Documento original é o primordialmente produzido e o copiado (denominado também cópia) é o documento reproduzido por fotocópia ou outros mecanismos. Quanto à identificação, os documentos podem ser nominativos ou anônimos. Nominativos são os documentos em que se identifica o nome daquele que o produziu. Anônimo é o documento em que não se identifica aquele que o produziu.¹⁷⁶

Por fim, segundo o artigo 231 do Código de Processo Penal, o documento pode ser apresentado em qualquer fase do processo, regra excepcionada no Tribunal do Júri pelo artigo 479, que prevê a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis do dia do julgamento¹⁷⁷. Ainda, caso o documento esteja em linha estrangeira, deverá ser traduzido.

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 696.

¹⁷⁵ “Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁷⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 809.

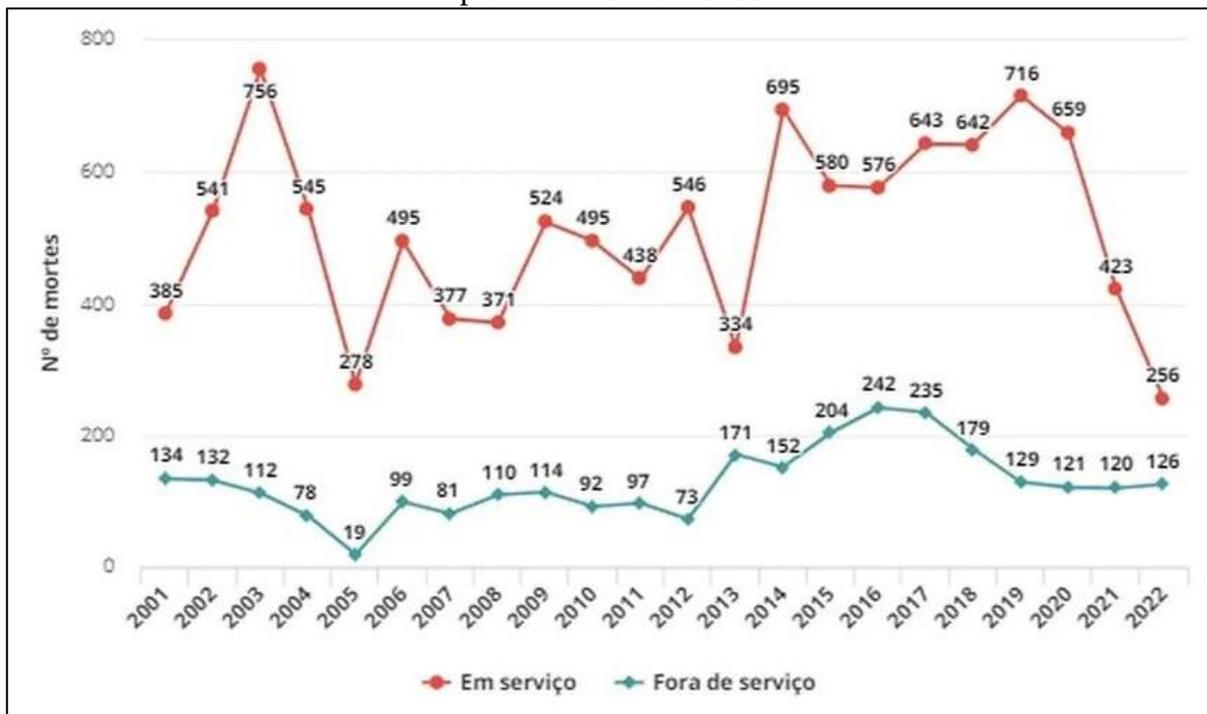
¹⁷⁷ “Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo” (BRASIL. *Op. cit. Online*).

2.2.7 Câmeras operacionais portáteis dos policiais militares paulistas

Embora a rigor possa ser classificada dentro de um conceito amplo de prova documental, como acima visto, pensamos que importante destaque deve ser dado ao uso das câmeras operacionais portáteis pela Polícia Militar (PM). Em São Paulo, por exemplo, tal política se deu a partir, e progressivamente, de 1 de agosto de 2020, durante a gestão do então Governador do Estado João Dória¹⁷⁸.

Apenas a título de registro, o Anuário Brasileiro da Segurança Pública de 2021 menciona nada menos do que 716 mortes decorrentes de intervenção policial praticadas pela Polícia Militar do Estado de São Paulo no ano de 2019, enquanto esse número desaba para 256 no ano de 2022, como ilustrado no Gráfico 1:

Gráfico 1 – Mortes decorrentes de intervenções policiais em serviço e fora (PMSP), no período de 2001 a 2022



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, a partir de dados da Coordenadoria de Análise e Planejamento da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (SSP/SP).¹⁷⁹

¹⁷⁸ Em declaração, o Governador trouxe que: “a utilização dos equipamentos tem como objetivo evitar eventuais abusos e registrar também desacatos e atos de violência cometidos contra policiais” e “a iniciativa vai, sim, reduzir muito o nível de violência de poucos policiais que cometem excessos” (ARAÚJO, Glauco; BORGES, Beatriz. Em teste desde 2016, Doria volta a anunciar mais câmeras para uniformes de policiais militares. **Portal G1 de Notícias**, São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/22/em-teste-desde-2016-doria-volta-a-anunciar-mais-cameras-para-uniformes-de-policiais-militares.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2024. *Online*).

¹⁷⁹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. Ano 15. [S.l.]: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2024. p. 20-21.

Embora pareça de conclusão evidente, o presente estudo não se dedica a importância de tal política pública, ainda hoje não bem digerida por parcela da sociedade e alguns governantes¹⁸⁰, mas analisará seu uso enquanto elemento de prova requerido pela Defesa e as consequências na decisão judicial.

Apenas em breve resumo do procedimento, adotado pelo Processo n. 5.16.00 e da Diretriz n. 3-001/02/22 da Polícia Militar, em que se identifica, basicamente, dois tipos de gravações: a gravação de rotina – grava do começo ao fim e não pode ser interrompida, ficando disponível por 90 (noventa) dias, mas sem áudio e com resolução baixa – e a gravação voluntária, que depende do acionamento do policial quando, por exemplo, é acionado via COPOM (Centro de Operações da Polícia Militar), ficando guardada por 1 (um) ano, com áudio e resolução melhores.

Para o importante, as gravações, ainda que voluntárias, não desembocam diretamente ao processo/inquérito, devendo ser requeridas pelas partes ou pelo Juiz, através de cadastro e acesso a portal específico, em que a solicitante deve preencher alguns dados (como o número do batalhão) e, normalmente, será enviada a gravação voluntária. A partir daí, a Defesa faz a análise e avaliação sobre a juntada nos autos de tal elemento de prova, o que será objeto de levantamento no Capítulo 5 do presente estudo.

2.2.8 Busca e apreensão

Embora não seja um meio de prova propriamente dito (é meio de obtenção de prova) e de difícil imaginação em uma atuação probatória ativa defensiva, a escolha metodológica ampliativa descrita em sede introdutória desse capítulo nos leva a traçar algumas linhas sobre a busca e a apreensão, que, por sinal, são intuitos diversos, segundo conhecida lição de clássica lição de Cleonice Bastos Pitombo, para quem a busca seria um meio de obtenção de prova que visa encontrar pessoas ou coisas, enquanto a apreensão é uma medida cautelar probatória destinada a garantia da prova¹⁸¹. Normalmente, então, a busca antecede a apreensão.

¹⁸⁰ Como mostra a frase do atual Governador de São Paulo, Tarcísio de Freitas, em entrevista concedida durante a sua campanha eleitoral, em 7 outubro de 2022: “A turma [os policiais] tem que perceber que o Estado está do lado dele, é por isso que eu tive uma postura muito crítica com relação às câmeras. O que representa a câmera? É uma situação de deixar o policial em desvantagem em relação ao bandido. Com certeza [vou tirar]” (BORGES, Stella. Tarcísio promete tirar câmeras de uniformes de policiais em SP. **UOL**, São Paulo, 7 out. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/10/07/tarcisio-de-freitas-entrevista-panico-jovem-pan.htm>. Acesso em 15 fev. 2024. *Online*).

¹⁸¹ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 91.

Podendo ser decretadas pelo Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, as buscas domiciliar e pessoal tem sido alvo de diversas pesquisas e guinadas jurisprudências que demandam um maior envolvimento. Nesse passo, e isso parece inconteste, a busca domiciliar¹⁸² é uma restrição ao espaço inviolável do cidadão, sua casa¹⁸³, protegida constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso XI¹⁸⁴ e cujo resultado é a abertura para apenas três exceções possíveis para ingresso em casa alheia: flagrante delito, mandado judicial e consentimento do morador.

Com mandado judicial, somente durante o dia e com “fundadas razões”, estas, que segundo Pitombo:

[...] não se confundem com meras suspeitas. Há que se ter motivos concretos, fortes indícios de existência de elementos de convicção (seja de acusação ou da defesa) que se possam achar na casa a qual se pretenda varejar. Não guarda cabimento a proteção constitucional da intimidade e da inviolabilidade do domicílio ruírem, ou cederem espaço, frente à suspeita, ainda que venha adjetivada de robusta, séria ou grave.¹⁸⁵

Em relação ao consentimento, o morador pode consentir para entrada em sua casa a qualquer hora do dia. No entanto, este consentimento deve ser expresso, inequívoco, dada por pessoa capaz, não havendo o que se falar em consentimento tácito ou presumido¹⁸⁶.

Ainda em relação as exceções constitucionais, pode-se ingressar em casa alheia nos casos de flagrante delito, bem-dispostos no artigo 302 do Código de Processo Penal. A grande e ainda atual questão é justamente no caso de delitos permanentes, cujo estado de flagrância

¹⁸² “Art. 240. [...] § 1º. Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso ;e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁸³ Aliás, Badaró menciona que “a definição de domicílio deve ser ampla, compreendendo, a teor do disposto no art. 246 do CPP, e art. 150, § 4.º, do CP: (1) qualquer compartimento habitado; (2) aposento ocupado de habitação coletiva; (3) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Igualmente serão reputados casa, para fins de busca domiciliar, o consultório médico, o escritório de advocacia, ou outro lugar não aberto ao público em que alguém exerce profissão” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 346).

¹⁸⁴ “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁸⁵ PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999. p. 115.

¹⁸⁶ “A anuência, porém, há que ser real e livre. O consentimento deve ser expresso. Inadmissível a simples autorização tácita, a menos que, de modo muito inequívoco, se possa constatá-la, seja pela prática de atos de evidente colaboração; ou de ostensiva não oposição a entrada. Ocorrendo dúvida, melhor entender que inexistiu o consentimento, pois ele não se presume” (*Ibid.* p. 118).

acompanha a permanência¹⁸⁷, e mais especificamente, o tráfico de drogas em seus verbos “ter em depósito” ou “guardar”. Em suma, o que se discute é: estaria a polícia autorizada a entrar em residência alheia no caso de tráfico de drogas, crime permanente nos verbos elencados, a qualquer hora ou momento? Por algum tempo, prosperou a tese definida em 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema n. 280 de Repercussão Geral, qual seja: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori”¹⁸⁸.

Em uma guinada jurisprudencial, embora longe de pacificação¹⁸⁹, e que, inclusive, também toca nas hipóteses de ingresso com anuência do morador e com autorização judicial, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 598.051/RO, de relatoria do Ministro Rogério Schietti e em 73 páginas bem minuciosas, decidiu que:

Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva. 2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade. As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude “suspeita”, ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente. 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja

¹⁸⁷ “Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 603.616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 5 nov. 2015, **DJe de 10 maio. 2016**. Repercussão Geral – Tema n. 280. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 11 maio. 2024. p. 2.

¹⁸⁹ Como, por exemplo, Agravo Regimental (AgR) em RE n. 1.447.374, o relator Ministro Alexandre de Moraes diz que, ao mencionar a inexistência de nenhuma diligência investigatória prévia, o Superior Tribunal de Justiça “não agiu com o costumeiro acerto quando acrescentou requisitos que não existem no dispositivo constitucional que regulamenta a violação de domicílio. O tribunal teria criado uma nova exigência, diligência investigatória prévia — para a plena efetividade dessa garantia individual, desrespeitando o decidido por essa Suprema Corte” (*Id.* RE n. 1.447.045 AgR. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 2 out. 2023, **DJe de 9 out. 2023**). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771484094>. Acesso em: 11 maio. 2024. p. 2).

ela totalmente registrada em vídeo e áudio¹⁹⁰, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestada.¹⁹¹

No tocante à busca pessoal, o dilema não é menor. Com apenas dois artigos a tratar especificamente¹⁹² da matéria, a expressão “fundada suspeita” daria a ideia de algo também excepcional, preservando o corpo de alguém e, claro, sua dignidade.

Ocorre que dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo indicam que, no primeiro trimestre de 2023, apenas na capital do Estado, 532.187 pessoas foram abordadas, revistas e identificadas por policiais civis ou militares¹⁹³. Esta mesma pasta governamental informa que menos de 11 mil pessoas (entre adultos e adolescentes) foram presas ou apreendidas no período, quer em flagrante, quer em decorrência de cumprimento de mandado. Tal dado aponta que cerca de 97% das abordagens policiais e revistas são infrutíferas.

Coube então à jurisprudência decidir o que seria a fundada suspeita e, dada a atualidade da matéria, vale nos debruçarmos um pouco mais. Ainda em 2002, foi publicado, pelo Supremo Tribunal Federal, decisão prolatada no curso do *Habeas Corpus* n. 81.305/GO, decidindo que a fundada suspeita não poderia basear-se em parâmetros unicamente subjetivos, discricionários

¹⁹⁰ Inclusive, esse próprio acórdão foi submetido a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O relator, novamente, o Ministro Alexandre de Moraes, concedeu parcial provimento ao recurso e anulou o acórdão recorrido tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação. A absolvição do paciente foi mantida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 1.342.077. Rel Min Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. j. em 2 dez. 2021, **DJe de 6 dez. 2021**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf>. Acesso em: 11 maio. 2024. pp. 34-35).

¹⁹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 598.051/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 2 mar. 2021, **DJe de 15 mar. 2021**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 8 maio. 2024. p. 2.

¹⁹² “Art. 240. [...] § 2º. Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior”; “Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

¹⁹³ A Coordenadoria de Análise e Planejamento da SSP/SP é o órgão responsável pela coleta e tratamento dos dados relativos à atividade policial no Estado de São Paulo. Dados trimestrais são divulgados em obediência ao que determina a Lei Estadual n. 9.155/1995, cf. ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatísticas Trimestrais: 1º trimestre de 2023**. São Paulo: SSP/SP, 2023. Disponível em: <https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/plantrim/2023-01.html>. Acesso em: 15 maio. 2024.

do policial, exigindo, ao revés, elementos concretos que indiquem a necessidade de revista, mormente quando notório o constrangimento dela decorrente¹⁹⁴.

No Agravo Regimental (AgR ou AgRg) em *Habeas Corpus* n. 212.682/SP, de 2022, decidiu a Corte maior decidiu que o nervosismo demonstrado pelo paciente, unido ao fato de ele estar com uma bolsa branca (dentro da qual depois se descobriu haver drogas) fez com que se considerasse válida a abordagem amparada em “fundada suspeita”¹⁹⁵. No Superior Tribunal de Justiça, em sentido semelhante, as decisões caminham para o entendimento de que a menção ao nervosismo, unido ao fato de o agente estar portando algum tipo de objeto (mochila, sacola ou bolsa) é suficiente para se dar como legítima a busca pessoal¹⁹⁶.

Por outro lado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se solidificado no sentido de que meras informações de fonte não identificada (denúncias anônimas), intuições, impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, pautada em elementos objetivos, ou classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o “*standard probatório*” de “fundada suspeita” exigido pelo artigo 244 do Código de Processo Penal¹⁹⁷, embora a pesquisa jurisprudencial revele, entretanto, ausência de uniformidade de entendimento quando a abordagem se dá nas hipóteses em que o indivíduo está na condução de veículo¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 81.305/GO. Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. em 13 nov. 2001, **DJ de 2 fev. 2002**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 16 maio. 2024.

¹⁹⁵ Cf. *Id.* HC n. 212.682 AgR. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 11 abr. 2022, **DJe de 18 abr. 2022**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760212688>. Acesso em: 22 maio. 2024.

¹⁹⁶ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 684.062/SP. Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, j. em 19 out. 2021, **DJe de 3 nov. 2021**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102439937&dt_publicacao=03/11/2021. Acesso em: 22 maio. 2024.

¹⁹⁷ Cf. *Id.* RHC n. 158.580/BA. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19 abr. 2022, **DJe de 25 abr. 2022**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022. Acesso em: 22 maio. 2024.

¹⁹⁸ Nas situações em que o agente, na condução de veículo, evita abordagem que seria de mera checagem e demonstra nervosismo, a Corte Superior já entendeu presente a “fundada suspeita” para busca veicular e pessoal. Portanto, o nervosismo ou tentativa de fuga, quando esboçados na condução de veículo, fizeram com que a busca pessoal e veicular fossem validadas pelo STJ. É o caso do AgRg no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC) n. 173.947/MT, em que o extremo nervosismo do acusado fez com que fossem realizadas buscas veicular e pessoal, com o encontro de mais de uma tonelada de droga, o que foi considerado válido. Também no AgRg no HC n. 798.124/SP, julgado em maio de 2023, o acusado reduziu a velocidade e tentou deixar a estrada, por locais em que esta não existia (ou seja, tentou evitar a abordagem), o que motivou a parada e encontro de quatro toneladas de droga. No mesmo sentido, no AgRg no HC n. 812.798/SP, uma “irregularidade no para-brisa” foi considerado motivo válido para busca pessoal e veicular, anotando-se que foram apreendidas, após busca, 416 Kg de cocaína. Por outro lado, no AgRg no HC 810.998/GO, o nervosismo isolado de condutor de veículo não foi considerado apto à constatação da fundada suspeita, ainda que encontrada uma arma de fogo proibida no veículo, ao passo que no AgRg no HC 816.857/SP, também de 2023, o nervosismo demonstrado numa blitz foi considerado válido como

Seja como for, o caminhar unânime da jurisprudência ainda parece distante, possivelmente com alterações até o publicar desse escrito, o que demonstra bem a atualidade das discussões aqui tratadas.

2.2.9 Reconhecimento de pessoas e coisas

Normalmente atrelado a temas como racismo¹⁹⁹ e falsas memórias – aqui já um pouco trabalhadas em relação as próprias palavras do ofendido, do réu e das testemunhas – o cerne da questão é exatamente como trabalhar de maneira racional a memória humana, ultrapassando a mera ciência do direito e, em especial, após o julgamento dos paradigmáticos *Habeas Corpus* n 598.886/SC e 652.285/SP²⁰⁰, ambos do Superior Tribunal de Justiça e ambos após provocação de Defensorias Públicas nacionais.

Em um dos poucos artigos sobre o tema²⁰¹, o Código de Processo Penal define o procedimento a ser observado quando do reconhecimento de pessoas e coisas, basicamente

“fundada suspeita”, em caso no qual se encontrou 97 comprimidos de ecstasy (283,3 g). Cf., respectivamente: *Id.* AgRg no RHC n. 173.947/MT. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 8 maio. 2023, **DJe de 12 maio. 2023.** Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203761336&dt_publicacao=12/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024; *Id.* AgRg no HC n. 798.124/SP. Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, j. em 8 maio. 2023, **DJe de 12 maio. 2023.** Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300163925&dt_publicacao=12/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024; *Id.* AgRg no HC n. 812.798/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 19 jun. 2023, **DJe de 23 jun. 2023.** Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301065970&dt_publicacao=23/06/2023. Acesso em: 22 maio. 2024; *Id.* AgRg no HC n. 810.998/GO. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 9 maio. 2023, **DJe de 15 maio. 2023.** Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300945411&dt_publicacao=15/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024; *Id.* AgRg no HC n. 816.857/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j; em 27 abr. 2023, **DJe de 3 maio. 2023.** Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301273420&dt_publicacao=03/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024.

¹⁹⁹ Cf. BRITO, Gustavo Ribeiro Gomes; COLAVOLPE, Luis Eduardo Lopes Serpa. A cor do suspeito. In: CRUZ, Rogério Schietti; MARTNS, Mauro Pereira; LANFREDI, Luís Geraldo Santana (Orgs.). **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas:** caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 304-318. p. 304.

²⁰⁰ Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 598.886/SC. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 27 out. 2020, **DJe de 18 dez. 2020.** Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 25 maio. 2024; *Id.* HC n. 652.285/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Decisão Monocrática. **DJe de 12 maio. 2021.** Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202100770108&dt_publicacao=12/05/2021. Acesso em: 25 maio. 2024.

²⁰¹ “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja

exigindo que: (i) o reconhecedor descreva a pessoa a ser reconhecida; (ii) haja semelhança entre a pessoa a ser reconhecida e outras que serão colocadas ao seu lado, se possível; (iii) a indicação da pessoa. A problemática era, e ainda parece ser²⁰², se tal procedimento seria de observância obrigatória ou apenas mera recomendação legal²⁰³, posição está de amplo aceite na jurisprudência nacional, muito em função da expressão “se possível” prevista no inciso II do artigo 226 do Código de Processo Penal. Por outro lado, também com aceitação ampla, o reconhecimento fotográfico era avalizado como meia de prova, embora somente se “corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa caso firmado com observância do artigo 226”²⁰⁴.

Todavia, a partir de necessários estudos no campo da conhecida “Psicologia do Testemunho”, encabeçada no Brasil, principalmente, por Lilia Stein²⁰⁵, restou evidenciado o quanto a memória humana é suscetível de erros e influências, na conhecida produção de “falsas memórias”. Por isso, e pensamos que em boa hora, houve uma guinada jurisprudencial sobre o tema, outra vez capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do *Habeas Corpus* n. 598.886/SC, entre tantos e profundos argumentos, restou decidido que:

O procedimento previsto no art. 226 constitui garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação do legislador. Em verdade, a inobservância

aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²⁰² Pesquisa desenvolvida Mauricio Dieter, Rafael De Luca e Gabriel Regesteiner revela que, mesmo após as citadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, 82% dos acórdãos do Tribunal paulista ainda seguiam a orientação antiga, em uma espécie de, segundo os Autores, “anarquismo institucional”. (DIETER, Mauricio Stegemann, DE LUCA, Rafael Dezidério; REGENSTEINER, Gabriel. Reconhecimento pessoal no Tribunal Bandeirante. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas**: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal. Coords. Rogério Schetti Cruz, Mauro Pereira Martins e Luis Geraldo Sant`Ana Lanfredi. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 13-32. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2024. pp. 17-18).

²⁰³ Citamos, como exemplo: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.585.502/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 6 fev. 2020, **DJe de 14 fev. 2020**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902806604&dt_publicacao=14/02/2020. Acesso em: 24 maio. 2024; *Id.* AgRg no HC n. 525.027/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 21 nov. 2019, **DJe de 6 dez. 2019**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902280286&dt_publicacao=06/12/2019. Acesso em: 24 maio. 2024; e *Id.* AgRg no AREsp n. 1.641.748/MG. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 18 ago. 2020, **DJe de 24 ago. 2020**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000010624&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 24 maio. 2024.

²⁰⁴ *Id.* HC n. 335.956/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 15 dez. 2015, **DJe de 2 fev. 2016**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502310299&dt_publicacao=02/02/2016. Acesso em: 24 maio. 2024. p. 1.

²⁰⁵ Cf. STEIN, Lilian. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian *et al.* (Coord.). **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações técnicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 21-40.

de tal procedimento enseja a nulidade da prova [...]. O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.²⁰⁶

A guinada jurisprudencial²⁰⁷ parece inaugurar uma nova era para esse meio de prova, não se esgotando apenas no necessário reconhecimento das formalidades previstas, trazendo a discussão a outro patamar, em busca de procedimentos a minimizar os erros e acautelar a cadeia de custódia também da prova testemunhal²⁰⁸.

De todo o modo, e poderíamos gastar linhas e linhas sobre o assunto, basta para o estudo tecer os comentários acima, lembrando que o enfoque principal na atuação ativa da Defesa no campo probatório, ou seja, resta nos saber se em algum ou alguns processos, a própria Defesa requereu a produção de tal meio de prova, e qual o resultado judicial obtido.

Por fim, lembre-se que o reconhecimento de coisas também deve seguir o procedimento para o reconhecimento pessoal no que for aplicável, ou seja, a pessoa reconhecedora deve, em primeiro lugar, descrever o objeto, que após será colocado com semelhantes para que se finalize o ato.

2.2.10 Interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica clandestina, interceptação ambiental e gravação ambiental clandestina

Assim como a busca e apreensão, a interceptação telefônica e a captação ambiental não são meios de prova, mas meio de obtenção de prova, ou seja, não são aptas, por si, a provar

²⁰⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 598.886/SC. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 27 out. 2020, **DJe de 18 dez. 2020**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 25 maio. 2024, p. 2.

²⁰⁷ “Após essas relevantes decisões, a jurisprudência geral do STJ se consolidou nesse sentido, reconhecendo-se a prova do reconhecimento pessoal como *‘um campo fértil para o erro judicial’*, que deu ensejo ao movimento de reversão de condenações lastreadas em reconhecimentos equivocados em quase 90 casos até o momento¹⁴, o que foi relativamente acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal” (DIETER, Mauricio Stegemann, DE LUCA, Rafael Dezidério; REGENSTEINER, Gabriel. Reconhecimento pessoal no Tribunal Bandeirante. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal**. Coords. Rogério Schetti Cruz, Mauro Pereira Martins e Luis Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 13-32. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2024, p. 16, grifos dos autores).

²⁰⁸ Cf. ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A Cadeia de custódia da prova penal dependente da memória: diálogos entre a psicologia do testemunho e a dogmática processual penal. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal**. Coords. Rogério Schetti Cruz, Mauro Pereira Martins e Luis Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 50-68. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2024.

nada, mas aquilo que interceptado/captado – e, depois, documentado –, sim. Trata-se de matéria de fundamental importância e de relação estreita com as liberdades individuais constitucionalmente invioláveis²⁰⁹ e que semanticamente causam alguma confusão. Por isso, inicialmente, necessário definir alguns conceitos, na esteira de Badaró:

Assim, em tese, podemos imaginar as seguintes situações: (1) comunicação telefônica, com interferência de um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, denominada interceptação telefônica; comunicação telefônica, com interferência de um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores, denominada escuta telefônica; (3) comunicação telefônica gravada por um dos interlocutores, sem a ciência da outra parte, chamada gravação telefônica clandestina; (4) conversa entre presentes, interceptada por um terceiro não participante, sem o conhecimento dos interlocutores, chamada interceptação ambiental; (5) conversa entre presentes, gravada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, chamada gravação ambiental clandestina.²¹⁰

Nos casos em que não há a intervenção de um terceiro na conversa alheia, mas apenas um dos interlocutores grava a própria conversa telefônica ou ambiental sem o conhecimento do outro interlocutor (gravação telefônica ou gravação/captação ambiental clandestina), o registro da conversação é, segundo jurisprudência de longa data, lícito e independe de prévia autorização judicial. Todavia, Ada Pellegrini Grinover, ainda antes da Constituição Federal de 1988, fazia importante ressalva:

De nossa parte, manifestamo-nos no sentido de que a gravação sub-reptícia de conversa própria pode servir como prova de defesa em processo penal, mas não como prova contra o sujeito ativo da extorsão, sendo ilícita com relação a este, por configurar infringência ao direito a intimidade, em sua modalidade direito ao segredo.²¹¹

Ou seja, para a Autora, a gravação clandestina de conversa telefônica ou captação ambiental feita por um dos interlocutores somente seria lícita se utilizada pela Defesa, algo que ganha força anos depois (em 2019), com o incremento da alteração da Lei n. 9.296/1996 que, em seu artigo 8-A § 4º, diz que “a captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação”²¹².

²⁰⁹ “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” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 352.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 406.

²¹² BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **DOU**, Brasília/DF, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 25 maio. 2024. *Online*.

Todavia, nem a mudança legal gerou a acolhida pelos Superiores Tribunais, firmes na validação da gravação clandestina também como prova acusatória²¹³, inclusive, desenvolvendo a ideia de “legítima defesa probatória” a alargar a possibilidade também para gravações realizadas por terceiros sem anuência das partes “sempre que o interesse a ser protegido tiver valor superior à privacidade e à imagem do autor de crime”²¹⁴.

Aqui um importante ressalva. Parece ser da própria Professora Ada Pellegrini a elaboração, ou ao menos a difusão, da tese de legítima defesa probatória. Em conjunto com Fernandes e Gomes Filho no conhecido livro sobre as nulidades no processo penal, sustentam que a divulgação da conversa gravada por um dos interlocutores como prova penal incriminadora seria ilícita, mas “a justa causa pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa”²¹⁵, abrindo margem para utilização excepcional pela Acusação.

A questão, aparentemente controversa, é mais bem explicada pela própria Professora Ada Pellegrini quando, em parecer datado de 2006, assim retrata:

Mas vale destacar é que a legítima defesa configura sempre um estado defensivo. Por isso é que [...] considera-se em legítima defesa em relações às gravações clandestinas, quem utiliza a gravação para demonstrar que não é participante, mas vítima, de um crime de estelionato, ou vítima de extorsão, produzindo a prova exclusivamente para a tutela dos seus direitos, e não para acusar a outrem.²¹⁶

Feito esse pequeno parêntese, e caminhando agora para a interceptação telefônica em si, ou seja, aquela realizada por terceiros sem anuência dos interlocutores e a partir de autorização judicial, é certo que a Lei n. 9.296/1996 traz três requisitos para sua decretação,

²¹³ Cf. julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 583.937 QO-RG. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 19 nov. 2009, **DJe 18 dez. 2009**. Repercussão Geral – Tema n. 237. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 25 maio. 2024; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 849.543/SC. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 12 dez. 2023, **DJe de 15 dez. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303058335&dt_publicacao=15/12/2023. Acesso em: 25 maio. 2024.

²¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 812.310/RJ. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 21 nov. 2023, **DJe de 28 nov. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em: 25 maio. 2024. p. 13.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 234.

²¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 575.

pelo prazo máximo de 15 dias, renováveis²¹⁷: (i) haver indícios razoáveis²¹⁸ da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I); (ii) a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2º, II); e (iii) o crime averiguado ser punido com reclusão, sendo inviável nas contravenções penais e nos crimes punidos com detenção.

Durante a investigação criminal, que normalmente se consubstancia no inquérito policial, a interceptação telefônica poderá ser requerida pela Autoridade Policial. Já o Ministério Público poderá requerer a diligência, seja durante a investigação, seja ao longo do processo. A Lei prevê, também, a possibilidade de a medida ser decretada, de ofício, pelo juiz. Embora não haja previsão expressa, para Badaró²¹⁹ deve-se admitir que a Defesa também possa requerer a interceptação telefônica. Os meios de prova ou, como no caso, os meios de obtenção de prova, devem ser acessíveis a ambas as partes, sob pena de violação do direito à prova e da regra de igualdade processual.

Por seu turno, como inclusive já adiantado, em 2019, foi acrescido o artigo 8º-A na Lei n. 9.296/1996, revestindo de legalidade a captação ambiental, embora com algumas críticas pela sua generalização, sem diferenciar, por exemplo, interceptação ambiental da interceptação domiciliar. A sombra disso, novamente apenas com autorização judicial pelo igual prazo da interceptação telefônica, o primeiro requisito legal a fazer valer a captação ambiental é a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes (art. 8º-A, *caput*, I), o segundo requisito é haver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

²¹⁷ “Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova” (BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **DOU**, Brasília/DF, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 25 maio. 2024. *Online*).

²¹⁸ Por “indícios razoáveis” não devem ser entendidos como meras suspeitas ou simples possibilidade de o investigado ser autor do crime. Por outro lado, não equivale à certeza. A expressão “indícios razoáveis” indica que deve haver um grau de probabilidade (predomínio de elementos convergentes sobre os elementos divergentes, relativos à autoria delitiva). (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2024. p. 528).

²¹⁹ *Ibid.* p. 531.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À PROVA DEFENSIVA E OS MOMENTOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS

Reconhecido um direito à prova das partes no âmbito normativo, Acusação e Defesa devem estar em condições de concretizá-lo durante o fenômeno probatório em sua integralidade, ou seja, o exercício de tal direito deve ser possível em toda a sequência de atos destinados a trazer ao processo as informações necessárias para o julgamento²²⁰, sequência essa denominada de procedimento probatório.

Por sua vez, o procedimento probatório é marcado por uma divisão em momentos específicos, cada qual com suas nuances e necessariamente estudados de forma individual, embora interligados e sequenciais. Se parece possível verificar, na doutrina, uma similitude de pensamento acerca das atividades probatórias em si, a denominação dos momentos processuais pode variar de forma acentuada.

A título de exemplo, na Itália, enquanto Ferrua²²¹ e Chiavario²²² entendem que o procedimento probatório se desenvolve em três momentos – (i) a admissão das provas; (ii) a produção da prova (*assunzione* ou *acquisizione*²²³); e (iii) a valoração da prova –, Cordero²²⁴ o divide em dois – (i) “admissão”, que consiste em uma pronúncia de caráter decisório-processual; e (ii) “aquisição”, que é a operação pela qual a prova é formada ou introduzida no processo e Delfino Siracusano acrescenta o momento da utilização da prova²²⁵.

Na Espanha, Beltrán²²⁶ também se refere a três momentos, mas os expõe de maneira diversa: (i) a conformação do conjunto de elementos de prova sobre cuja base será adotada a decisão; (ii) a valoração desses elementos; e (iii) a adoção de uma decisão, com base na valoração (anteriormente feita) dos elementos de prova e de acordo com um determinado *standard* de prova, para se decidir se uma hipótese pode ou não ser declarada provada.

Parece fácil reconhecer nos Autores listados a percepção da atividade probatória como de cunho essencialmente processual, se descuidando, com a devida vênia, da possibilidade de formação de elementos de prova em períodos prévios ou diverso do processo, como o próprio

²²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 89.

²²¹ FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 98.

²²² CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Milano: UTET Giuridica, 2017. pp. 439 e ss.

²²³ Há uma diferença entre as duas expressões que será abordada em tópico próprio.

²²⁴ CORDERO, Franco. **Tre studi sulle prove penali**. Milano: Giuffrè, 1963. p. 52.

²²⁵ SIRACUSANO, Delfino. Le prove. In: SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo (Colabs.). **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 371-406. p. 375.

²²⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. pp. 41-49.

inquérito policial. Por isso, o presente estudo acolhe a divisão feita, em relação aos momentos probatórios, por Gomes Filho, pela exata justificativa deste:

A doutrina processual costuma-se referir-se a procedimento probatório para indicar uma sucessão de atos em que se recolhem ao processo as informações destinadas ao julgamento sobre os fatos, mas não tem sido uniforme na identificação dos diversos momentos desse procedimento. Além disso, até por se tratar de procedimento, costuma-se referir-se exclusivamente aos aspectos endo-processuais, o que, para fins de nosso estudo, parece ser insuficiente, pois também há provas que se formam extraprocessualmente e o direito a prova também deve ser reconhecido antes ou fora dos processos, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução penal, ou possam evitá-la.²²⁷

O Autor, então, divide o procedimento probatório em cinco momentos distintos que são, em realidade, expressões do próprio conteúdo do direito a prova: investigação, proposição, admissão, produção e valoração. E são exatamente esses cinco momentos processuais que formam o centro da presente pesquisa e que serão analisados, um a um, agora de forma teórica e na segunda parte desse estudo de forma empírica.

Explanemos um a um desses momentos processuais probatórios, sem se esquivar do suporte epistemológico que vem sendo dirigido a cada um deles.

3.1 O primeiro momento processual probatório: o direito à investigação – a Defesa entre a sua própria investigação e a atuação nos demais modelos

A título de registro inicial, não se desconhece formas diversas de investigação como, por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito e nem a dispensabilidade do inquérito policial legalmente reconhecida, dando ensejo a outros possíveis modelos²²⁸. Também não se é alheio a ainda discutida possibilidade de investigação pelo Ministério Público²²⁹, pese embora já chancelada pelo Supremo Tribunal Federal²³⁰.

²²⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 90.

²²⁸ “Art. 39. § 5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias. A partir desse dispositivo, nada impede que haja uma investigação pela própria vítima, por exemplo” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²²⁹ Interessante artigo sobre os vieses cognitivos quando dessa investigação, cf. PEREIRA, Claudio José Langroiva; FURTADO, Otavio Morais Alves de Souza Oliveira. Sociedade, violência e segurança pública: investigação criminal e vieses cognitivos. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). **Sociedade, Educação e Violência**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, pp. 91-107.

²³⁰ Segundo a tese fixada no Tema n. 184 de Repercussão Geral: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei n. 8.906/94, art. 7º,

Todavia, este trabalho, por seus limites estreitos, terá por foco o modelo de investigação mais presente²³¹, o inquérito policial, traçando poucos apontamentos àquela presidida pelo Ministério Público para, em Item posterior, tratarmos do tema da investigação defensiva.

Antes disso, porém, e ao invés de replicarmos todo um conjunto arcaico de normas sobre o inquérito policial presentes no Código de Processo Penal, optamos por dar voz a uma tentativa, ainda inicial, de doutrinadores construírem um modelo investigativo efetivamente epistêmico em busca de uma construção racional também nessa etapa.

Disso decorre uma importante observação que merece desde já ser feita: ao contrário das investigações tradicionais, a Defesa tem interesse próprio quando investiga e não necessariamente coincide com a tentativa de obter – se é que é possível – a verdade dos fatos, mas apenas colher aqueles elementos que fortifiquem suas teses. Ou seja, o modelo epistêmico reproduzido nas linhas abaixo não diz respeito a investigação defensiva, mas procura estabelecer critérios mínimos de atuação para os demais investigadores.

3.1.1 A investigação idealizada: por um necessário modelo epistêmico

Em um processo penal ideal, a fase investigativa (seja ela conduzida pela Autoridade Policial ou pelo próprio Ministério Público) permeada de regras epistêmicas, possuiria não só a conhecida e desejada função de fornecer bases suficientes de autoria e materialidade a instauração de um processo criminal, mas também de evitar e filtrar acusações levianas, protegendo aquele inocente²³². O acervo produzido nesta etapa, em caso de admissibilidade da acusação, deixaria de fazer parte dos autos após o recebimento da denúncia, reverenciando a produção em contraditório judicial²³³.

notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante n. 14), praticados pelos membros dessa instituição” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 593.727/MG. Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 14 maio. 2015, **DJe de 8 set. 2015**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 28 maio. 2024. p. 2).

²³¹ Basta um olhar na pesquisa de Semer. Dos casos analisados, mais de 60% por cento são dos considerados hipossuficientes e 88,75% dos se iniciaram com a prisão em flagrante. (SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 264).

²³² SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 29-40, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 26 maio. 2024. p. 32).

²³³ Com exceção das provas consideradas irrefutáveis.

Cordero assim se pronunciava quando traçava seu modelo acusatório antes do Código italiano de 1988:

A inovação mais notável em relação à estrutura atual consiste na exclusão dos autos em que o Ministério Público documentou as operações da investigação preliminar (exceto o caso das declarações feitas por pessoas cuja presença foi absolutamente impossível de obter, além dos termos de atos realizados pelo juiz em sede de incidente instrutório e com respeito ao contraditório): o observador atento notará que o rito das “leituras” é a principal causa das disfunções do *dibattimento* atual.²³⁴

Aliás, a exclusão do quanto produzido em fase investigativa também constava da redação proposta, e aprovada pelo Parlamento e Executivo brasileiros, mas o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tal modificação dispositivo pois:

[...] contata-se a manifesta irrazoabilidade do acautelamento dos autos do Inquérito na secretaria do juízo das garantias, porquanto o fundamento da norma reside tão somente na pressuposição de que o Juiz da ação penal, ao tomar conhecimento dos autos da investigação, perderia sua imparcialidade para julgamento do mérito. Ocorre que, sem tomar conhecimento dos elementos configuradores da justa causa para a ação penal (indícios de autoria e materialidade), inviabiliza-se a prolação de decisões fundamentadas.²³⁵

Definitivamente, então, não estamos em um modelo ideal. A baixíssima densidade epistêmica linkada à fase investigativa, governada por desatualizados artigos de lei e pela crença em uma suposta credibilidade dos agentes que ainda a dirigem muito mais pela intuição²³⁶ do que por regras racionais, somada ainda à problemas estruturais óbvios²³⁷, trazem um cenário de escassa qualidade investigativa onde, por um lado, 78 % das investigações de homicídio são arquivadas sem resolução²³⁸, e, por outro, 90% das provas da Acusação por tráfico de drogas partem do testemunho das forças de segurança que realizaram a prisão em flagrante²³⁹.

Todavia, tais fatos não são capazes de diminuir o apego do julgador por aquilo nessa fase produzido, bastando mencionar pesquisa realizada por André Sampaio, Marcelo Ribeiro e

²³⁴ CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – vol. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, pp. 17-47. p. 24.

²³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6.298/DF. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 24 ago. 2023, **DJe de 19 Dez. 2023**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 28 abr. 2024. p. 8.

²³⁶ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal. **Quaestio facti – Revista Internacional sobre Razionamento Probatorio**, Madrid, año 2023, n. 5, pp. 125-155, 2023. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22846/21>. Acesso em: 30 maio. 2024. p. 129.

²³⁷ *Ibid.* p. 131.

²³⁸ *Ibid.* p. 133.

²³⁹ SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 301.

Amanda Ferreira²⁴⁰, cujo resultado espanta ao mencionar que nada menos do que em 80% dos processos analisados, os Juízes se utilizaram expressamente de algum elemento do fascículo inquisitório, mesmo que 62% fossem passíveis de repetição. Ou seja, a partir desses estudos, pode se dizer sem receio que em nosso País está a se condenar criminalmente com base em material probatório produzido em condições epistêmicas paupérrimas.

Talvez por isso, mas ainda em ritmo lento²⁴¹, estudos que desenhem uma investigação minimamente racionalizada têm ganhado notoriedade através da exploração de conceitos entrelaçados como inferências abduativas, dedutivas e indutivas, além da chamada visão de túnel. Caminhemos com calma, a partir de Tuzet:

Tracemos, antes de mais nada, a diferença entre inferências dedutivas e inferências não dedutivas. É dedutiva toda inferência cuja conclusão não pode ser falsa se as premissas são verdadeiras. É não dedutiva toda inferência cuja conclusão pode ser falsa apesar da veracidade das premissas. Em outros termos, enquanto a inferência dedutiva é certa, a indutiva é incerta [...]. Por sua vez, as inferências não dedutivas se distinguem em indutivas e abduativas. São indutivas as inferências que generalizam nossas experiências. São abduativas as inferências que formulem hipóteses explicativas.²⁴²

Em um quadro mais explicativo sobre a inferência abduativa, Moscatelli delinea o seguinte quadro:

- 1) Se observa certo fenômeno surpreendente E;
 - 2) E seria explicável se H fosse verdade;
 - 3) Em consequência, há razões para suspeitar que H é verdade
- E (Resultado)
H → E (Regla)
..... [É provável que]
H (Caso)²⁴³

Trazendo para a realidade fática, ao se deparar com um determinado fato criminoso ocorrido (o chamado acima de evento surpreendente), é lícito – e fomentado - ao investigador elaborar hipóteses explicativas (H) daquele ocorrido baseadas nos elementos colhidos e, por

²⁴⁰ SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; FERREIRA, Amanda Assis. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 175-210, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/299/205>. Acesso em: 30 maio. 2024. pp. 206-207.

²⁴¹ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal. **Quaestio facti – Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madrid, año 2023, n. 5, pp. 125-155, 2023. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22846/21>. Acesso em: 30 maio. 2024. p. 129.

²⁴² TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 124

²⁴³ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. *Op. cit.* p. 136, tradução nossa.

que não, em suas experiências anteriores e até sua imaginação²⁴⁴. Trata-se da chamada inferência abdutiva.

Todavia, e parece aí o cerne da questão, cabe ao investigador honesto²⁴⁵ testar suas hipóteses, agora por indução e dedução²⁴⁶ e, caso reste negativa, refazer seu trajeto, não se deixando levar pela denominada “visão de túnel”²⁴⁷ a ignorar qualquer outra possibilidade daquilo que ocorreu. Em mais um modelo esquematizado, novamente Moscatelli delineia a atividade ideal de um investigador:

i) Observação dos dados disponíveis; ii) Formulação de um problema; iii) criação de uma hipótese que resolva o problema iv) Busca de nova informação v) confirmação ou refutação das hipóteses com a possível resposta; vi) repetição dos passos i) a iii); vii) Busca de novas informações; viii) Confirmar ou refutar a nova hipótese ou resposta ix) Repetir os passos vi) a viii) tantas vezes quanto necessário; x) Aceitar uma das hipóteses ou respostas como a mais provável.²⁴⁸

Não é difícil prever que tal modelo epistêmico de investigação seja de difícil observação nas delegacias superlotadas de crimes toscos²⁴⁹ praticados à luz do dia, muitos dos quais a “atividade investigativa” se resume a transcrever e cancelar os flagrantes, sem sequer desenvolver hipóteses outras a eliminar aquela inicial dita pelos agentes de segurança.

²⁴⁴ “A formulação de hipóteses não está governada pelas lógicas dedutiva nem indutiva. A transição que vai dos primeiros dados observados a formulação de uma ou diversas hipóteses sobre o ocorrido se situa bem mais no âmbito da imaginação, da invenção ou criatividade. São famosos os exemplos de teorias científicas cuja primeira hipótese de deve a puras causalidades”. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007. p. 129, tradução nossa).

²⁴⁵ Expressão usada por Badaró, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 146.

²⁴⁶ “A dedução acaba sendo utilizada para detalhar as consequências necessárias das hipóteses aventadas, enquanto a indução tem por função avaliar se as provas experimentais das consequências já deduzidas corroboram ou refutam as hipóteses. Se por acaso as provas empíricas resultem na refutação da hipótese inicial formulada, será necessário que o investigador abandone essa hipótese e comece uma nova operação abdutiva” (MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal. **Quaestio facti – Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio**, Madrid, año 2023, n. 5, pp. 125-155, 2023. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22846/21>. Acesso em: 30 maio. 2024. p. 138, tradução nossa).

²⁴⁷ “A visão de túnel é uma tendência humana natural que tem efeitos particularmente perniciosos no sistema de justiça criminal. A visão de túnel, neste contexto, é geralmente entendida como sum “compêndio de heurísticas comuns e falácias lógicas”, ao qual todos somos suscetíveis, que levar os atores do sistema de justiça criminal a ‘concentrar-se em um suspeito, selecionar e filtrar as evidências que irá ‘construir um caso’ para condenação, enquanto ignora ou suprime evidências que apontam para longe culpa [...]. Este processo leva investigadores, promotores, juízes e defesa advogados se concentrem em uma conclusão específica e depois filtrem todas as evidências em um caso através do lente fornecida por essa conclusão. Através desse filtro, todas as informações que respaldam a adoção da conclusão possuem elevada em significância, vista como consistente com outras evidências. Evidências inconsistentes com a teoria escolhida são facilmente ignoradas ou entendidas como irrelevantes ou não confiáveis. Entendida corretamente, a visão de túnel é mais um produto da condição humana, bem como de pressões institucionais e culturais, do que maldade ou indiferença” (FINDLEY, Keith A. Tunnel Vision. In: CUTLER, Bryan (Org.). **Conviction of the innocent: Lessons from psychological research**. [S.l.]: American Psychological Association, 2012, pp. 1-31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1604658>. Acesso em: 8 mar. 2024. p. 3, tradução nossa).

²⁴⁸ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. *Op. cit.* p. 138, tradução nossa.

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro – Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 47.

No intuito de reverter esse quadro, entra em cena o papel da Defesa, ancorada no hoje insuficiente direito de defesa no inquérito policial e na ainda imatura investigação defensiva.

3.1.2 A Defesa na investigação dos demais atores: “a defesa posicionada”.

Nesse passo, apesar do conhecido artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal²⁵⁰ não deixar dúvidas da necessária atuação defensiva na etapa investiga os tímidos artigos 9º e 14 do Código de Processo Penal²⁵¹ e da Resolução n. 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dão o tom da subsidiariedade da Defesa nos respectivos procedimentos investigativos, muito calcada em uma “crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, meramente informativa, que ostentava unicamente atos de investigação”²⁵².

Tal crença ainda subsiste em dias atuais²⁵³, reverberando na não obrigatoriedade da presença de defesa técnica nesta etapa, ainda que seja nela que se produzam elementos que – apesar de indevidamente como demonstrado – acabem por levar a condenação criminal. Nesse sentido, basta mencionar que o próprio Convênio entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a subseção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP)²⁵⁴ não prevê atuação dos advogados dativos em inquéritos policiais, deixando o ainda investigado à mercê dos agentes policiais ou ministeriais, como pontua Marta Saad:

Todavia, o que se constata é que não se concede assistência por meio de advogado dativo ao indiciado, quando muito isso se faz na hipótese de este ter sido preso em

²⁵⁰ “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²⁵¹ Respectivamente: Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”; “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²⁵² SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 29-40, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 26 maio. 2024. p. 32.

²⁵³ Basta ver um dos inúmeros julgados a dizer: “não é assegurado ao investigado o exercício do contraditório no âmbito de inquérito policial ou de procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 380.698/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 5 out. 2017, **DJe de 27 out. 2017**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603146587&dt_publicacao=27/10/2017. Acesso em: 26 maio. 2024. p. 1).

²⁵⁴ Cf. os editais: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Convênio OAB**. [S.l.]: DPE/SP, 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/institucional/defensoria-publica-geral/assessorias/assessoria-de-convenios/convenio-oab>. Acesso em: 8 mar. 2024

flagrante delito, a fim de pleitear o relaxamento da prisão ou a liberdade provisória, com ou sem fiança. Resta então ao acusado, de modo informal ou sob ângulo substancial, aguardar, sem que nenhuma prova seja produzida em seu favor, a a conclusão do inquérito policial, procedimento este que pode se estender por anos, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para, apenas se denunciado, poder enfim contar com a assistência profissional de advogado, já na segunda fase do procedimento da persecução penal.²⁵⁵

De todo o modo, embora a centralidade do direito à defesa na fase investigativa seja, por óbvio, a própria existência e obrigatoriedade dela, alguns avanços ocorreram nos últimos anos, como o direito à consulta dos autos previsto no Estatuto da OAB e a garantia de acesso aos elementos já produzidos, conforme chancelado pela Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal. Ainda, em um dispositivo de difícil explicação, o artigo 14-A do Código de Processo Penal e seus parágrafos anunciam, agora sem dúvidas, a obrigatoriedade da presença de defensores quando o investigado seja servidor vinculado as forças de segurança.

Em síntese, ao menos ao réu defendido pela Defensoria Pública que não seja agente de segurança, falar em direito à prova na investigação policial ou ministerial é, por assim dizer, mirar no vazio, restando a possibilidade de requerer diligências que ainda passarão pelo crivo das autoridades que presidam as investigações. Nesse esteio, torna-se fundamental a possibilidade de investigação pela própria Defesa.

3.1.3 A Defesa e sua própria investigação: a “defesa em movimento”

Embora não regulamentada no Código de Processo Penal, a exemplo da Itália, a investigação defensiva é corolário lógico do direito à prova, podendo também ser extraída das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e do artigo 8.2.c da Convenção Americana de Direitos Humanos quando menciona a obrigação estatal de “concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para preparação de sua defesa”²⁵⁶, o que inclui, sem dúvida, o direito de investigar fontes de provas.

Ainda que não seja restrita a etapa anterior a denúncia²⁵⁷, não parece contestável dizer que a investigação realizada pela Defesa tem importância ímpar nessa fase, no intuito de recolher elementos a, entre outras possibilidades, contradizer a hipótese acusatória em uma

²⁵⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 199.

²⁵⁶ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*.

²⁵⁷ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 15, n. 64, pp. 253-273, Jan./Fev. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86304>. Acesso em: 5 jun. 2024. p. 269.

verdadeira passagem de uma “defesa posicionada” para uma “defesa em movimento”²⁵⁸, na feliz expressão de Silvia Sandano.

Contudo, a falta de uma regulamentação legal sobre a matéria²⁵⁹ parece encolher tal direito, ainda que haja provimento específico sobre o tema na Ordem dos Advogados do Brasil²⁶⁰, e, mais recentemente, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro tenha criado o Núcleo de Investigação Defensiva²⁶¹. Todavia, perguntas como a obrigatoriedade de a testemunha comparecer ao depoimento solicitado pelos defensores/as e a possibilidade de acesso à documentos públicos ou locais privados não estão suficientemente exploradas e, se não impossibilitam, acabam por trazer certa insegurança à atividade.

Desse modo, e ao contrário do texto presente no Projeto de Reforma do nosso Código de Processo Penal²⁶², parece-nos que a melhor forma de regulamentação da atividade é aquela

²⁵⁸ SANDANO, Silvia. La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, [S.l.], n. 1-2, 2002. p. 468, tradução nossa.

²⁵⁹ Vale dizer que, nos Estados Unidos da América do Norte, “a despeito da ausência de diploma legal rígido sobre o assunto, segundo Malan, as Normas para a administração da Justiça Criminal da ordem dos advogados americanos estabelecem, em seu conjunto, padrões mínimos de qualidade a se esperar da atuação do defensor. Quanto ao tema da investigação, As normas para Justiça Criminal: função persecutória e defensiva, com última edição de 1993, estabelecem ‘verdadeiro código de postura profissional’. Dentre os regramentos, estabelece a norma ‘4-4.1 Dever de investigar’. Para se desincumbir desta obrigação, ao advogado americano é garantido amplo acesso à investigação policial. Em contrapartida, o advogado deverá explorar todas as circunstâncias do caso, mesmo que o cliente seja confesso. Além de influir no resultado do julgamento, a colheita de elementos informativos pela defesa determina a construção de um feixe probatório apto mitigar a pena do cliente já condenado. Por esse motivo, a Suprema Corte americana decidiu que a investigação defensiva inexistente ou deficitária compromete aqueles parâmetros mínimos de efetividade e diligência esperados pelo advogado” (VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e Investigação defensiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], vol. 22, n. 107, pp. 309-336, Mar./Abr. 2014. p. 311).

²⁶⁰ Cf. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Provimento n. 188, de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. **DEOAB**, Brasília/DF, 31 dez. 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 5 jun. 2024.

²⁶¹ Cf. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensor Público-Geral. Resolução n. 1.179 de 29 de setembro de 2022. Instituir no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro o Núcleo de Investigação Defensiva (NIDEF) e os órgãos de apoio para este fim. **DOE**, Rio de Janeiro, 30 set. 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/20545-RESOLUCAO-DPGERJ-N-1179-DE-29-DE-SETEMBRO-DE-2022>. Acesso em: 5 jun. 2024.

²⁶² “Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas envolvidas. §2º. A vítima não poderá ser interpelada para fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. §3º. Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º. Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º. As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.045, de 2010**. Código de Processo Penal. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010. Acesso em: 5 jun. 2024. pp. 2-3).

legalmente exaustiva, como levada ao cabo na Itália²⁶³. Por lá, e a partir da Lei n. 397 de 2000 que trouxe o artigo 327-*bis*²⁶⁴, ficou assegurado ao defensor do acusado realizar sua investigação em qualquer fase do procedimento, podendo ser valer de investigadores privados e consultores técnicos, inclusive às custas do Estado quando economicamente hipossuficientes.

Entre tantos dispositivos – nove –, podemos dizer que nos arts. 391-*bis* a 391-*decies* do Código de Processo Penal são previstas as ações cabíveis na investigação defensiva italiana, que são: (i) conversa informal com testemunhas; (ii) pedido de declaração escrita a testemunha; (iii) obtenção de declarações de testemunhas registradas documentalmente²⁶⁵; (iv) requisição de documentos à Administração Pública²⁶⁶; (v) acesso a locais públicos ou abertos ao público²⁶⁷, para verificação do estado do lugar ou de coisas; e (vi) acesso a lugares privados ou não abertos ao público²⁶⁸, desde que haja concordância de que tem disponibilidade do lugar ou autorização judicial.

²⁶³ Vale pontuar extensa pesquisa feita por Franklin Roger Alves da Silva nos países da América Latina. O Autor percorre os ordenamentos jurídicos da Colômbia, Argentina, Peru, Guatemala, Costa Rica, Chile e México, cf. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal direta pela defesa**. São Paulo: Juspodivm, 2023. Todavia, embora haja certas regras esparsas nos respectivos Códigos de Processo Penal, a legislação italiana, sem dúvida, é a mais completa.

²⁶⁴ “Art. 327-*Bis* – Atividade investigativa do defensor. 1. Desde o momento da sua nomeação, resultante de ato escrito, o defensor tem a faculdade de desenvolver investigações para pesquisar e identificar elementos de prova a favor do seu assistido, nas formas e para a finalidade estabelecida no Título VI-*bis* deste livro. 2. Pode ser atribuída a faculdade indicada no *comma* 1 para o exercício do direito de defesa, em todo estado e grau do procedimento, na execução penal e para promover o juízo de revisão. 3. As atividades previstas no *comma* 1 podem ser realizadas pelo defensor, seu substituto, por investigadores privados autorizados e, quando sejam necessárias competências específicas, por consultores técnicos” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

²⁶⁵ Sobre as disposições acerca da oitiva das testemunhas (arts. 391-*bis*), Vanessa Kiss menciona que: “assim, passa o artigo 391-*bis* do código a prever que o defensor, auxiliado ou não pelos profissionais referidos, poderá entrevistar pessoalmente potenciais testemunhas, por meio de colóquio não documentado, bem como colher declarações escritas de pessoas e solicitar informações documentais, em ambos os casos devendo adverti-las do direito de não responder e da vedação de prestar informações falsas, sob pena de responsabilização criminal. No entanto, caso a pessoa solicitada opte por exercer o direito ao silêncio, poderá o defensor requerer ao Ministério Público a designação de audiência conjunta, no prazo de sete dias, ou, ainda, requerer a instauração de incidente probatório, perante a autoridade judicial, para a realização da oitiva” (KISS, Vanessa Moraes. **A Investigação defensiva no Direito Processual Penal Brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/24841/1/Vanessa%20Moraes%20Kiss.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024. p. 102).

²⁶⁶ “Art. 391-*quarter* – Para os fins da investigação defensiva, o defensor pode solicitar documentos na posse da administração pública e extrair cópias, as suas custas” (ITALIA. *Op. cit.* *Online*, tradução nossa).

²⁶⁷ “Art. 391-*sexies* – Acesso a locais e documentação. 1. Quando acessam um local para verificar o estado dos lugares e coisas ou para proceder à sua descrição ou para realizar levantamentos técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos ou audiovisuais, o defensor, o suplente e os auxiliares indicados no artigo 391-*bis* podem elaborar um relatório que reporta: a) a data e local de acesso; b) seus dados pessoais e dos participantes; c) a descrição do estado dos lugares e das coisas; d) a indicação de quaisquer relevos técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos ou audiovisuais realizados, que façam parte integrante do documento e a ele estejam anexados. O relatório será assinado pelas pessoas intervenientes” (*Ibid.* *Online*, tradução nossa).

²⁶⁸ “Art. 391-*septies*. 1 Se for necessário acessar locais privados o não abertos ao público e não há permissão de quem a possa dar, o acesso, após pedido do defensor, é autorizado pelo juiz, com decisão motivada que especificará os métodos concretos. [...] 3. Não é permitido o acesso aos locais de habitação e suas adjacências, salvo se

Após o término da investigação, se assim desejar a Defesa, será constituído “fascículo do defensor”, no qual serão introduzidos os registros dos resultados das diligências praticadas. O inquérito defensivo será conservado em sigilo junto à secretaria do juízo até o encerramento da investigação preliminar, momento em que será anexado ao inquérito policial formando um único instrumento a ser avaliado pelo Juiz competente.

3.2 O segundo momento processual probatório: o direito à proposição das provas e a preclusão probatória defensiva

O segundo momento processual probatório, e talvez aquele que menos gere indagações, é o chamado direito à proposição das provas²⁶⁹, ou seja, a possibilidade de requerer ao juízo a produção das provas que as partes julguem necessárias.

Em geral, tal requerimento é feito pela Acusação na denúncia ou queixa e pela Defesa na resposta à acusação em que poderá “especificar as provas pretendidas e arrolas testemunhas” (art. 396-A do CPP). Importante observar que não só as partes podem propor as provas, mas também outros interessados, a exemplo, no cenário jurídico brasileiro, do ofendido, que, se admitido como assistente de acusação, poderá, segundo expressa disposição legal, “propor meios de prova” (art. 271 do CPP)²⁷⁰.

A grande questão que se impõe é saber se há preclusão²⁷¹ de tal direito caso não afirmado no momento oportuno, se é que tal momento existe. Para responder, é preciso compartimentar os dizeres, primeiro questionando de qual “tipo de prova” estamos a falar e segundo de qual parte processual advém o requerimento.

Nessa linha, para a Acusação, podemos mencionar uma regra geral que limita o direito de proposição diante da “preclusão temporal por fase²⁷²”, ou seja, pode a Acusação requerer a

necessário averiguar vestígios e outros efeitos materiais do crime” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

²⁶⁹ Gomes Filho também menciona “indicação” e “requerimento” como possíveis nomenclaturas para o mesmo momento. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 88).

²⁷⁰ *Ibid.* p. 89.

²⁷¹ Em termos de definição: “o instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa ‘marcha adiante’, e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com o outro” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pp. 36/37).

²⁷² DIAS, Fernando Gardinalli Caetano. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São

produção de determinada prova até o final da instrução criminal (arts. 402 e 403 do CPP, no rito ordinário), tendo em vista que a atividade probatória é concentrada nesta fase processual. Assim, nada impede, por exemplo, que a Acusação requeira um exame de DNA, quando do requerimento de diligências finais do rito ordinário (art. 402 do CPP).

Todavia, regras específicas regem as provas documentais e testemunhais. Em relação as primeiras, parcela expressiva da doutrina nacional²⁷³ menciona, com base no artigo 231 do Código de Processo Penal, que as partes poderão apresentar uma prova documental em qualquer fase do processo. Em sentido contrário, em posição da qual compartilhamos, Fernando Gardinali Caetano Dias:

Não há qualquer motivo específico em relação à prova documental para que se permita a sua produção a qualquer tempo, diferentemente do que ocorre com os outros meios de prova. A prova documental, assim como a prova pericial e a prova testemunhal (entre outras), deve ser produzida em um momento ou fase processual específicos, para que não se tumultue o processo e, conseqüentemente, para que se possibilite o seu desenvolvimento ordenado. As atividades voltadas à reconstrução dos fatos devem se concentrar em uma fase específica do processo, qual seja, a fase instrutória, cuja dinâmica confere uma grande flexibilidade na produção de provas. Nesse cenário, permitir a propositura/produção de prova documental depois de finda a instrução (por exemplo, em memoriais finais ou em grau recursal) geraria tumulto processual, pois os novos elementos de prova contidos no meio de prova documental poderiam gerar um retrocesso no processo. Especificamente para a acusação, a juntada de documentos, mesmo com a observância do contraditório para a defesa, pode colocar a defesa em posição de fragilidade, em ofensa à paridade de armas.²⁷⁴

No tocante à prova testemunhal, a ausência de requerimento quando do oferecimento da denúncia ou queixa faz com o que se opere a preclusão consumativa, tendo em vista que a Lei é expressa nesse sentido²⁷⁵.

Por sua vez, em um primeiro olhar, as hipóteses de preclusão para a Defesa seriam as mesmas acima narradas, tendo em vista a paridade de armas que orienta o Processo Penal. Tanto assim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme ao reconhecer a preclusão temporal (seria melhor consumativa) quando as testemunhas de Defesa são apresentadas fora do prazo da resposta à acusação, deixando ao Juiz a faculdade de aceitá-las como “testemunhas do juízo” (art. 209 do CPP), caso entenda “necessário à busca da verdade real”²⁷⁶.

Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17092020-145721/publico/5181325_Dissertaca_Parcial.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024. p. 188.

²⁷³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 611.

²⁷⁴ DIAS, Fernando Gardinali Caetano. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17092020-145721/publico/5181325_Dissertaca_Parcial.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024. p. 195.

²⁷⁵ BADARÓ, Gustavo ob. **citso penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 132.

²⁷⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 202.928/PR. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, j. em 15 maio. 2014, **DJe de 8 set. 2014**. Disponível em:

Afora a questão terminológica ultrapassada (verdade real), pensamos que a resolução do tema demanda um exame mais aprofundado a partir dos princípios reitores próprios do Processo Penal, entre os quais, e principalmente, a presunção de inocência e a ampla defesa que, em conjunto, produzem um constitucionalmente desejado equilíbrio processual a favor do acusado.

Como não poderia deixar de ser, esse desequilíbrio reflete também no tema da preclusão probatória, levando alguns Autores, como Aduato Alonso Suannes, a sustentar a inexistência do tal instituto para a Defesa:

Por que se fala em **devido** processo? Simplesmente porque as cláusulas que o caracterizam devem ser obrigatoriamente observadas, não pelo réu, mas pelo Estado, na pessoa de quem o apresenta no processo, alguém esse que jurou cumprir a Constituição, para que o julgamento do réu possa ser considerado um *fair trial*. Enquanto no processo civil a previsão legal das preclusões impede que a parte (autor ou réu) atue a destempo, no campo criminal isso não se justifica, exatamente em face da natureza tão diversa dos bens que são objeto de um e outro desses dois tipos de processo. Sendo assim, a preclusão somente pode ser invocada em benefício do acusado, como se dá com a prescrição, que pode até mesmo levar a sentença a ter consequência autofágica (o reconhecimento de prescrição ocorrida antes da sentença pela consideração da pena fixada na sentença), o que é impensável no campo civil.²⁷⁷

Em trabalho específico sobre o tema, e traçando uma posição intermediária, Caetano Dias diz que a incidência do princípio da ampla defesa não fulmina a preclusão probatória defensiva, mas faz com o que seja possível ao Juiz afastá-la em casos concretos ao considerar o “risco calculado da preclusão”, resultante do sopesamento entre o tempo já ultrapassado do momento em que deveria ser efetuado o requerimento, o tempo necessário para a produção da prova requerida e o impacto na exigência da melhor reconstrução possível da prova²⁷⁸.

Pensamos de maneira diversa. Se, por um lado, compactuamos com a ideia da existência da preclusão para a Defesa, por outro, pensamos que a incidência da ampla defesa e da presunção de inocência devem ser sempre maximizadas, dando lugar a preclusão probatória

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100781731&dt_publicacao=08/09/2014. Acesso em: 11 jun. 2024. p. 1.

²⁷⁷ SUANNES, Aduato Alonso Silvinho. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 8, n. 31, pp. 75-101, Jul./Set. 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5265955>. Acesso em: 20 jun. 2024. p. 85, grifos do autor.

²⁷⁸ “Posto isso, o eventual afastamento da preclusão deve ser analisado pelo juiz, em cada caso concreto, tendo como critério o cálculo de risco da preclusão. É dizer: diante de um ato processual probatório da defesa precluso, o juiz deve avaliar o risco da preclusão (pelos fatores reconstrução dos fatos e tempo) naquela hipótese processual específica, para, então, decidir se é possível (ou não) o afastamento da preclusão naquela situação concreta. Nessa análise, o julgador deve avaliar se o afastamento da incidência da preclusão não ultrapassaria os limites do risco da preclusão naquele momento processual específico – é dizer, se o afastamento não geraria uma situação em que o cálculo do risco da preclusão seria diferente daquele estabelecido para aquele momento processual” (DIAS, Fernando Gardinalli Caetano. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17092020-145721/publico/5181325_Dissertaca_Parcial.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024. p. 171).

somente nos casos de má fé da Defesa e quando a fase processual delimitar a cognição judicial a questões de direito. Expliquemos.

De início, em relação a prova testemunhal, a análise gramatical do Código de Processo Penal traz a possibilidade (art. 396-A do CPP – “poderá”²⁷⁹) da defesa técnica arrolar testemunhas na resposta à acusação. Fosse essa uma obrigatoriedade, o verbo seria impositivo, tal como acontece no artigo 41 do Código de Processo Penal (“conterá”)²⁸⁰ e seus requisitos para a denúncia. Ainda, é o artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal²⁸¹ que regulamenta a admissibilidade das provas pelo Juiz e ele, a toda vista, está inserido dentro do contexto do início da audiência de instrução. Ou seja, para nós, o único limite temporal para a Defesa requerer a produção de prova testemunhal é exatamente esse, o início da instrução criminal²⁸².

Todavia, saindo da análise gramatical para a análise valorativa, não concebemos o mesmo limite temporal quando a Defesa se depara com prova formalmente e substancialmente nova ou quando, por insuficiência material da própria Defensoria Pública, o/a Defensor/a Público/a não tenha conseguido acesso anterior às provas, bastando recordar que grande parte dos acusados tem seu primeiro contato com seu/sua Defensor/a minutos antes de sua audiência.

Um importante lembrete há de ser feito: ainda estamos a escrever sobre a fase de requerimento/proposição de provas, ou seja, a análise judicial sobre a pertinência ou relevância é plenamente possível, mas é realizada na etapa de admissão das provas. Em outros termos, a avaliação agora é sobre a possibilidade de pedir e não a relevância ou pertinência do que se pede.

Dito isso, não havendo comprovada má fé ou desídia da Defesa, a única preclusão possível é aquela relacionada a extensão da cognição judicial, uma espécie de concepção

²⁷⁹ “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²⁸⁰ “Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” (*Ibid. Online*).

²⁸¹ “§ 1º. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (*Ibid. Online*).

²⁸² Por óbvio, para aquelas provas conhecidas durante a instrução criminal, o requerimento de produção pode ser feito até seu final. Ainda, quisesse o CPP brasileiro limitar a prova testemunhal, faria como o Código de Processo Penal italiano que chancela o prazo de 7 (sete) dias antes do “*dibbatimento*” para o depósito das testemunhas (art. 468), ou o próprio Código de Processo Civil que diz: “Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local do trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 dias antes da audiência” (ITALIA. Codice di Procedura Civile, 28 ottobre 1940. **Regio Decreto**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

alargada da “preclusão temporal por fase do processo” usada por Caetano Dias. Se o Autor entende que, de maneira geral, há preclusão do requerimento de produção probatória realizada após a fase de instrução, entendemos, a teor, inclusive, do artigo 616 do Código de Processo Penal²⁸³, que não há impedimento ao requerimento de produção de provas pela Defesa também na etapa recursal. Basta pensar na hipótese do surgimento de uma testemunha crucial a levar, segundo a Defesa, a absolvição do acusado, já condenado em primeira instância. Fecharíamos os olhos e optaríamos pela preclusão do pleito de oitiva? A todo rigor não.

Diferente posicionamento teríamos se o caso já tiver sido julgado em segunda instância com recursos extraordinários interpostos. Aqui, dado a cognição eminentemente jurídica²⁸⁴ e, portanto, não exauriente dos recursos extraordinários, não se vê possibilidade de produção de novas provas e, via consequencial, do seu pleito. Talvez a única hipótese possível seja mesmo a prova documental, desde que vinculada ao pleito do recurso interposto e diante da disposição legal própria assim permitir. Também, tendo em vista que a produção antecede o próprio requerimento da prova documental, nenhum tumulto processual causaria.

Em suma, ao contrário do entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça, acreditamos que nos casos de elementos de prova que a Defesa não tenha conhecimento ou não tenha conseguido acesso por insuficiência material da Defensoria Pública, a única preclusão temporal possível é o julgamento finalizado em segunda instância.

3.3 O terceiro momento processual probatório: o direito à admissão das provas

Propostas as provas e requerida sua produção, é chegado o terceiro momento processual probatório, o da admissão, espécie de filtro realizado pelo julgador. Afinal, apesar da extensão, da força epistêmica e da amplitude do direito à prova e ao necessário “esforço pela melhor prova possível²⁸⁵”, a imposição de certos limites processuais a resguardar outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico são implicações do próprio sistema acusatório²⁸⁶. Ubertis bem sintetiza:

²⁸³ “Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

²⁸⁴ Não se ignora que, por várias vezes, a análise jurídica pode levar a absolvição do acusado. Basta pensar no recorrente reconhecimento de provas ilícitas, atipicidade etc. Todavia, tais análises pairam sobre o material probatório já concebido, buscando tutelar o direito objetivo, e não dos sujeitos processuais.

²⁸⁵ 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. 38.

²⁸⁶ “Em Roma, a prova era expediente retórico, depois se torna mecanismo jurídico, a revolução inquisitória desenvolve técnicas cognitivas com baixo relevo normativo, porque a questão terapêutica penal não tolera limites

Em primeiro lugar, convém sublinhar, embora possa parecer óbvio, que ‘direito a prova’ não significa ‘direito à admissão de todas as provas’. Como (quase) sempre acontece no âmbito processual, a afirmação de um direito da parte se enquadra na dinâmica do procedimento e deve ser vista em função do escopo de atuação da lei no caso concreto [...] dado que o horizonte instrutório há como limite a epistemologia dominantes.²⁸⁷

Se não é – e nem deva ser – ilimitado, o direito a prova também não deixa de espriar seus reflexos para a fase de admissão, através de três princípios orientadores citados por Aniello Nappi²⁸⁸: (i) a necessidade de um provimento imediato²⁸⁹ e expresso do Juiz sobre o requerimento de prova formulado pela parte; (ii) a presunção de admissibilidade da prova requerida pela parte; e (iii) a presunção de completude da prova requerida pela parte. Ou seja, em uma mudança²⁹⁰ de postura adotada na Itália e de perfeito encaixe no Brasil, as provas requeridas são presumidamente admissíveis, cabendo ao Julgador demonstrar fundamentadamente o contrário, se assim o for.

Seja como for, Badaró²⁹¹, alinhado às lições da *commow law* trazidas por Mirjan Damaska²⁹², dos países continentais por meio de Ubertis²⁹³ e da doutrina nacional através de Gomes Filho²⁹⁴, afirma que os limites a admissibilidade da prova podem ser de ordem extraprocessuais (políticos) ou processuais (lógicos e epistêmicos).

processuais efetivos. O ‘sistema adversarial’ ao invés, os implica. Antes de tudo, há de se estabelecer se são provas admissíveis. É uma palavra-chave” (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 612, tradução nossa).

²⁸⁷ UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto Dell’Uomo. **Rivista de diritto processuale**, Padova, vol. 49, n. 2, 1994. p. 491, tradução nossa.

²⁸⁸ NAPPI, Aniello. **Guida al Codice di Procedura Penale**. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 105.

²⁸⁹ Sobre o primeiro, diz que o “sem demora” exclui o juiz possa, como acontecia no passado, reservar a decisão sobre a admissibilidade da prova e depois considerá-la implicitamente rejeitada na sentença. (*Ibid.* p. 105).

²⁹⁰ Nappi também diz que, no sistema antigo, a parte deveria demonstrar a relevância da prova para obter a admissão judicial, mas no novo sistema, é o juiz que deve demonstrar que essa é manifestamente irrelevante, ou não pertinente ao *thema decidendum*, ou é manifestamente supérflua, enquanto tendente a um resultado cognitivo já alcançado. (*Ibid.* p. 106).

²⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 155.

²⁹² “As regras de exclusão extrínsecas são as regras que proíbem informações dotadas de valores probatórios para salvaguardar valores não conexos com a busca da verdade. Dá o exemplo da testemunha não ser obrigado a responder se for se autoincriminar ou a incriminar membro da família. Já as regras de exclusão intrínsecas são regras típicas do *common law* podem ser encontradas entre aquelas que excluem informações probatórias com base na convicção que a relativa eliminação aumenta a precisão na apuração dos fatos” (DAMASKA, Mirjan. **Il diritto delle prove alla deriva**. Bologna: Il Mulino, 2003. pp. 24- 26, tradução nossa)

²⁹³ “As regras probatórias legais, de fato, têm um fundamento epistemológico (ou processual) e político (ou material.): há a exigência, pelo primeiro, de definir explicitamente um método para guiar o juiz na busca e, pelo segundo, de tutelar determinados direitos, muitas vezes salvaguardados constitucionalmente. Tais prescrições podem corresponder tanto a máximas de experiência sedimentadas na consciência jurídica ou a discricionárias escolhas legislativas quanto ao patrimônio epistemológico historicamente conhecido” (UBERTIS, Giulio. **La prova penale: profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1999. p. 55, tradução nossa).

²⁹⁴ “Esses limites probatórios podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos), como ocorre em relação à proibição de introdução de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, ou processuais (lógicos, epistemológicos), quando se excluem, por exemplo, as provas impertinentes, irrelevantes, ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 93).

3.3.1 Os limites processuais epistêmicos

Os limites epistêmicos, bastante comuns no sistema anglo-americano²⁹⁵, podem ser entendidos como aqueles que previamente podem restringir informações probatórias com base na convicção que a relativa eliminação aumenta a precisão na apuração dos fatos e, de outro lado, sua manutenção poderia gerar inexata reconstrução dos fatos.

Basta pensar, por exemplo, no ordenamento jurídico nacional, o artigo 158 do Código de Processo Penal que não admite a confissão para a comprovação da materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígio²⁹⁶, ou no artigo 62 do mesmo diploma, exigindo que a morte do agente seja comprovada apenas por atestado de óbito, ou ainda as regras sobre as provas testemunhais e o compromisso prestado.

3.3.2 Os limites extraprocessuais: a questão das provas ilícitas

Os limites políticos ou de ordem extraprocessual, reflete uma: “ideologia jurídica comprometida com os direitos fundamentais e em virtude da qual – como se costuma afirmar – a verdade não pode ser obtida a qualquer preço, muito menos à custa de vulneração de direitos”²⁹⁷. Afigura-se daí a proibição da admissão de provas ilícitas²⁹⁸, previstas na nossa

²⁹⁵ As regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade são bastante comuns no sistema anglo americano e seu fundamento costuma ser atribuído ao fato de que ali o julgamento sobre os fatos incumbe a cidadãos comuns, que poderiam ser facilmente iludidos por certos tipos de provas, atribuindo-lhes um valor diverso do que eles realmente possuem: assim, tais regras objetivavam tornar o *trial* um veículo mais eficiente para a descoberta dos fatos. Nessa classe incluem-se as regras sobre *competence*, que excluem os testemunhos de certas pessoas (crianças, doentes mentais etc.) que não são considerados confiáveis. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 96).

²⁹⁶ *Ibid.* p. 97.

²⁹⁷ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 129.

²⁹⁸ É de conhecimento amplo a diferenciação trazida por Grinover entre provas ilícitas (violadoras de normas de direito material ou garantias constitucionais) e provas ilegítimas (violadoras de direito processual) (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: RT, 1982. p. 99). Todavia, estamos com Badaró, quando afirma que “mais relevante do que distinguir a prova ilícita, à qual se aplica a inadmissibilidade, da prova ilegítima, para a qual haverá nulidade, é definir quais casos de violação da Constituição Federal ou da lei tornam a prova ilícitas, em sentido amplo, e, conseqüentemente, estabelecer para tais hipóteses a inutilizabilidade da prova, impossibilitando sua valoração” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 171).

Constituição Federal²⁹⁹ e, desde 2008, também regulamentada em nosso Código de Processo Penal³⁰⁰, embora de maneira equivocada, como veremos mais adiante.

De toda a forma, – e aqui não se pretende adentrar de maneira profunda ao direito comparado – a primazia na consideração da inadmissibilidade das provas ilícitas coube à jurisprudência norte-americana, com importante reflexo por aqui. Gomes Filho traz a importância de dois julgados, *BOYD v. United States*, em 1885, e o caso *Weeks*, em 1914, como marcas pioneiras³⁰¹.

Uma advertência importante faz Abellán³⁰² em relação a jurisprudência norte americana, ao observar que a justificativa da exclusão das provas ilícitas passa da infringência a alguns ditames constitucionais, entre eles o do devido legal, para, a partir da década de 1970, a necessidade de dissuadir o Poder Público de violar direitos. Ou seja, a justificativa da *exclusionary rules* não mais reside em um alargado direito constitucional subjetivo da parte lesada e sim na necessidade de dissuadir o Poder Público. Tal passagem não é isenta de significados:

Ao ressaltar que a justificativa para a regra de exclusão é a produção de um efeito dissuasório, não se pretende afirmar que essa regra não tenha respaldo constitucional: ela tem, e tal como foi dito, está fundada na necessidade de proteção de direitos. A questão é que não há nenhum direito que exija a regra de exclusão, sendo que a regra de exclusão é apenas um instrumento processual criado jurisprudencialmente para garantir os direitos fundamentais por meio de seu efeito dissuasório. Portanto, nada impediria que, se tal remédio (efeito dissuasório) se tonasse eficaz ou menos eficaz do que outros, ele poderia então ser abandonado ou substituído. Esse ponto é claramente exposto em *United States x Calandra* (1974), que, em comparação aos julgados anteriores, produz agora uma desconstitucionalização: a decisão afirma explicitamente que a regra de exclusão é um simples instrumento dissuasório criado

²⁹⁹ “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³⁰⁰ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (*Id.* Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³⁰¹ “Somente no célebre julgamento do caso *BOYD x United States*, de 1885, a Suprema Corte americana entendeu inadmissível como prova um documento que o acusado fora apresentar no processo, entendendo que isso configurava, a um só tempo, violação das Emendas IV, que assegura a inviolabilidade dos papéis provados, e V, que garante o acusado contra a autoincriminação. Depois disso, em 1914, na importante decisão do caso *Weeks*, a Suprema Corte considerou ter sido um *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV Emenda. A partir daí fixou-se, nas cortes federais, a regra de exclusão segundo a qual são inadmissíveis as provas obtidas com violação das garantias constitucionais, e essa regra passou a vigorar também, posteriormente, na maioria dos Estados Americanos” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297. p. 263).

³⁰² ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 133.

jurisprudencialmente, e que, portanto, q qualquer momento poderá ser substituído por outro remédio, seja pelo legislador, seja por decisões subsequentes.³⁰³

Já nos países de *civil law*, o tema é ainda mais recente. Na Itália, por exemplo, usa-se como pioneira a decisão da Corte Constitucional de 1973 a respeito de interceptações telefônicas³⁰⁴, embora hoje exista norma específica no *Codice de Procedura Penale* a mencionar que “as provas adquiridas com violação das vedações estabelecidas pela lei não podem ser utilizadas” (art. 191)³⁰⁵. Na Alemanha, embora reconhecidamente um sistema não acusatório, também a partir da década de 1960, o Tribunal Supremo Federal alemão vem fixando a orientação de que a verdade não pode ser investigada a qualquer preço e “o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado”³⁰⁶.

No Brasil³⁰⁷, também é a partir dos anos 1960 que se modifica entendimento anterior cujo qualquer irregularidade era vista como matéria de ilícito penal ou administrativo, sem repercussão na admissibilidade da prova. Todavia, na década citada, e a partir de acentuada tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo que irregularidades cometidas pela polícia em casos de apreensão de drogas contaminavam todo o processo, a inadmissibilidade das provas ilícitas ganha corpo e culmina no texto constitucional e legal já citados.

³⁰³ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 133, tradução nossa.

³⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 103.

³⁰⁵ ITALIA. *Codice di Procedura Penale*, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa.

Nesse passo, em qualquer trabalho que se faça sobre o tema ilicitude da prova, surge as lições de Franco Cordero, no sentido de, ao menos aparentemente, admiti-las caso não haja proibições processuais. Renzo Orlandi consegue resumir: “percebe-se aqui a influência de Goldschmidt. Cordero aceita a tese do processualista alemão que postula a autonomia do direito processual em relação ao direito material. Os fenômenos do processo animam um mundo fechado, com regras próprias que são insensíveis aos eventos do direito material e aos respectivos critérios de valoração (lícito/ilícito). Segue-se que o direito processual exige uma abordagem própria por parte do estudioso. Com base nessas premissas, surge o polêmico problema da prova ilicitamente adquirida. A ilicitude da proveniência não comporta por si mesma a admissibilidade ou inutilidade do corpo de delito ou da coisa pertinente ao delito: somente a lei processual pode prever a sanção de invalidade a essa proveniência ilícita. Silenciosa a lei processual, podem ser utilizadas as provas, ainda que fruto de ilícito” (ORLANDI, Renzo. Franco Cordero e as doutrinas do processo penal. In: DE POLI, Camilin Marcie; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Franco Cordero. Trad. Giovanni Frazão Della Villa e Bruno Cunha Souza. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2023, pp. 108-133. p. 111).

³⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297. p. 264.

³⁰⁷ *Ibid.* pp. 264-265.

3.3.2.1 A prova ilícita por derivação: a teoria dos frutos da árvore envenenada e suas exceções: da fonte independente a teoria da mancha purgada

Por outro lado, e através da jurisprudência norte americana datada de 1920 (Caso *Silverthorne Lumber Cob v. United States*), fixa o entendimento de que não só as provas diretamente obtidas a partir de violações a preceitos constitucionais seriam ilícitas, mas também as provas indiretamente obtidas, na conhecida “teoria dos frutos da árvore envenenada” (ou “provas ilícitas por derivação”), hoje também disposta no nosso Código de Processo Penal.³⁰⁸

Todavia, e outra vez a partir da jurisprudência norte americana, houve uma espécie de relativização da ilicitude de tais provas, passando a admiti-las em casos de “*independent source*”³⁰⁹ e “*inevitable discovery*”³¹⁰, conceitos que foram importados de forma equivocada para cá, eis que:

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada concretamente tem duas origens – uma ilícita e outra lícita-, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida mesmo se suprimida fosse a fonte ilícita.³¹¹

Por sua vez, a exceção do nexos causal atenuado ou da mancha purgada se baseia na consideração de que, em certas circunstâncias, o vínculo entre o ato ilícito originário e as provas derivadas questionadas é tão enfraquecido que ele pode ser considerado até mesmo inexistente. Segundo essa doutrina, isso ocorre quando transcorre muito tempo entre o ato ilícito Inicial e a

³⁰⁸ “Art. 157 § 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³⁰⁹ “A exceção da fonte independente foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum X Us*, de 1960, assim resumido: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas as suas impressões digitais, que comprovam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque derivada da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI [*Federal Bureau of Investigation* ou, em tradução nossa, Departamento Federal de Investigação]. Assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297. p. 267).

³¹⁰ “Com outra linha de argumentação, no caso *Nix v. Williams*, de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria inevitavelmente descoberta por uma investigação legal. Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas por 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade” (*Ibid.* p. 268).

³¹¹ *Ibid.* p. 268.

prova derivada, ou quando a cadeia causal é composta por um grande número de elos, tal como ocorre no caso da chamada confissão voluntária, que constitui o pressuposto mais característico da doutrina.

Em julgamento, até certo ponto, recente, o Superior Tribunal de Justiça³¹² adotou tal teoria, traçando como elementos: (i) o lapso temporal decorrido entre a prova primária e a secundária; (ii) as circunstâncias intervenientes na cadeia probatória; (iii) a menor relevância da ilegalidade; ou (iv) a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal.

Nesse julgado, a tinta que “purgou a mancha de ilegalidade” seria a confissão voluntária de uma pessoa (chamada de “b17”), ou seja, uma confissão seria capaz de afastar a ilicitude uma prova, no que vale o alerta de Abellán:

A exceção da confissão voluntária, assim como qualquer exceção que conduza a ideia do nexo causal atenuando é criticável. A debilidade da argumentação parece fácil de ser percebida. Em primeiro lugar, porque parece evidente que se o sujeito soubesse que o que foi obtido em violação de direitos não teria qualquer valor no processo, certamente ele não teria confessado, e por isso, a alegada voluntariedade da confissão deve ser posta em quarentena, além disso, mesmo o raciocínio na forma como é feito conduz inevitavelmente a uma contradição. De um lado, argumenta-se que a busca é nula e conseqüentemente não produziria efeitos probatórios de qualquer espécie: mas pelo outro, ao concluir que a confissão do sujeito é suficiente para admitir a posse da droga, a busca ilícita acaba recebendo validação. Primeiro porque, em seu depoimento, o acusado é questionado sobre uma peça de convicção (a descoberta da droga) que somente pode existir através da busca, ou seja, há a convalidação do ato. Em segundo lugar, porque uma sentença condenatória não poderia ser amparada apenas com declaração *auto-incriminatória* do acusado, então parece que outras ‘peças de convicção’ derivadas da busca acabam sendo consideradas.³¹³

Seja como for, as exceções a prova ilícita por derivação parecem ganhar corpo Brasil afora.

3.3.2.2 A prova ilícita pro reo

Se a regra geral de não utilização de provas ilícitas tem um fundamento político de preservação de direitos fundamentais do próprio acusado, seria de todo ilógico se tais proibições atuassem em seu desfavor, em uma espécie de interpretação perversa de suas garantias³¹⁴.

³¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APn n. 856/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 18 out. 2017, **DJe de 6 fev. 2018**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001847200&dt_publicacao=06/02/2018. Acesso em: 26 jun. 2024. pp. 19-20.

³¹³ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 144.

³¹⁴ “Pastor denomina a garantia que protege o acusado de ser vítima dos próprios direitos fundamentais que lhe protegem de proibição da interpretação perversa. Pastor examina um caso analisado pela Corte Constitucional argentina, no qual resta evidenciada a tentativa estratégica de decretação de nulidade a fim de fazer o processo penal retroceder a um estágio anterior. O caso Pinna corresponde a uma decisão na qual uma sentença foi anulada,

Nesse sentido é que entra em cena, na linha do que já pudemos falar quando de nossa dissertação de mestrado, o princípio da proporcionalidade, responsável por dirimir eventuais conflitos principiologicos ou normativos, conforme descrevem Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini:

José Carlos Vieira de Andrade, destacado constitucionalista português, considera a proporcionalidade como mero critério de distribuição dos custos do conflito entre direitos fundamentais, com o fito de preservar-se a Constituição na maior medida possível. Já o tributarista pátrio Helenilson Cunha Pontes, em posicionamento em tudo convergente ao que temos sustentado, em uma série de trabalhos a respeito, nas últimas duas décadas, discorda de tal entendimento, pois reduzir o princípio da proporcionalidade a mero método ou critério de interpretação e aplicação do Direito vem em desconsideração de todo o conteúdo normativo desse princípio, porque o intérprete não pode optar se atende ou não atende ao princípio da proporcionalidade, mas, pelo contrário, é seu dever concretizar esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica. Para este último doutrinador, o princípio da proporcionalidade consubstancia verdadeira garantia constitucional, imanente ao Estado de Direito contemporâneo, e exerce, simultaneamente, na ordem jurídica, a dupla função de proteger a esfera de liberdade individual contra medidas estatais arbitrárias e de viabilizar a concretização ótima dos direitos fundamentais e todo o elenco de pretensões constitucionalmente reconhecidas através das diferentes regras e princípios constitucionais.³¹⁵

Da lição acima, extrai-se duas funções do princípio da proporcionalidade que merecem destaque. A primeira coincide com o próprio fundamento de existência do processo penal, ou seja, a proteção da esfera individual contra medidas estatais arbitrárias a estabelecer que, em possível confronto entre princípio que contrarie o acusado individualmente (segurança pública, por exemplo) e outro que o beneficie (presunção de inocência), o último deve prevalecer no caso concreto.

No entanto, é a segunda função que nos interessa. A concretização ótima dos direitos fundamentais equacionará o conflito entre dois princípios dispostos com o intuito de favorecer o acusado (proibição de provas ilícitas versus presunção de inocência), de qual se sobressairá aquele que oferecer maior abrangência aos direitos fundamentais do réu, o que, em termos

mediante recurso do Ministério Público, embora por motivo diverso que ensejou a impugnação. Apesar de o acusado ter sido absolvido, engendrado o recurso da acusação, o tribunal anulou a sentença absolutória arguindo a violação de regra processual que exige, na sentença, a enunciação precisa do fato criminoso. A exigência de que a sentença descreva o fato criminoso, cuja ausência se encontra como elemento de validade do ato judicial, pode derivar numa declaração de nulidade que tem por fundamento a proteção do acusado. Trata-se de assegurar vigência do princípio da correlação entre acusação e sentença, a fim de que a decisão que esgota a prestação jurisdicional não produza, por si só, um fato não narrado na denúncia, em prejuízo do réu quando decretada sua condenação. Entretanto, não é o caso citado por Pastor. Aqui o Tribunal anula uma decisão absolutória por formalidade descumprida. Para além da violação ao princípio da proibição da reformatio in pejus, o que se verifica é que a nulidade surgiu como contragarantia” (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 417).

³¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords. de tomo). [S.l.]: PUC/SP, abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>. Acesso em: 24 jul. 2020. *Online*.

processuais penais, parecem imbatíveis a liberdade e a inocência, conforme salientado, inclusive, por nossos Tribunais Superiores³¹⁶.

Esses são, portanto, os limites extraprocessuais.

3.3.3 Os limites lógicos: a pertinência e relevância das provas

Ainda, caso lícitas as provas requeridas, ainda restará o crivo judicial acerca dos limites lógicos para admissão, podendo indeferir aquelas consideradas impertinentes, irrelevantes ou protelatórias, a teor do artigo 400§ 1 do Código de Processo Penal³¹⁷. Embora pareçam vocábulos intuitivos, é preciso definir com precisão cada um deles, tendo em vista ser uma restrição antecipada do direito à prova em uma valoração hipotética do julgador. Ferrua escreve sobre essa antecipação, com a ressalva de que a Lei italiana³¹⁸ menciona a possibilidade de indeferimento das provas manifestamente supérfluas ou irrelevantes:

Vedadas pela lei são propriamente inadmissíveis, formam objeto de uma regra de exclusão probatória e, como tal, quando forem admitidas e produzidas, restariam juridicamente inexistentes. Não é assim com as manifestamente supérfluas ou irrelevantes. Aqui o juiz formula uma valoração antecipada das consequências jurídicas que derivariam da hipotética admissão da prova e conclui, no primeiro caso, que outras provas já seriam suficientes para o mesmo resultado, ou, no segundo caso, que o êxito das provas não teria influência sobre o fato objeto do processo, não podendo de modo algum serem inseridas na cadeia indutiva que levaria a afirmação ou negação da culpa. Como se acenava, aqui a razão pela qual a prova será excluída do processo não está na sua invalidade em si, mas na relação que hipoteticamente pode assumir a respeito da proposição a ser provada [...]. Mas, tratando-se de uma valoração antecipada e hipotética, o provimento é rebus sic stantibus e é revogado quando a prova, já excluída, posa se revelar útil a instrução.³¹⁹

Na mesma linha, Chiavario, por exemplo, ao comentar que, na Itália, não basta serem irrelevantes ou supérfluas, mas manifestamente irrelevantes ou supérfluas, diz que tal adjetivação seria “uma espécie de *guideline* que o leva a recordar quanto são perigosos os Juízes

³¹⁶ “Entre tantos, podemos citar o *Habeas Corpus* n. 74678-1/SP julgado em 2007. Também sempre citada a Súmula 50 oriunda das Mesas de Processo Penal do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com a seguinte redação: “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas que beneficiem a defesa” (GRINOVER, Ada Pellegrini . FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 164).

³¹⁷ “§ 1º. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³¹⁸ “Art. 190. [...] O Juiz procederá sem demora, excluindo as provas vetadas pela lei e aquelas que manifestamente são supérfluas ou irrelevantes” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.L.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

³¹⁹ FERRUUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 98.

de irrelevância formulados em antecipação”³²⁰, o que traz ainda mais sentido quando lembramos a presunção de admissibilidade das provas, conforme citado por Nappi ainda no começo deste Item.

De todo o modo, a prova protelatória pode ser definida como aquela que “não busca o esclarecimento dos fatos objetos do processo, mas apenas retardar o prosseguimento do rito”³²¹, enquanto, na linha de Badaró, a prova pertinente é aquela que tem por objeto o fato principal trazido na inicial acusatória, enquanto relevante é aquela que tem por objeto um fato secundário, que por inferência, se relaciona ao fato principal³²².

3.4 O quarto momento processual probatório: direito à produção da prova – a força epistêmica do contraditório

Admitidas as provas pelo Juiz, surge então o quarto momento processual probatório – o da produção das provas –, compreendido como o “direito sobre o meio de prova”³²³ e basicamente governado por regras legais estabelecidas pelo legislador que ditará quais são os meios de prova típicos, como e quando serão produzidos etc.³²⁴.

Ainda que detidamente analisada em Capítulo anterior, as regras gerais sobre a prova testemunhal são um bom exemplo a ilustrar a relação entre a produção probatória e legalidade. Requerida, por qualquer das partes, a oitiva de alguma testemunha e admitida judicialmente, é na audiência de instrução e julgamento que se dá lugar a produção de tal prova, em uma ordem

³²⁰ CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Milano: UTET Giuridica, 2017. p. 438.

³²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Dos processos em espécie. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 891.

³²² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 165.

³²³ “Do direito à prova pode, agora, falar-se do ‘direito sobre o meio de prova’, ou a potencial representação que isso consente. Pode-se falar, assim, em relação ao poder de ‘demanda’ e de ‘contestação’, no curso do exame cruzado. Esta técnica parece, de fato, a mais idônea a fazer exprimir ao meio de prova toda possível capacidade de representação e dá corpo ao contraditório através da sucessão de demandas e contestações” (SIRACUSANO, Delfino. Le prove. In: SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo (Colabs.). **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 371-406. p. 396, tradução nossa).

³²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 196.

preestabelecida³²⁵ e na forma legalmente prevista, ou seja, a participação de Defesa e Acusação no chamado *cross examination*³²⁶.

Na mesma linha, o próprio Código de Processo Penal permite ao Juiz, presidente da audiência, o indeferimento tanto de perguntas que possam induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida – na linha italiana de impedir as denominadas “perguntas nocivas”³²⁷ e perguntas sugestivas – quanto de respostas que tragam impressões pessoais desvinculadas dos fatos³²⁸.

Afora o apego a legalidade de cada meio de prova, é na produção da prova que tem lugar mais vistoso um dos, segundo Taruffo, fundamentos cardinais³²⁹ do direito processual penal: o contraditório³³⁰. Nesse passo, conceituá-lo apenas como capacidade de ação e reação³³¹ ajuda a explicar a estrutura básica do princípio, mas não encerra o tema quando o assunto é “prova”, sendo preciso, uma vez mais, buscar na Itália o seu mais preciso valor.

Por lá, e após longa “batalha” doutrinária e jurisprudencial³³², estabeleceu-se, inclusive, em âmbito constitucional (art. 111)³³³, uma mudança de paradigma, redefinindo o princípio não

³²⁵ “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³²⁶ “Art. 212. 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” (*Ibid. Online*).

³²⁷ Na Itália, é o artigo 499, parágrafos (*comma*) 2 e 3 que não permitem perguntas “que possam prejudicar a sinceridade das respostas e que tendam a sugerir a resposta” (ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024. *Online*, tradução nossa).

Sobre as perguntas nocivas, Ferrua diz que são, “a nosso ver, aquelas que, pela sua formulação, impedem a testemunha de dizer aquilo que pretende dizer, ou seja, de exprimir seu pensamento genuíno. Ex.: perguntas ambíguas ou em linguagem não acessível a testemunhas” (FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 117, tradução nossa).

³²⁸ “Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (BRASIL. *Op. cit. Online*).

³²⁹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 402.

³³⁰ Previsto no artigo 5º da Constituição Federal brasileira da seguinte maneira: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 57.

³³² Sobre as “idas e vindas” do contraditório na Itália, cf. FERRUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do *giusto processo* na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, pp. 661-668, Maio./Ago. 2017. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/61>. Acesso em: 26 abr. 2024.

³³³ “Art. 111. [...] O processo penal é regulado pelo princípio do contraditório na formação da prova. A culpabilidade do arguido não pode ser provada com base em declarações dadas por quem, por livre escolha sempre se subtraiu voluntariamente ao interrogatório por parte do arguido ou do seu defensor. A lei regula os casos em

mais como contraditório “sobre” a prova, mas contraditório “para” a prova, mais bem explicado por Ferrua, ao chamá-lo de “regra de ouro do sistema acusatório”:

O contraditório, que no sistema anterior se exercia essencialmente sobre provas já produzidas, como as atas dos depoimentos das declarações recolhidas pelos órgãos investigadores, agora se realiza no momento exato de formação da prova. Em razão disso, há a separação clara entre a investigação preliminar, onde a acusação e a defesa realizam unilateralmente a busca de fontes de prova, e o *dibattimento*, no qual as provas se formam em contraditório diante do juiz com a contribuição direta das partes. Funcional à ideia do contraditório em sentido forte é o complexo das disposições a garantir aquela que o bom direito pode definir como a *regra de ouro do processo acusatório*: as declarações de testemunhas e coimputados valem como prova no processo somente se “produzidas” com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex. a superveniente irrepitibilidade), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no julgamento, nem sequer ser contestada durante o depoimento oral de quem as declarou.³³⁴

Ou seja, “[...] se x é prova, x deve ter sido formada em contraditório; e se x não é formada em contraditório, x não é prova”³³⁵ e, continuamos, não pode fazer parte do material probatório a ser valorado judicialmente, salvo nas hipóteses legalmente previstas, como as provas irrepitíveis. Justamente por isso, inconstitucional o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro quando permite a valoração de elementos informativos produzidos sem o contraditório, na famosa discussão acerca do “exclusivamente” lá previsto³³⁶.

A resistência jurisprudencial em ainda chancelar elementos de prova não repetidos em contraditório judicial na hora de sentenciar ignora que o contraditório não é inimigo da verdade, mas seu aliado e sua força epistêmica não está “na ideia platônica que as partes cooperariam para um fim comum de busca da verdade, mas na oposição dialética que permite a formação da prova a partir de visões conflitantes”³³⁷.

Por fim, há certa pacificação na doutrina italiana e brasileira sobre a forma diversa da incidência do contraditório nas provas pré-constituídas, a exemplo da prova documental, que não é “produzida” no processo, mas em local outro e tão somente juntada aos autos e submetida

que a formação da prova não tem lugar em contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada” (ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Traduzida (Port.). Roma: Senado da República Italiana: Biblioteca Italia, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024. pp. 52-53).

³³⁴ FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 665, tradução nossa.

³³⁵ *Ibid.* p. 111, tradução nossa.

³³⁶ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³³⁷ FERRUA, Paolo. *Op. cit.* p. 108, tradução nossa.

ao contraditório para posterior valoração³³⁸. Aqui, ao contrário das denominadas “provas constituídas” – produzidas no processo, como a prova testemunhal- o contraditório permanece “sobre a prova” e não “para a prova”. Inclusive, a doutrina italiana divide o momento processual probatório denominado aqui de “produção” em “*assunzione*”, quando a prova é constituída, e “*acquisizione*”, quando é a prova é pré-constituída³³⁹.

3.5 O quinto momento processual probatório: o direito à valoração da prova – da prova legal à valoração racional da prova através de critérios epistêmicos

Por paradoxal que seja, embora o contexto da valoração probatória pareça ser aquele mais trabalhado pela doutrina nacional, para o presente trabalho apresenta importância reduzida, por ser atividade exclusiva do julgador. Ainda assim, algumas palavras são necessárias.

Nesse passo, é o direito à valoração judicial que materializa o próprio direito à prova das partes³⁴⁰, sendo seu corolário e ponto culminante da atividade probatória³⁴¹. Todavia, os métodos de valoração oscilaram de uma atividade quase matemática do Juiz à sua extrema liberdade, chegando hoje ao desejado método da valoração racional da prova.

Dominante entre os séculos XIII e XVIII, no sistema da prova legal³⁴² – parte notória do sistema processual inquisitivo –, determinava-se previamente o valor a ser atribuído a cada

³³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 198.

Por sua vez, Ferrua expõe que: “a regra do artigo 111 vale somente para as provas que se possam ser hipoteticamente formadas em contraditório, portanto, somente para aquelas constituídas na sede processual em sentido lato. Não para as provas pré-constituídas (construídas antes ou fora do processo) como os documentos e os objetos pertinentes ao crime, cujo contraditório pode se dar somente sobre a prova” (FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 112, tradução nossa).

³³⁹ Nesse sentido, cf. FERRUA, Paolo. *Op. cit.* p. 98.

Para Chiavario “há uma diferença entre ‘*acquisizione*’ e ‘*assunzione*’ - a ‘*acquisizione*’ é sempre precedida de uma fase de admissão da prova, entre as duas, quando não se deva fazer referimento a qualquer coisa já existente, mas ao invés, como se diz, a prova já esteja constituída, pode inserir uma fase de ‘*assunzione*’ mediante a qual se formará a prova” (CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Milano: UTET Giuridica, 2017. p. 439, tradução nossa).

Em caminho contrário, Cordero os entende como sinônimos e utiliza apenas “*acquisizione*” (CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 618).

³⁴⁰ SAMPAIO JÚNIOR, Denis Andrade. **Valoração da prova penal: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório**. 2021. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52498/1/scnd737705_td_Denis_Junior.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024. p. 364.

³⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 200.

³⁴² Pese embora seu nome, “tal critério não era propriamente legislativo, mas constituía o resultado de complexa elaboração doutrinária, a partir de textos do Direito Romano” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 23).

prova, além de estabelecer a quantidade de provas que, somadas, dariam ensejo à condenação. No exemplo conhecido, exigia-se um mínimo de duas testemunhas (*testis unus, testis nullus*) para a condenação e era indispensável que fossem oculares, firmes e fossem ouvidas em três inquirições sucessivas³⁴³.

Embora o fundamento desse sistema fosse de certo modo uma garantia³⁴⁴ do acusado contra o arbítrio indefinido do julgador, e o conjunto de regras pareça mesmo caminhar no sentido de dificultar condenações sem demonstrações plenas de culpa, a ideia de garantia se esvai quando estabelecida a confissão como a “rainha as provas” (*regina probationum*), e, para obtê-la, nenhum limite era estabelecido:

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 recurso inevitável da tortura, tornava-se a verdadeira condição *sine qua non* para a obtenção do convencimento, sempre que os meios ordinários não propiciassem a certeza necessária³⁴⁵.

A crítica às atrocidades cometidas no período, junto com a incapacidade de deter a criminalidade ocorrente mormente após a Revolução Industrial, fizeram com o que as ideias iluministas superassem o sistema inquisitivo – e seu modelo de prova legal- pouco a pouco. Se Itália, Áustria, Alemanha e Rússia³⁴⁶ apresentam reformas que descolam seus sistemas legais do modelo inquisitivo, é com a Revolução Francesa que o impulso por mudança democrática passa a ser maior, destacando-se, nesse ínterim, obras literárias a exigir maior racionalidade do sistema penal, como a sempre destacada “Dos delitos e das penas”, de Cesare Beccaria.

É, então, no âmbito da Revolução Francesa, que a Assembleia Constituinte de 1790 pronuncia-se fortemente contrária ao sistema inquisitivo, consagrando o livre convencimento judicial como modelo de valoração das provas além da assistência do advogado, da publicidade

³⁴³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 23.

³⁴⁴ “Basta pensar, para se convencer, que as regras de provas legais, condenadas pelo pensamento iluminista como a morte da racionalidade do juiz, assumia uma função de todo positiva no processo medieval, em que eram chamadas a desempenhar o papel de baluarte das garantias do imputado contra os poderes do juiz” (AMODIO, Ennio. Libertá e legalità nella disciplina della testimonianza. **Rivista Italiana de diritto e procedura penale**, [S.l.], pp. 310-339, 1973. p. 315, tradução nossa).

³⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.* p. 26.

³⁴⁶ “Na Itália, a reação iniciou-se pela abolição dos Tribunais da Inquisição e da Tortura, banidos em Nápoles em 1730 e excluídos sucessivamente dos outros Estados Italianos, e prosseguiu no Piemonte, por intermédio do Código Vitorino, que reformou a legislação penal, e na Toscana, pela proibição das denúncias secretas e pela introdução do princípio da reparação dos erros judiciários à vítima. Na Alemanha, o Código Carolino, de 1532, serviu de fundamento para uma teoria completa da prova; no séc. XVIII, a Ordenação da Justiça Penal de José II aboliu a tortura na Áustria. Na Rússia, no séc. XVIII, com a legislação de Pedro I e Catarina II, passa a vigorar o sistema de provas legais. Mas a corrente jurídica renovadora reivindica o sistema do livre convencimento, baseado no sentido íntimo e inato que guia todo homem nos atos importantes da vida” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 60).

das audiências, do Juiz natural e jurados, todos postos na legislação francesa, em especial na Lei de 16 de setembro de 1791, considerada rompedora definitiva do *Ancien Régime*.

De necessária observação, a queda do sistema de tarifa legal também foi uma consequência lógica do julgamento a ser realizado, a partir daquele momento, pelo júri e seus jurados leigos e não mais por um juízo técnico. Assim, “o leigo que passou a atuar na administração da justiça por meio do júri popular desconhecia tais pesos métricos de cada meio de prova, e sem saber, restava-lhe decidir somente de acordo com sua convicção íntima”³⁴⁷. Seja como for, o livre convencimento (em sua forma mais radical da íntima convicção) surge/ressurge como alternativa a prova legal e seus horrores.

Todavia, tal configuração revolucionária, como se sabe, durou pouco. Com a entrada em vigor do Código Napoleônico e seu sistema misto, em 1808, retorna-se as figuras dos Juízes técnicos que, a partir de então, se apropriaram da “íntima convicção”; o resultado foi: “arbitrariedade judicial, em uma espécie de anarquia cognitiva”³⁴⁸. Julgava-se com base naquilo que bem entendesse, sem um método efetivo de controle. Massimo Nobili, com base em outros dois conhecidos Autores, dá a dimensão:

Alessandro Giuliano classificou duramente a fórmula mágica do livre convencimento como – hoje – um caso limite de noções irremediavelmente confusas da ciência jurídica. Juízo não distante de Ferrajoli, que classifica o livre convencimento como “uma das páginas politicamente mais amargas e politicamente mais deprimentes da história das instituições penais. Penso, na mesma linha, que o livre convencimento do juiz, já rendeu seus benefícios nos anos entre Voltaire e Carrara. Hoje, é só um calvário, uma tribulação de equívocos, conceitos e categorias manipuladas.”³⁴⁹

Justamente para corrigir esses arbítrios que hoje se prega pela adoção de uma valoração racional da prova com suporte em uma epistemologia judiciária que forneça os mecanismos de conhecimento necessários encontrados fora e além das regras processuais penais. Desse modo, a valoração do julgador será livre do tarifamento prévio das provas feita pelo legislador, mas não será livre para deixar de adotar regras e critérios racionais na determinação dos fatos, ou seja, a liberdade do Juiz está simplesmente a indicar, de um lado, a sua plena autodeterminação, insuscetível a qualquer influência externa, de outro, a ausência de vínculos hierárquicos na valoração da prova³⁵⁰.

³⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 206.

³⁴⁸ *Ibid.* p. 209.

³⁴⁹ NOBILI, Massimo. Storie d’una illustre formula: il “libero convencimento” negli ultimi trent’anni. **Rivista Italiana de diritto e procedura penale**, [S.l.], 2003. p. 91, tradução nossa.

³⁵⁰ FERRUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015. p. 155.

Mas o que seria, então, valorar racionalmente uma prova? O ponto de partida para a explicação é estabelecer que certeza da ocorrência de uma hipótese fática é algo inalcançável para epistemologia judicial³⁵¹ e que “isso não implica dizer que não possamos preferir racionalmente uma hipótese em relação a outra com base na maior corroboração da primeira”³⁵², em um raciocínio probabilístico indutivo³⁵³ das hipóteses em conflito. Ou seja, qual delas, dentro de uma aferição lógica entre hipótese fática e dados probatórios é a mais provável de ter ocorrido.

Nessa linha, o *iter* do raciocínio probatório envolve basicamente três etapas: a confirmação, a refutação e a definição comparativa entre as hipóteses presentes. Em linguagem trivial, deve o Juiz, em primeiro lugar, analisar se há dados probatórios que confirmem a tese acusatória (há elementos que confirmem que Bruno matou Tício?). Caso positivo, deve o julgador avaliar se há elementos que a refutem (falsifiquem) a hipótese, como um álibi, por exemplo. Não havendo, ou não sendo passíveis de falsificação, caberá ao Juiz verificar, entre as hipóteses alternativas (teses da Acusação e Defesa) contidas qual é a mais provável.

Ainda, para Abellán³⁵⁴, existem argumentos de confirmação da hipótese que permitem uma melhor avaliação, quais sejam: segurança e precisão das regras causais e máximas de experiência utilizadas; qualidade ou força epistêmica das provas que a confirmam, número de etapas inferenciais que separam a hipótese das provas que a confirmam e quantidade e variedade de provas ou confirmações. Badaró resume:

O raciocínio probatório indicará, como conclusão, qual enunciado fático que, com base numa probabilidade lógica ou indutiva, é o mais provável, em comparação com outros enunciados que com ele disputem a prevalência. Para tanto, prevalecerá a hipótese fática que resista aos testes visando falseá-las, pois apresenta maior capacidade de resistência, vez que será fundada em uma regra geral de maior solidez.³⁵⁵

Por fim, necessário dizer que tudo do quanto dito nesse Item não guarda relação com o contexto da decisão e nem com o contexto da justificação, “fases” diferentes e posteriores, embora intrinsecamente ligadas. Nessa linha, é somente após valorar os dados probatórios e definir qual das hipóteses é a mais provável, que passa o Juiz a medir se foram alcançados os *standards* de prova necessário para cada ramo do direito (aqui já tratados no Capítulo 1).

³⁵¹ ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022. p. 21.

³⁵² BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração Racional da Prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Rio de Janeiro: Juspodium, 2021. p. 135.

³⁵³ Preferível a probabilidade lógica à matemática ou a subjetiva. (*Ibid.* pp. 135-197).

³⁵⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. *Op. cit.* p. 39.

³⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 227.

Ou seja, é plenamente possível, e racionalmente aceito, que a hipótese acusatória seja mais provável que a hipótese defensiva, mas ainda assim o resultado seja a absolvição do acusado, por não alcançar o *standard* necessário. Todo o caminhar judicial, claro, deve ser devidamente motivado pelo juiz, que deve expor todo seu raciocínio probatório, para controle interno – das partes- e externo- de toda a sociedade.

CAPÍTULO 4 – O DIREITO À PROVA DEFENSIVA COMO FICÇÃO JURÍDICA

Para fazer frente aos objetos de discussão aqui travados, cumpre antes esclarecer o conceito de ficção adotado pois, não raramente, o conteúdo semântico (jurídico) dado a uma palavra se entrelaça a outro, em palavra diversa. Assim, por exemplo, a noção de ideologia em Karl Marx e Friedrich Engels, trazida por Patrick Cacicedo³⁵⁶ e a ideia de mito, trabalhada por Rubens Casara³⁵⁷, aproximam-se daquela de ficção que pretendemos trabalhar, embora não se confundam.

Desse modo, distante da ideia de ficção como uma farsa ou mentira, usualmente prevista nos Dicionários³⁵⁸ nacionais, é que se estabelece como referência o conceito de ficção traçado por Jorge Luiz Esquirol na obra “Ficções do Direito Latino-Americano”. Embora o cerne de sua obra não seja o direito penal e processo penal em si, mas a crítica à visão estadunidense de um direito latino-americano fracassado, o Autor define ficção não como uma falácia em si, mas como algo falado já imbuído, conscientemente ou não, de ideais operacionais não declaradas:

Que sejam ficções não significa que sejam puramente mentiras. Ao contrário, as ficções refletem experiências vividas. E assim sendo, quem as vive as sente reais. Entretanto, mais que simples descrição de uma realidade externa, essas ficções estão mais para ideias operativas. Aqui me refiro ao sentido de *legal fictions*, ou ficções jurídicas, que se usa nos países de *common law*. Uma ficção jurídica, no direito anglo-saxão, é uma caracterização de um evento ou de um estado de coisas, elaborada pelo direito, com fins instrumentais. Ainda que o uso não seja exatamente o mesmo, o uso do conceito de “ficções” é análogo, no sentido de caracterização serve também a propósitos instrumentais, independentemente de sua correspondência perfeita com a realidade.³⁵⁹

Do mesmo modo, afastando a ficção de uma mentira, temos a obra específica de Joan José Saer:

³⁵⁶ “No campo da filosofia o conceito de ideologia foi elaborado por Karl Marx e Friedrich Engels justamente para a crítica das ideias que desenvolvem no plano lógico abstrato e que não possuem correspondência com a realidade de modo a ocultá-la” (CACICEDO, Patrick. **Ideologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022. p. 263).

³⁵⁷ “O mito representaria, portanto, a explicação para aquilo que não se consegue explicar, no plano do que se entende por “razão”. (CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 87).

³⁵⁸ Como, por exemplo, previsto no Dicionário Michaelis e suas sete definições para a palavra: “1. Ato ou efeito de fingir. 2. Elaboração da imaginação; criação imaginária: ‘Os castelos perdiam-na numa ficção azul, donde a realidade a tirava com uma violência semelhante à do menino que deixa voar a avezinha atada pelo pé, e puxa então o cordel para fazê-la bater no chão e atordoar-se’. 3 Produto da criação fantasiosa; fantasia: O menino diz que vê fantasma, mas a mãe acredita que é pura ficção. 4. Mentira ardilosa; farsa, fraude. 5. Criação artística em que o autor revela uma leitura exclusiva e original da realidade. 6. Prosa literária criada a partir de elementos imaginários fundados na realidade e/ou de elementos reais introduzidos no mundo da imaginação; ficcionalismo, ficcionismo, literatura de ficção: Gosto de todos os gêneros literários, porém prefiro ler ficção. 7. O conjunto da obra literária de determinado escritor, de uma estética literária, de um país, de uma região etc.; narrativa: A ficção de Machado de Assis é admirada no mundo inteiro. (FICÇÃO. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fic%C3%A7%C3%A3o/>. Acesso em: 26 set. 2024. *Online*).

³⁵⁹ ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 30.

A ficção não é, portanto, uma reivindicação do falso. Mesmo aquelas ficções que incorporam o falso de um modo deliberado – fontes falsas, atribuições falsas, confusão de dados históricos com dados imaginários etc. –, o fazem não para confundir o leitor, mas para assinalar o caráter duplo da ficção que mistura, de uma forma inevitável, o empírico e o imaginário. Essa mistura, evidenciada somente em certo tipo de ficção até o ponto de converter-se em um aspecto determinante de sua organização – como poderia ser o caso de alguns contos de Borges ou de alguns romances de Thomas Bernhard –, está, no entanto, presente, em maior ou menor grau, em todo tipo de ficção, de Homero a Beckett. O paradoxo típico da ficção reside em que, se recorre ao falso, o faz para aumentar sua credibilidade.³⁶⁰

O que pretendemos dizer então, na linha dos Autores citados, é que o direito à prova não é uma mentira em si; uma fraude. Como vimos no Capítulo 1, embora careça de maior robustez legislativa-constitucional, o direito à prova está previsto em nosso ordenamento desde, ao menos, as Convenções Internacionais de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil, podendo ser também extraído de princípios constitucionais e dispositivos legais.

Todavia, principalmente para os réus desprovidos de poder financeiro e por isso com as defesas patrocinadas pelas Defensorias Públicas ou por advogados dativos, o direito à prova é praticamente inacessível, bastando dizer que em nenhum dos processos criminais analisados em pesquisa empírica demonstrada no Capítulo seguinte e patrocinados pela Defensoria Pública de um dos cinco estados eleitos por região do País, houve participação probatória ativa defensiva na fase de investigação e, em 95% (noventa e cinco por cento), também não se encontrou qualquer produção probatória defensiva na fase processual, embora, em 65% (sessenta e cinco por cento) desses casos, o réu não tenha confessado os fatos.

Ou seja, em mais da metade dos processos criminais analisados em que nada foi produzido no aspecto probatório, o réu apresentou versão diversa daquela propagada pela Acusação, mas sua defesa técnica foi incapaz de produzir elementos que lhe auxiliassem, ainda em uma visão de defesa “posicionada” e destinada a contradizer a prova acusatória e não em uma defesa “em movimento” e produtora de suas próprias provas, conforme dissemos no Capítulo 3.

Mas tal fato parece ignorado pela doutrina, jurisprudência e pelos Poderes constituídos, que continuam partindo do pressuposto que as partes possuem idênticas condições de “jogar o jogo” processual penal, sendo essa a ideia operativa por detrás do direito à prova em abstrato e que permite que sentenças sejam proferidas diuturnamente em nossos Tribunais com, supostamente, respeito às regras do jogo e ao devido processo legal.

Em palavras diversas, o direito à prova previsto em teoria é o suficiente para que se extraia o devido processo penal em sua íntegra, importando pouco a possibilidade ínfima de sua

³⁶⁰ SAER, Juan José. O conceito de ficção. **Revista FronteiraZ**, São Paulo, n. 8, Jul. 2012. p. 3.

execução prática. Se não é uma mentira, não passa de uma ficção, como veremos com mais profundidade no Capítulo seguinte.

4.1 A dignidade humana e a paridade de armas no Estado Democrático de Direito

Se a história processual penal ao longo das civilizações³⁶¹ nos leva a ditar, nos tempos atuais, tal ramo do direito como limitador do poder de punir do Estado através de regras postas, a passagem de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito também não é sem sentido, como bem afirma Marco Antonio Marques da Silva:

Certo que a legalidade é um componente do Estado de Direito, mas ele não se caracteriza por qualquer legalidade, mas sim aquela que não lesione valores e princípios universais, os quais constituem a ordem jurídica e política, elevando o ser humano como seu objetivo primordial. O Estado Democrático de Direito hodierno é o Estado de Direito do ser humano, ou seja, o que preceitua uma ordem jurídico-política, na qual se reconhecem e proclamam direitos da pessoa humana, mas, simultaneamente, se estabelecem instrumentos que lhe assegure a satisfação desses direitos e de quantos mais se forem revelando inerentes à dignidade da pessoa humana. O Estado Democrático fundado na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana é tornado efetivo através da observação de vários postulados que lhe são essenciais. O apontamento desses elementos norteadores da conduta de cada indivíduo, enquanto membro de uma comunidade, tem por base os hábitos, costumes, cultura, e buscam a organização de cada povo, através da consciência do certo, do justo, do bem e do mal.³⁶²

É nessa linha que também se enquadra a lição de Jorge Figueiredo Dias³⁶³, para quem o direito processual penal exige, para uma conformação constitucional, uma visão interdisciplinar que, ultrapassando o problema jurídico, alcance a ciência política, e assim siga para uma conformação de direito constitucional aplicado. Isto porque os fundamentos do próprio direito processual penal são simultaneamente as bases constitucionais do Estado de Direito, no qual a solução de problemas processuais penais, invariavelmente, é obtida através de sua conformação constitucional.

Nesse passo, talvez o principal postulado de um processo penal no contexto de um Estado Democrático de Direito seja a dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da República (artigo 1º, III, da CRFB), sendo, em tempos atuais, a essência e o fundamento da

³⁶¹ Sobre o assunto, cf.: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. São Paulo: Jolovi, 1983.

³⁶² SILVA, Marco Antonio Marques. Processo penal e Estado Democrático de Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 10 Ago. 2024. *Online*.

³⁶³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal – Vol. 1**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

sociedade³⁶⁴, bem por isso refletindo (ou assim deveria) no direito posto, como “referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”³⁶⁵.

Embora reconheça a dificuldade de um conceito fechado sobre dignidade da pessoa humana, Marques da Silva explicita:

O princípio da dignidade da pessoa humana prescreve que todo o ser humano deve ser reconhecido como membro da humanidade e ser tratado com respeito e consideração pelos demais indivíduos, grupos, organizações sociais e pelo Estado. [...] A dignidade da pessoa Humana está ligada a três premissas essenciais: a primeira refere-se ao homem, individualmente considerado, sua pessoalidade e os direitos a ela inerentes, chamados de direitos da personalidade, a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, atribuindo-lhe a condição de cidadão e seus desdobramentos, a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios de subsistência do indivíduo.³⁶⁶

A partir dessas lições, o transporte da dignidade da pessoa humana ao processo penal é intuitivo e realizado a partir das inúmeras garantias ao acusado a criar limites ao poder estatal. Afinal, seria de todo indigno – e por consequência inconstitucional – um processo que tivesse por premissa tornar o acusado objeto de desmandos estatais, como ocorria nas torturas antigas, nas prisões processuais com escopo de exemplo ao corpo social.

Em suma, a um acusado no processo penal corresponde todas as garantias constitucionais postas a seu favor, a partir do fundamento de existência da própria sociedade a valorizar e exigir respeito a todos os seus indivíduos: a dignidade da pessoa humana.

É, então, decorrência de um processo penal digno – e acusatório-, que as partes processuais contrapostas (acusador e acusado) possuam as mesmas condições de se apresentarem em juízo e defender suas teses com os instrumentos que forem necessários, em condições de paridade de armas, como resumem Antônio Melchior e Rubens Casara:

A Igualdade de armas, corolário do princípio da isonomia e intimamente ligado ao princípio do contraditório, tem origem anglo saxônica e consiste, em apertada síntese, na colocação frente a frente, no mesmo patamar, da acusação e da defesa para um debate paritário, isto é, um duelo intelectual, no qual esteja garantido às partes o acesso a instrumentos jurídicos (ao menos) equivalentes e idôneos, capazes, na mesma medida, de influenciar no convencimento do órgão julgador de modo a, através de

³⁶⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 223-236. p. 228.

³⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 70.

Claudio José Langroiva Pereira e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi ainda vão além ao lecionar que “despontando como valor inerente à própria natureza do ser humano, princípio absoluto, informador de todos os demais princípios instrutores do Estado Democrático de Direito, não pode, mesmo a título de argumentação, ser afastado em favor de outro direito constitucionalmente previsto, visto que há de ser considerado como ‘supraprincípio’” (PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 39-54. pp. 40-42).

³⁶⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Op. cit.* p. 229.

acepções e estratégias das próprias partes acerca do caso penal, influenciar na construção da decisão final.³⁶⁷

Tal igualdade entre as partes deveria encontrar guarida nas instituições públicas constitucionalmente desenvolvidas para “duelar” no processo penal: o Ministério Público, e a Defensoria Pública, todas tidas pela Constituição Federal como “funções essenciais à justiça”, mas não parece esse o cenário real, ao menos em relação às instituições públicas. Aqui, faz necessário lembrar que em alguns locais do País, em lugares não atendidos pelas Defensorias Públicas, há assistência jurídica prestada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em convênios firmados entre as instituições.

Nesse passo, principalmente, em Curitiba e São Paulo, foi possível observar processos criminais que tiveram atuação do Convênio OAB/Defensoria Pública e, pelo pressuposto de ambas prestarem - nesse caso específico- serviço público, foram consideradas dentro do gênero “Defesa pública”.

4.2 A finalidade do direito de defesa no Estado Democrático de Direito e a carência fática do modelo público de assistência jurídica.

Caminhando *pari passu* com o princípio da dignidade humana, o direito de defesa em âmbito processual penal pode ser tido como a face maior de uma mudança de mentalidade e modelo processual inquisitório para aquela desejada em um Estado Democrático de Direito, ou seja, “um processo que reconheça o valor da pessoa humana em razão de sua condição própria de ser humano; que dignifique o ser humano como individual e integrante da sociedade, sem se apoiar em atributos de ordem pessoal”³⁶⁸.

Ferrua, por exemplo traça a Defesa como direito individual e garantia objetiva do próprio acerto judicial:

Dúplice é o fundamento da defesa como função do processo: direito individual e garantia do correto acerto judicial. No primeiro aspecto, é uma opção de civilidade, de tutela da liberdade, que assinala uma primazia dos meios sobre os fins [...] no segundo aspecto, é a esperança -como diz uma velha e sugestiva metáfora – que contrapondo as razões da acusação com as razões da defesa si produza o atrito do qual, como ferro forjado, produza feixes de luz que iluminem a mente e a consciência do julgador.³⁶⁹

³⁶⁷ MELCHIOR, Antônio Pedro; CASARA, Rubens. **Teoria do processo penal brasileiro**: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 342.

³⁶⁸ ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015. p. 29.

³⁶⁹ FERRUA, Paolo. **La Difesa nel Processo Penale**: Vol. 1 – struttura e procedimento. Torino: UTET, 1988. p. 6.

É nessa linha de imprescindibilidade que o direito de defesa, com guarida constitucional, costuma ser dividido em duas faces: a defesa técnica e a defesa pessoal ou autodefesa. Em relação à última, há também a subdivisão em autodefesa pessoal positiva e autodefesa pessoal negativa, de explicação não tão difícil como possa parecer.

Em breves apontamentos, enquanto a autodefesa pessoal positiva guarda relação com um direito a fazer/participar do próprio acusado no processo penal, encontrando seu ápice no interrogatório³⁷⁰, a autodefesa negativa se relaciona com um direito a não fazer/participar do réu, na célebre expressão “*nemo tenetur se detegere*”, vedando a obrigação de comportamentos que possam prejudica-lo, ou seja, “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação”³⁷¹, exemplos clássicos do silêncio em interrogatório e negativa de submeter-se ao bafômetro, entre outras numerosas discussões³⁷².

Todavia, a autodefesa não basta ao direito de defesa em um Estado Democrático de Direito, eis ser necessário que alguém tecnicamente preparado seja a voz do acusado dentro do processo penal em seu inteiro caminho, desde o inquérito policial – ou outras formas de investigação – até o cumprimento definitivo de sua eventual pena. Como define Ferrajoli com base nos ensinamentos de Jeremy Bentham:

Em um ordenamento cujas leis fossem acessíveis a todos, os cidadãos poderiam cuidar das suas causas judiciárias como todos geram seus negócios, mas, onde a legislação é obscura e complicada e o processo é empedernido de formalidade e nulidades, é necessária a defesa técnica de um advogado profissional para restabelecer a igualdade das partes quanto a capacidade e para contrabalançar, por outro, as desvantagens ligadas a inferioridade da condição de imputado.³⁷³

Aliás, foi precisamente com as reformas iluministas que a defesa técnica ganha ares de obrigatoriedade – já que reduzida nos anos de Inquisição em “uma arte baixa de intrigas”³⁷⁴ –, no intuito do equilíbrio processual entre as partes. Daí é que, ao Estado Democrático de Direito brasileiro, garantidor dos direitos e garantias individuais e norteado pelo princípio reitor da

³⁷⁰ Mas não só. Segundo Lopes Júnior, “a autodefesa positiva deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc. Em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigar do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178).

³⁷¹ *Ibid.* p. 179.

³⁷² Tão bem-dispostas em: CORDOBA, Gabriela. *Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividad?* In: BAIGUN, David (Coord.). **Estudios sobre la Justicia Penal**: homenaje al Prof Julio B. J. Maier. 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 25-278.

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 565.

³⁷⁴ *Ibid.* p. 566.

dignidade humana, somente poderia prever, como o fez, a defesa técnica como obrigatória no processo penal, criando, por outro lado, o dever estatal de assim prover.

Ou seja, quando o Estado brasileiro, acertadamente, estabeleceu que o cidadão só pode estar em juízo penal através de alguém com capacidade postulatória, ele se obrigou a garantir esse equilíbrio e a criar instrumentos públicos para tanto, sendo seu dever “instituir um sistema de serviço público tão bem estruturado como o Ministério Público, com função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor”³⁷⁵.

É daí que se extrai a importância, no âmbito penal, do surgimento³⁷⁶ da Defensoria Pública, e que a própria Constituição Federal a traduz a como “expressão e fundamento do regime democrático” e a prevê com uma das funções essenciais à justiça, além de lhe dar independência funcional e administrativa³⁷⁷.

Todavia, embora nítido o desejo constitucional de uma Defensoria Pública forte, independente e presente nacionalmente, a realidade se impõe a denotar a ausência da instituição Brasil afora. Conforme o “II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil”, elaborado pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)³⁷⁸, lançado em 2021, a Defensoria Pública não estava presente em nada menos do que 1.600 comarcas judiciais, ou 58% do total delas.

³⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.

³⁷⁶ No Brasil, embora a gratuidade de justiça e a assistência jurídica gratuita tenha suas origens mais remotas findas nas Ordenações Filipinas, sancionadas em 1595 durante o domínio castelhano de Filipe e previstas na maior parte das Cartas Constitucionais brasileiras³⁷⁶, é na Constituição Federal de 1988 que ganha ares de direito fundamental previsto no extenso e comemorado rol do artigo 5º: “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

³⁷⁷ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. § 1º. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. § 2º. Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. § 3º. Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal” (*Ibid. Online*).

³⁷⁸ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil – 2019/2020**. Brasília/DF: Anadep; Rio de Janeiro: Ipea, ago. 2021. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/39420/2o-Mapa-das-Defensorias-Publicas-Estaduais-e-Distrital-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024. pp. 22-23.

A partir do mesmo estudo, constatou-se um déficit de 4.700 defensores e defensoras públicas nas cidades brasileiras, calculado a partir da regra estabelecida pelo Ministério da Justiça de um/a Defensor/a Público/a para cada 15 mil habitantes³⁷⁹.

Seja como for, e se o direito de defesa é uma opção de civilidade, a sua finalidade em um processo penal dentro de um Estado Democrático de Direito é justamente garantir o equilíbrio entre as partes processuais e facilitar a decisão judicial seguinte através da produção de provas em contraditório. Contudo, o que veremos no Capítulo seguinte é exatamente a análise desse equilíbrio no contexto prático, o que não parece seguir a lógica teórica.

³⁷⁹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil – 2019/2020**. Brasília/DF: Anadep; Rio de Janeiro: Ipea, ago. 2021. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/39420/2o-Mapa-das-Defensorias-Publicas-Estaduais-e-Distrital-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024. pp. 38-39.

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE EMPÍRICA DO DESEQUILÍBRIO JURÍDICO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PROVA PELA DEFESA.

Para que a ideia de direito à prova como ficção jurídica lançada no Capítulo anterior não se restrinja a poucas palavras soltas ao vento, é que traremos agora os resultados das pesquisas empíricas realizadas nas instituições partes do processo penal e nos próprios processos criminais.

A primeira etapa foi conferir, a partir do campo de análise específico da Unidade Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a possibilidade concreta de atuação probatória da Defensoria Pública paulista em comparação com as “armas probatórias” à disposição do Ministério Público do Estado de São Paulo no mesmo local geográfico.

Sem ser propriamente uma novidade, a diferença existente tanto em âmbito numérico quanto na própria questão de suporte administrativo probatórios é notória, com a verificação do dobro de Promotores de Justiça em relação ao número de Defensores Públicos e existência de um órgão específico para auxílio probatório de grande magnitude, o CAEx (Centro de Apoio à Execução), conforme explicaremos mais adiante, enquanto nada foi percebido em relação a Defensoria Pública.

Já na etapa seguinte, agora com abrangência nacional, foram analisados 130 processos criminais que tramitam ou tramitaram nos Fóruns de cinco capitais brasileiras distribuídas por nossas regiões (Curitiba/PR, São Paulo/SP, Campo Grande/MS, Maceió/AL e Manaus/AM)³⁸⁰ e, nessa análise, destrinchamos o conteúdo do direito à prova – ou os momentos processuais probatórios – no contexto da prática forense, em especial ênfase àqueles cujo houve atuação direta das Defensorias Públicas.

Se a metodologia utilizada será mais adiante explicada, o resultado obtido na pesquisa (95% dos processos criminais com atuação da Defensoria Pública sem qualquer produção probatória defensiva) reforça a ideia de ficção aqui apresentada.

5.1 Paridade de armas na prática: estudo realizado na Unidade “Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda” e as possibilidades probatórias das instituições públicas

³⁸⁰ Para relação dos processos analisados, *vide* Apêndice.

Se não há dúvidas que a paridade entre as partes interfere no direito de provar, imperativo que se entenda a realidade fática administrativa das instituições destinadas a participar do processo penal, sob pena de repetirmos fórmulas vazias sem conteúdo realístico.

Nesse passo, apresentamos agora o diagnóstico encontrado quando em comparação Acusação e Defesa pública na maior Unidade (Unidade Varas Singulares) do maior fórum da América Latina, o Fórum Central Criminal de São Paulo.

5.1.1 A escolha geográfica: as Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda e sua competência criminal

Dentro de um verdadeiro complexo judiciário originalmente concebido para ser um hospital-escola na Zona Oeste de São Paulo, o Fórum Criminal da Barra Funda, inaugurado em 1999, possui setores administrativos referentes a todas as etapas do processo penal desde seu início, com especial destaque ao Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO), até o cumprimento de pena nas Varas de Execução Penal.

Em relação específica aos processos criminais de conhecimento, há uma competência residual das Varas Criminais singulares aferida através de um conjunto de normas constitucionais, legais e do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Ato contínuo, para definição do órgão julgador criminal na cidade de São Paulo/SP, o primeiro passo é definir se a competência do fato criminoso imputado é estadual, a partir do artigo 109 da Constituição Federal. Em caso positivo, o passo seguinte é aferir se o crime imputado ou a pena prevista em abstrato possuem especial competência legal ou constitucionalmente definida, casos das Varas do Tribunal do Júri, Varas de Violência Doméstica e Juizado Especial Criminal e a correspondente competência territorial de acordo com as regras previstas no próprio Código de Processo Penal.

Em um terceiro momento, o estudo de quatro normas internas do Tribunal de Justiça paulista mostra-se imprescindível. Na primeira, o Órgão Especial, através do artigo 54 da Resolução n. 2/1976, conferiu aos Foros Regionais da cidade São Paulo – novamente, a partir da análise territorial –, a competência para julgamento das ações criminais por crimes e contravenções sujeitas a pena de multa, prisão simples e detenção. Ainda, através da Resolução n. 811/2019 do mesmo órgão, foram criadas duas varas para julgamento de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de valores de Capitais.

Por sua vez, o Provimento n. 2.258/2015 do Conselho Superior da Magistratura (CSM) criou o Anexo Judicial de Defesa do Torcedor, “competente para processar e julgar os crimes

de menor potencial ofensivo e os previstos na Lei 10.671/2003 (acrescentados pela Lei 12.299/2010), bem como os conexos a eles, praticados em eventos futebolísticos ou em decorrência deles” (art. 36)³⁸¹.

Por fim, já dentro da estrutura das Varas Singulares da Capital, já que em funcionamento como anexo à 16ª Vara Criminal, temos o Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e vítima de tráfico interno de pessoas (SANCTVS), com larga competência atribuída pela Resolução n. 780/2017 do Órgão Especial do TJSP.

Em síntese, somente se o crime for de competência estadual e não se relacionar com as matérias acima elencadas e nem com as competências estabelecidas a partir do quantum e tipo de pena também ditas, é que o processo criminal será distribuído, após o trâmite da fase inquisitorial no DIPO, para uma das 32 Varas Singulares da Capital, cada qual contando com um Magistrado titular e outro auxiliar, totalizando 64 diferentes possibilidades de julgadores, 66, a contar com o SANCTVS.

5.1.2 A Defensoria Pública nas Varas Singulares: atuação, estrutura administrativa e suporte para a produção probatória

A atuação processual dos 65 Defensores Públicos lotados na Unidade Varas Singulares da instituição³⁸² tem seu início a partir do oferecimento³⁸³ da peça acusatória na respectiva Vara criminal e se esvai somente com o trânsito em julgado da sentença proferida³⁸⁴, sendo

³⁸¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior da Magistratura. Provimento n. 2.258, de 2015. Dispõe sobre alteração na Seção III do Provimento CSM n. 2.203/2014, que trata do Anexo Judicial de Defesa do Torcedor. **DJe**, São Paulo, 12 maio., 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcn-frontend-vue/legislacao/find/138038>. Acesso em: 18 ago. 2024. *Online*.

³⁸² As Regionais e respectivas Unidades da Defensoria Pública na Capital e Região Metropolitana podem ser encontradas na Deliberação n. 21/2006, do Conselho Superior da Defensoria Pública paulista (CSDP). Por seu turno, os Defensores e Defensoras Públicas também podem ser pesquisados em: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Portal da Transparência. **Gestão de pessoas**: Defensores/as e Servidores/as. São Paulo: DPE/SP, 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/defensores-e-servidores>. Acesso em: 18 ago. 2024.

³⁸³ Antes disso, lembre-se, atuam os Defensores e Defensoras Públicas do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais da Capital), inclusive, na realização das audiências de custódia a partir de 2015.

³⁸⁴ A Deliberação n. 143/2009 do Conselho Superior da Defensoria Pública paulista diz que: “Art. 4º - São atribuições funcionais da área criminal: I atuar em processos de competência de Varas Criminais em todas as fases e atos do processo. Na mesma Deliberação é que se encontra o número de Defensores e Defensoras atuantes em cada Unidade” (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 143, de 26 de novembro de 2009. (Consolidada). Fixa as atribuições dos Defensores Públicos na Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **DOE**, São Paulo, [2024]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/644024>. Acesso em: 20 ago. 2024. *Online*).

responsável, portanto, pela elaboração de peças defensivas também no Tribunal de Justiça e nos Tribunais Superiores, com algum suporte de Núcleo Especializado³⁸⁵.

Insta salientar, que de forma diversa da atuação na esfera de cunho cível, em que a regra geral não permite a atuação da instituição em favor de pessoas cujo a renda familiar supere três salários-mínimos, há obrigatoriedade da atuação da Defensoria Pública em favor do réu em processo criminal que não possua advogado constituído, ainda que economicamente considerado não hipossuficiente³⁸⁶.

Não bastasse, há talvez a mais importante política pública adotada pela Defensoria Pública paulista nos últimos anos: o atendimento às pessoas presas provisoriamente, oficialmente criado a partir Deliberação n. 297/2014 do Conselho Superior, que regulamenta a atividade e do Ato Normativo n. 86/2014 da Defensoria Pública-Geral (DPG), que criou a Divisão de Apoio ao Atendimento da Pessoa Presa (DAP) para organização dessa política.

Com a concretização de tal política pública, e tendo como objeto, especificamente, a cidade de São Paulo, pode-se afirmar que toda pessoa que não possua advogado constituído e que esteja presa preventivamente em um dos dez Centros de Detenção Provisória (CDPs)³⁸⁷ que recebem a maioria das pessoas que respondam processos na Capital do Estado será atendida por um/a Defensor/a Público/a – ainda que não àquele ou aquela que estará no dia da audiência de instrução e julgamento – em momento anterior à sua audiência.

A supervisão do atendimento fica a cargo da DAP, com defensor público coordenador, e que uniformiza a atuação, produzindo questionário – modelo enviado para os/as Defensores/as Públicos/as que realizarão o atendimento para, após, enviá-lo ao/à Defensor/a Natural com

³⁸⁵ No caso, o Núcleo de Segunda Instância e Tribunais Superiores (NSITS), cujas atribuições, entre outras, envolve: (i) providenciar, junto ao Segundo Grau de jurisdição, aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, o encaminhamento de medidas judiciais diversas e acompanhar, quando possível, sua apreciação; e (ii) realizar sustentações orais junto ao Segundo Grau de jurisdição, aos Tribunais Superiores e ao Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Núcleos Especializados**: Segunda Instância e Tribunais Superiores. São Paulo: DPE/SP, 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/pt/nucleos-especializados/pagina-inicial-nucleos-especializados/segunda-instancia-tribunais-superiores>. Acesso em: 16 maio. 2024).

³⁸⁶ É o que diz a Deliberação n. 089/2008, do Conselho Superior da Defensoria Pública: “Artigo 4º. O exercício da defesa criminal não depende de considerações prévias sobre a situação econômico-financeira do interessado. Parágrafo único. O exercício da defesa criminal de quem não é hipossuficiente não implica a gratuidade constitucionalmente deferida apenas aos necessitados, devendo ser promovida a oportuna cobrança de honorários advocatícios, nos termos do artigo 3º, inciso II da Lei Estadual n. 12.793 de 04 de janeiro de 2008” (*Id.* Conselho Superior. Deliberação n. 089, de 8 de agosto de 2008. Fixa os parâmetros objetivos e procedimentos para a denegação de atendimento pela Defensoria Pública, nas hipóteses de demandas individuais. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/644618>. Acesso em: 21 ago. 2024. *Online*).

³⁸⁷ Belém I, Belém II, Guarulhos I, Guarulhos II, Osasco I, Osasco II, Pinheiros I, Pinheiros II, Pinheiros III, Pinheiros IV, Vila Independência e Franco da Rocha, cf. ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. **Unidades prisionais**: Centros de Detenção Provisória. São Paulo: SAP. 2024. Disponível em: <https://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/cdp-.html>. Acesso em: 21 ago. 2024.

relevantes informações que auxiliam na produção da defesa técnica. Como ponto crucial para o estudo, o item 9 deste formulário é o que cuida do campo mais específico da produção probatória, mas se restringe ao questionamento se a pessoa presa teria testemunhas a indicar, e o que saberiam, com a Figura 1 abaixo demonstra:

Figura 1 – *Print* de parte do questionário adotado

9) TESTEMUNHAS

9.1) Há testemunhas que queira arrolar?

Sim Não

9.2) Em caso positivo, são testemunhas de fato ou de antecedentes?

Do fato Antecedentes Ambas

9.3) Em síntese, o que essas testemunhas saberiam informar?

9.4) Indicar nome, endereço, telefone ou qualquer outra informação que possa ser útil para a localização das testemunhas

Contato fornecido no item3: _____

Outra pessoa _____

Nome	Endereço	Telefone ou outras informações úteis

Fonte: Documento interno da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

A partir das linhas traçadas acima, o contato Defensoria Pública/Réu (ou seus familiares), fundamental para a produção probatória defensiva, pode ocorrer de quatro formas distintas: (i) na audiência de custódia; (ii) nos atendimentos as pessoas presas preventivamente; (iii) na própria audiência de instrução e julgamento; ou (iv) pelos canais de atendimento da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Para fazer frente a enorme demanda apresentada, a Defensoria Pública paulista conta não somente com os chamados “membros da Carreira” (Defensores e Defensoras), mas também com servidores e estagiários de direito e de pós-graduação. Na Unidade Varas Singulares, o panorama completo, como nos informado em 22 de janeiro de 2024³⁸⁸, era o esquematizado no Quadro 1, a seguir:

³⁸⁸ Pela Coordenação da Regional Criminal Central da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, através de e-mail.

Quadro 1 – Estrutura pessoal da Defensoria Pública na Unidade Varas Singulares

Defensores Públicos	65
Oficiais de Defensoria	6
Estagiários de Direito	77
Estagiários de Pós-graduação	82

Fonte: Elaborado pelo autor.

Todavia, tais números acabam por fortificar a ideia de uma certa precariedade não só no atendimento ao público da instituição, realizado em sua enorme maioria por estagiários e estagiárias ainda em fase de aprendizado, mas na própria atividade probatória da Defensoria Pública no âmbito criminal. Afinal, a pesquisa nas atribuições dos oficiais de Defensoria³⁸⁹ – mais vinculados ao aspecto administrativo –, e dos estagiários de direito³⁹⁰ e estagiários de pós-graduação (residentes jurídicos)³⁹¹ – predominantemente, ligados ao atendimento de pessoas e produção de peças –, não nos permite afirmar que tais cargos possuam a finalidade de auxílio na questão probatória, tampouco expertise técnica para tanto, como se percebe, por exemplo, nos peritos e peritas pertencentes aos quadros da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com a Resolução n. 1.179/2022 do Defensor Público-Geral daquele Estado³⁹².

Ainda, se há canais³⁹³ que permitem um maior acesso a dados pessoais, como endereço e qualificação de pessoas, pelos profissionais da instituição, não é possível afirmar a existência de qualquer órgão interno³⁹⁴ ou convênio firmado para a produção de perícias técnicas,

³⁸⁹ As atribuições do cargo estão previstas na Deliberação n. 111/2009 do Conselho Superior.

³⁹⁰ Cf. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 026, de 21 de dezembro de 2006. Regulamenta o estágio de Direito na Defensoria Pública do Estado e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/645311>. Acesso em: 28 ago. 2024.

³⁹¹ A descrição do estágio de direito é trazida na Deliberação n. 026/2006, do Conselho Superior, e do estágio de pós-graduação, na Deliberação n. Deliberação n. 390/2021, do Conselho Superior, e no Ato Normativo n. 201/2021, do Defensor Público-Geral.

³⁹² “Art. 4º. Compete ao Laboratório de Ciências Forenses fornecer apoio técnico pericial às (aos) Defensoras (es) Públicas (os) sobre as questões probatórias referentes aos inquéritos policiais, processos criminais e infracionais em curso, ou extintos, para fins de reanálise da decisão condenatória” (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensor Público-Geral. Resolução n. 1.179 de 29 de setembro de 2022. Instituir no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro o Núcleo de Investigação Defensiva (NIDEF) e os órgãos de apoio para este fim. **DOE**, Rio de Janeiro, 30 set. 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/20545-RESOLUCAO-DPGERJ-N-1179-DE-29-DE-SETEMBRO-DE-2022>. Acesso em: 5 jun. 2024. *Online*).

³⁹³ Como a Rede Infoseg, por exemplo, que permite acessar endereços e telefones, podendo ser utilizado pelos/as Defensores/as Públicos/as, como mostra o Ato DPG n. 141/2012, do Defensor Público-Geral.

³⁹⁴ Embora haja, é verdade, os Centros de Atendimento Multidisciplinares (CAM) também na Regional Criminal. Todavia, a partir da leitura da Deliberação n. 187/2010, do Conselho Superior, resta estabelecido que os profissionais são psicólogos e assistentes sociais, mais voltados para o atendimento da população em si.

pesquisas de campo, ou outro ato ativo de busca de elementos probatórios para fortificar a defesa técnica.

5.1.3 A necessária comparação: a estrutura do Ministério Público do Estado de São Paulo nas Varas Singulares da Barra Funda

Embora o foco principal do presente estudo seja a Defensoria Pública e sua atuação probatória e não qualquer análise ou crítica à atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público nesse campo, se o direito à prova pertence de igual forma às duas partes, é preciso estabelecer se ambas possuem as mesmas “armas”, ou se a paridade existe apenas nos livros jurídicos.

Já dissemos nas linhas anteriores que o orçamento de uma instituição e de outra encontra grande disparidade, bem como o número de seus membros e servidores. Apenas para relembrar, agora ilustrando no Quadro 2:

Quadro 2 – Comparativo DPE/SP x MP/SP em dados gerais

	MP/SP	DPE/SP
Orçamento anual	R\$ 3.338.111.506	R\$ 1.308.662.105
Membros	2.007	789
Servidores	9.682	914
Estagiários de direito + Estagiários de pós-graduação (residência jurídica)	1.237	3.635

Fonte: Elaborado pelo autor.³⁹⁵

Nota 1: Número de servidores e membros do MP/SP relativos ao ano de 2024.

Nota 2: Número de servidores e membros da DPE/SP relativos ao ano de 2023.

Especificamente na área territorial em análise, ou seja, as Varas singulares da Barra Funda, o Ministério Público realiza sua divisão funcional a partir de seis Promotorias de Justiça, cada qual com divisão e estrutura administrativa próprias, e cujas atribuições podem ser

³⁹⁵ Afora o orçamento, cuja Lei já foi citada, os dados da Defensoria Pública foram retirados da Pesquisa Nacional sobre esta instituição, relativa ao ano de 2023, cf. ESTEVES, Diogo *et al.* Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2024. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2024**. Brasília/DF: CNCG: CONDEGE: DPU, 2024. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2024-ebook.pdf>. Acesso em: 2 set. 2024.

Por sua vez, as informações do Ministério Público relativas ao ano de 2024 estão disponíveis em aplicativo da própria instituição, cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Visão 360°**. São Paulo: MP/SP, 2024. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjg2YjIwNDAtNDQyZC00OWVhLWFmODItMjU3MzJiNWU0MzYyIiwidCI6IjYmQ4NDk5LTUwOGQtNGI3Ni1hMzFkLWNhMzljYjNkOGYxZCJ9&pageName=ReportSection>. Acesso em: 2 set. 2024.

retiradas em uma simples busca no site do Ministério Público paulista³⁹⁶. Como resultado da soma aritmética das seis Promotorias de Justiça, chega-se à estrutura exposta no Quadro 3:

Quadro 3 – Estrutura pessoal do MP/SP nas Varas Singulares da Barra Funda

Promotores de Justiça	130
Analistas Jurídico	121
Oficiais de Promotoria Chefe	8
Oficiais de Promotoria I	39
Estagiários de graduação e pós-graduação	61

Fonte: Elaborado pelo autor.³⁹⁷

Percebe-se, de início, em relação comparativa com a Defensoria Pública, o dobro de Promotoras e Promotores de Justiça³⁹⁸ e o aumento do suporte administrativo prestado pelos oficiais de promotoria I³⁹⁹ e liderados pelos Oficiais chefe, em um número quase oito vezes maior.

Ainda, o suporte jurídico apresenta panorama parecido entre as carreiras, com uma importante distinção. Se a Defensoria Pública ainda aposta a totalidade da sua força de trabalho nos 159 estagiários de direito ainda sequer formados ou naqueles recém-formados e em estudo de pós-graduação (residentes jurídicos), o Ministério Público, apesar de também possuir estagiários de direito e de pós-graduação⁴⁰⁰, destina quase 2/3 (dois terços) de seus quadros para

³⁹⁶ Informações encontradas no *site* da instituição, cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Atribuições das Promotorias de Justiça de Promotores de Justiça Titulares**. São Paulo: MP/SP, 2024. Disponível em:

https://mpspbr.sharepoint.com/:w:/s/g_secadm/Echl6L3frANKkbzzWtJZZLgBaeXaYWORD_xi336zeDfryw?rti me=mtafzaN23Eg. Acesso em: 2 set. 2024.

³⁹⁷ Dados obtidos não só pelo aplicativo mencionado, mas também diretamente pela Diretoria Administrativa local, em *e-mail* datado de 15 de maio de 2024.

³⁹⁸ Uma ressalva importante: não se ignora que os membros do Ministério Público arquivam parte de inquéritos que não viram ações penais. No entanto, a atuação se esgota quando do oferecimento de recurso contra sentença ou contrarrazões de recurso defensivo contra sentença, a partir daí sendo de competência dos Procuradores e Procuradoras de Justiça.

³⁹⁹ São atribuições sumárias do cargo de Oficial de Promotoria I, nos termos da Resolução n. 662/2010 da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ), as seguintes: “Registrar a entrada e saída bem como assegurar o fluxo normal de documentos e processos; atender ao público em geral e prestar os devidos esclarecimentos e/ou encaminhamentos; elaborar, redigir e digitar textos, planilhas, cálculos, balancetes e outros documentos oficiais” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução n. 662, de 8 de outubro de 2010. Fixa as atribuições e os demais requisitos necessários à investidura nos cargos efetivos, nos cargos em comissão e nas funções de confiança do Quadro de Pessoal do Ministério Público do Estado de São Paulo e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/Atos/662compilado.pdf. Acesso em: 2 set. 2024. p. 41).

⁴⁰⁰ As suas incumbências estão definidas nos artigos 86 da Lei Complementar n. 734/1993 e 33 da Resolução n. 1.017, da Procuradoria-Geral de Justiça.

analistas jurídicos⁴⁰¹, aprovados em importante concurso público e que passam a ser servidores de carreira⁴⁰².

Mas a diferença não para por aí e encontra seu ponto crucial quando se constata que o Ministério Público, além de contar com todo aparato policial quando da atividade investigativa, em desempenho de função constitucionalmente prevista, ainda possui importante órgão a auxiliar seus membros na produção probatória, o denominado CAEx – Centro de Apoio à Execução, liderado por três Promotores de Justiça e com nada menos do que quatorze Núcleos especializados⁴⁰³ em diversos ramos do conhecimento técnico científico, cada qual com estrutura administrativa.

Há, por exemplo, Núcleo de Evidências Forenses, que, segundo o artigo 21 da Resolução n. 1.349/2021, da Procuradoria Geral de Justiça, é o responsável:

[...] por trabalhos técnicos nas áreas de Computação Forense, Fonoaudiologia, Pedagogia e Sociologia, realizando a extração, o processamento e a análise pericial de vestígios digitais e de documentos, análises de casos correlatos às áreas técnico-científicas, bem como zelando pela cadeia de custódia dos vestígios remetidos para tratamento.⁴⁰⁴

Entre as atividades do Centro de Apoio como um todo, podemos encontrar as seguintes:

Art. 1º. Ao Centro de Apoio à Execução - CAEx incumbe atuar como órgão auxiliar da atividade funcional do Ministério Público, cumprindo-lhe:

I – conferir apoio de natureza técnica ou científica à Administração Superior do Ministério Público e aos órgãos de execução, dentro de suas atribuições;

II – elaborar, quando solicitado, trabalhos técnicos, que compreendem estudos, pesquisas, apontamentos, relatórios, análises e pareceres, nas áreas de meio ambiente, acessibilidade, habitação e urbanismo, medicina, engenharia, contabilidade, economia, administração, fundações, pedagogia, sociologia, fonoaudiologia, perícias digitais (áudio e imagem) e documentoscopia, computação forense, geoprocessamento, combate à lavagem de dinheiro, inteligência, bem como desenvolver ferramentas para gestão de conhecimento;

III – elaborar, quando solicitado, quesitos, relatórios e pareceres técnicos necessários à instrução de procedimentos e processos investigatórios de atribuição do Ministério

⁴⁰¹ As atribuições do cargo de Analista Jurídico também são definidas pelo Ato Normativo n. 662/2010, da Procuradoria Geral de Justiça.

⁴⁰² Importante dizer que foi sancionada, em 26 de dezembro de 2023, a Lei Complementar n. 1.392/2023, que, nos mesmos moldes do Ministério Público, criou 412 (quatrocentos e doze) cargos de Analista Jurídico no âmbito da Defensoria Pública; entretanto, ainda não houve implementação e nem concurso aberto.

⁴⁰³ São eles: Núcleo de Inteligência e Gestão de Conhecimento, Núcleo Meio Físico, Núcleo de Pesquisas e Diligências, Núcleo de Medicina, Núcleo de Geoprocessamento Núcleo Meio Biótico, Núcleo Meio Urbano, Núcleo Meio Urbano, Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro, Núcleo de Qualidade Ambiental, Núcleo de Avaliação de Imóveis e Mobilidade, Núcleo de Administração, Contabilidade e Economia, Núcleo de Fundações, Núcleo de Evidências Forenses, Núcleo de Engenharia.

Os nomes atuais dos seus membros podem ser conferidos em: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Conheça o MPSP**: CAEx. São Paulo: MP/SP, 2024. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/caex>. Acesso em: 2 set. 2024.

⁴⁰⁴ *Id.* Resolução n. 1.349/2021, de 29 de julho de 2021. Reorganiza a estrutura administrativa do Centro de Apoio à Execução (CAEx) e disciplina o procedimento de solicitação de apoio técnico-científico. **DOE**, São Paulo, 29 jul. 2021. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/resolucoes/1349.pdf. Acesso em: 2 set. 2024. p. 12.

Público, podendo atuar como assistente técnico nas ações judiciais de interesse do Ministério Público, vedada a atuação como perito judicial;

IV – realizar pesquisas e diligências de interesse dos órgãos do Ministério Público para a identificação e localização de pessoas físicas e jurídicas;

V – realizar vistorias e relatórios de interesse dos órgãos do Ministério Público para aferir a situação de bens nos ambientes urbano e rural;

VI – oferecer suporte técnico necessário à atuação de Grupos Especiais de Atuação e de equipe de membros do Ministério Público designados para atuações específicas;

VII – sugerir a elaboração de convênios e termos de cooperação técnica com entidades governamentais e não-governamentais, sobretudo no que diz respeito à obtenção de estudos e pareceres nas diversas áreas, intercâmbio de dados, tecnologias, metodologias de trabalho destinados a instruir procedimentos e processos, bem como ao desenvolvimento de ferramentas internas de gestão;

VIII – desenvolver, manter e alimentar banco de dados de interesse do Ministério Público; Endereço

IX – realizar as diligências de campo para a coleta de materiais e vestígios necessários para perícias e trabalhos técnicos;

X – prestar outros serviços de apoio, compatíveis com sua finalidade, inclusive a outros órgãos, mediante convênio, termo de cooperação, instrumentos similares, ou, ainda, a critério da Coordenação do Centro de Apoio à Execução;

XI – solicitar apoio à Assessoria Policial Militar, sempre que necessário ao exercício de suas atividades, realizando a triagem e o estabelecimento de prioridades;

XII – atuar de forma coordenada, interativa e articulada com os demais órgãos internos da Instituição;

XIII – difundir e compartilhar internamente conhecimento científico sobre os temas técnicos, bem como disponibilizar ferramentas para obtenção e análise de dados; [...].⁴⁰⁵

Desse modo, ao membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, para além de contar com mais colegas membros, terá um suporte administrativo amplo e de maior capacidade técnica, além de contar com um órgão interno capaz de subsidiar com informações e pareceres técnico-científicos a hipótese acusatória narrada na denúncia apresentada.

5.1.4 Quadro-resumo dos dados levantados: a “disparidade da paridade”

Como conclusão do Item, apresentamos o seguinte quadro comparativo (Quadro 4) relativo à estrutura da Acusação e Defesa nas 32 varas singulares do Fórum Criminal da Barra Funda.

Quadro 4 – Comparação DPE/SP x MP/SP

	MP/SP	DPE/SP
Membros	130	65
Servidores (oficiais)	47	6

⁴⁰⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução n. 1.349/2021, de 29 de julho de 2021. Reorganiza a estrutura administrativa do Centro de Apoio à Execução (CAEx) e disciplina o procedimento de solicitação de apoio técnico-científico. **DOE**, São Paulo, 29 jul. 2021. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/resolucoes/1349.pdf. Acesso em: 2 set. 2024. pp. 3-4.

	MP/SP	DPE/SP
Analistas jurídico	121	-
Estagiários (de direito + de pós-graduação)	61	159
Órgão interno para auxílio probatório	CAEx – 14 Núcleos com conhecimento técnico científico	-

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2 Momentos processuais probatórios em números: a pesquisa empírica nos processos penais de Curitiba, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Alagoas e Amazonas

De início, explica-se que a metodologia utilizada na pesquisa dos processos criminais foi, predominantemente, quantitativa, sem se descuidar em apontar peculiaridade eventualmente diagnosticada⁴⁰⁶. Buscar-se-á traçar números da atuação defensiva na atividade probatória nas cinco regiões brasileiras, a partir da análise de processos penais nas cidades de Curitiba, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Alagoas e Amazonas, eleitas por possuírem igual sistema operacional (*E-saj*⁴⁰⁷), e igual base de dados.

Com a necessidade de recortes metodológicos a estabelecer uma maior equidade e resultados simétricos, os crimes estudados em todas as Comarcas ditas serão aqueles que seriam de competência da unidade Varas Singulares da Barra Funda, conforme já exposto acima.

Por sua vez, a definição do número ideal de processos criminais visualizados a se estabelecer um parâmetro estatístico confiável traz celeumas diversas sem soluções concretas apresentadas. Victor Jupp assim menciona:

Não é necessário realizar pesquisas em larga escala e gerar grandes quantidades de tabelas estatísticas para que o valor seja gerado. A resposta dos profissionais à publicação prospectiva de justiça negociada é uma indicação de até que ponto entrevistas com apenas 121 indivíduos conseguiram descobrir práticas e procedimentos que eram, e ainda são, uma parte tão importante dos sistemas de adjudicação e sentenciamento.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Afinal, como bem destaca Semer “a dinâmica de associar métodos em um mesmo trabalho empírico não é propriamente uma novidade, sendo cada vez menos possível tratar elementos quantitativos e qualitativos como componentes de realidades distintas e não complementares” (SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 236).

⁴⁰⁷ Com exceção de Curitiba, que se vale do *Projudi*.

⁴⁰⁸ JUPP, 1989 *apud* SEMER, Marcelo. *Op. cit.* p. 238.

Desse modo, e tendo em vista a homogeneidade encontrada nos resultados obtidos a representar uma necessidade de um menor número de casos analisados, restou estabelecido o número de 130 processos, com 50 deles da cidade de São Paulo e 20 nas demais capitais, atribuindo-se o maior número ao Fórum Criminal da Barra Funda por representar, como dito, o maior fórum criminal da América Latina.

A pesquisa foi realizada através de busca no *site* dos respectivos Tribunais de Justiça Estaduais⁴⁰⁹ e a partir de idêntica palavra-chave⁴¹⁰, sendo formulados 13 itens, elencados conforme o Quadro 5, abaixo:

Quadro 5 – Questionário aplicado nos processos criminais

A) Gênero da pessoa presa
B) Imputação delitiva
C) O/a réu/ré permaneceu preso/a durante toda a instrução criminal?
D) Houve investigação realizada pela própria Defensoria Pública?
E) Houve requerimento de alguma diligência probatória ou produção probatória pela Defensoria Pública na investigação realizada por outros atores?
F) Houve requerimento de produção e/ou juntada de provas pela Defensoria Pública após o oferecimento da denúncia? Se sim, na resposta a acusação ou após?
G) Qual espécie de prova foi produzida/juntada ou requerida? a) documental; b) pericial; c) testemunhal; d) acesso às câmeras dos policiais; ou e) outras?
H) A produção de provas requerida/ou a prova já juntada pela defesa foi admitida? Nos casos negativos, o fundamento se deu por algum dos limites expostos no Capítulo 2? Qual?
I) Houve a efetiva produção da prova requerida pela defesa?
J) O/a réu/ré confessou os fatos, ainda que parcialmente?
L) A sentença proferida foi de: a) procedência total da acusação; b) procedência parcial da acusação; c) absolvição; ou d) outras?
M) Houve recurso defensivo?
N) Qual o resultado do recurso defensivo?

Fonte: Elaborado pelo autor.

Nesse primeiro momento, apresentaremos o diagnóstico dos processos criminais nos quais as defesas foram realizadas pelas Defensorias Públicas, responsável por 75 das 130

⁴⁰⁹ Cf. os portais eletrônicos respectivos: <https://www.tjsp.jus.br/>; <https://www.tjam.jus.br/>; <https://www.tjpr.jus.br/>; <https://www.tjms.jus.br/>, <https://www.tjal.jus.br/>.

⁴¹⁰ A partir do campo “Consulta de Jurisprudência” com a palavra “apelação criminal”.

defesas pesquisadas⁴¹¹, valendo a ressalva que, em Curitiba e São Paulo, foi possível verificar a atuação de advogados dativos e, dada a similitude da natureza a atuação, foram considerados como se Defensoria Pública fosse.

5.2.1 Gênero das pessoas acusadas e defendidas pelas Defensorias Públicas

Conforme já mencionado, e ausente qualquer outra informação perceptível a elencar outras opções, pudemos observar 61 pessoas do gênero masculino e 14 do gênero feminino, em percentual assim disposto, conforme Quadro 6 a seguir:

Quadro 6 – Gênero das pessoas defendidas pela Defensoria Pública

GÊNERO DAS PESSOAS PRESAS	VALOR PERCENTUAL
Masculino	81%
Feminino	19%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.2 Imputação contante na peça acusatória nos processos criminais com atuação da Defensoria Pública

Como usual em nosso País⁴¹², a maioria das pessoas presas lá estão em virtude de acusações referentes à crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas, algo que a presente pesquisa apenas reforça, como visualizado no Quadro 7:

Quadro 7 – Imputações penais constantes na peça acusatória com atuação da Defensoria Pública

CRIMES	NÚMERO TOTAL	VALOR PERCENTUAL
Crimes contra o patrimônio	49	65%
Tráfico de drogas	19	25%
Outros	7	10%

Fonte: Elaborado pelo autor.

⁴¹¹ Uma ressalva metodológica importante: foram descartados processos com mais de três réus, por acharmos que enviesaria a ideia quantitativa.

⁴¹² De acordo com os dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), quase 70% dos detentos nas prisões brasileiras respondem por crimes relacionados a duas categorias: patrimônio e drogas, cf. BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais – RELIPEN: 15º Ciclo SISDEPEN, 2º 2023**. Brasília/DF: SENAPPEN, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2024. pp. 102-110.

5.2.3 Prisões e sua manutenção ou não durante toda a instrução criminal

No Quadro 8, ilustra-se que, das defesas analisadas, em 44 delas, a pessoa acusada permaneceu detida durante toda a instrução criminal, enquanto, em 31 das defesas, a pessoa esteve solta, seja desde o início, seja em alguma decisão posterior. Tal dado é importante, pois a pessoa solta, em tese, teria maior facilidade para se encontrar com seu Defensor Público, o auxiliando em busca de provas que lhe auxiliassem.

Quadro 8 – Prisão durante toda a instrução criminal das pessoas defendidas pela Defensoria Pública

PRISÃO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO?	SIM	NÃO
Número total de defesas	44	31
Valor percentual	59%	41%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.4 Versão apresentada pelos réus no interrogatório judicial

Em outro giro, também foram analisadas as versões apresentadas pelos réus no momento de sua autodefesa processual: o interrogatório judicial. Nesse cenário, além das confissões ditas integrais, foram também contabilizadas como confissão as falas dos réus que assumam a autoria fática ainda que parcialmente, desde que assim solicitadas pela Defesa ou reconhecidas pelo julgador. Eis os números no Quadro 9:

Quadro 9 – Versões apresentadas pelos réus defendidos pela Defensoria Pública

	NÚMEROS TOTAIS	VALOR PERCENTUAL
Defesas analisadas	75	100%
Confissão (total ou parcial)	26	35%
Negativas	45	60%
Silêncio ou revelia	4	5%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.5 Julgamento proferido, recursos interpostos e respectivos resultados

Ainda que, reitera-se, não seja o objeto do presente estudo a análise das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, de importância palpável entendermos como os Juízes e Juízas

tem julgado os processos em que se apresentam como réu e réus os/as assistidos/as pela Defensoria Pública paulista. Vejamos nos Quadros 10 e 11:

Quadro 10 – Sentenças judiciais proferidas em defesas patrocinadas pela Defensoria Pública

	NÚMEROS TOTAIS	VALOR PERCENTUAL
Total de defesas analisadas	75	100%
Procedência integral da acusação	66	88%
Procedência parcial da acusação	8	11%
Improcedência	1	1%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 11 – Resultado dos recursos interpostos pela Defensoria Pública

	NÚMEROS TOTAIS	VALOR PERCENTUAL
Total de recursos defensivos	71	100%
Negado provimento	44	62%
Dado parcial provimento	23	32%
Dado total provimento	4	6%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.6 Investigação defensiva ou atuação probatória na investigação criminal de outros atores – *O direito à investigação em números*

No Quadro 12, traz-se que, de todos as 75 defesas analisadas, em nenhuma delas, foi possível observar qualquer atuação probatória defensiva na fase investigativa. Importante dizer que todos os termos de audiência de custódia⁴¹³ também foram analisados, mas nada foi requerido pela Defesa em termos probatórios.

Quadro 12 – Atuação probatória da Defensoria Pública na fase investigativa

	SIM	NÃO
Investigação defensiva	0%	100%
Atuação probatória na investigação de outros atores	0%	100%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Nota: dados em valores percentuais.

⁴¹³ Eis que, salvo casos excepcionais, ocorrem durante a fase investigativa e há contato com a pessoa presa.

5.2.7 Existência ou não de atuação probatória defensiva após o oferecimento da denúncia – *O direito à proposição em números*

Já após o oferecimento da denúncia, o quadro apresenta leve variação, com 5 (cinco) casos em que foi possível constatar a manifestação probatória ativa da Defensoria Pública. A partir desse número, destrinchamos mais a proposição feita, analisando em qual momento do processo criminal e qual a prova requerida. Segue, nos Quadros 13 a 15:

Quadro 13 – Atuação probatória da Defensoria Pública após o oferecimento da denúncia

ATUAÇÃO PROBATÓRIA APÓS O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA?	SIM	NÃO
Número total de casos	4	71
Valor percentual	5%	95%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 14 – Momento processual em que houve a atuação probatória da Defensoria Pública

MOMENTO PROCESSUAL DA ATUAÇÃO PROBATÓRIA	NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO	APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO
Número total de casos	2	2
Valor percentual	50%	50%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 15 – Provas requeridas pela Defensoria Pública

	DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL	TESTEMUNHAL	DOCUMENTAL
Número total de casos	1	2	1
Valor percentual	25%	50%	25%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.8 Decisões judiciais sobre a proposição das provas – *O direito à admissão da prova em números*

Passo próximo, foram verificadas as decisões judiciais acerca do requerimento probatório defensivo anterior. Em todos os casos, foi deferida a produção e/ou a juntada das provas, conforme Quadro 16, a seguir:

Quadro 16 – Admissão das provas requeridas pela Defensoria Pública

ADMISSÃO DAS PROVAS?	SIM	NÃO
Número total de casos	04	0
Valor percentual	100%	0%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.9 Efetiva produção das provas requeridas – *O direito à produção das provas em números*

No Quadro 17, verifica-se que, das quatro defesas analisadas que tiveram seu pleito probatório admitido, apenas um não foi efetivamente produzido, tendo em conta a desistência da própria Defesa (processo n. 43 da lista ao final entabulada):

Quadro 17 – Produção das provas defensivas admitidas

PRODUÇÃO DAS PROVAS?	SIM	NÃO
Número total de casos	3	1
Valor percentual	75%	25%

Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2.10 Consideração das provas defensivas nas sentenças – *o direito à valoração da prova em números*

Sem necessidade de quadro, as 4 (quatro) defesas processuais em que foi possível constatar a produção probatória pela Defesa pública tiveram suas provas mencionadas e valoradas na sentença judicial, ainda que em duas delas, processos n. 2 e 48, as testemunhas arroladas a foram como informantes, sendo mãe e esposa, respectivamente.

5.3 Quadros comparativos em percentual: a Defesa pública e a Defesa privada nos momentos processuais probatórios

Por fim, tracemos agora quadros comparativos (Quadros 18 a 21) entre a Defesa pública e Defesa privada em cada momento processual probatório que diga respeito especificamente à atuação defensiva, excetuando, portanto, a admissão e valoração das provas, algo de cunho eminentemente judicial.

Quadro 18 – Total de casos analisados: Defensoria Pública x Advocacia privada

DEFENSORIA PÚBLICA	ADVOCACIA PRIVADA
75	55

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 19 – Atuação probatória na fase investigativa: Defensoria Pública x Advocacia privada

	DEFENSORIA PÚBLICA	ADVOCACIA PRIVADA
Número total de casos	0	0
Valor percentual	0	0

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 20 – Atuação probatória após o oferecimento da denúncia: Defensoria Pública x Advocacia privada

	DEFENSORIA PÚBLICA	ADVOCACIA PRIVADA
Número de casos	4	20
Percentual	5%	36%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Quadro 21 – Efetiva produção da prova: Defensoria Pública x Advocacia privada

	DEFENSORIA PÚBLICA	ADVOCACIA PRIVADA
Número de casos com admissão da prova.	4	20
Casos em que houve a produção da prova admitida	3	14
Percentual	75%	70%

Fonte: Elaborado pelo autor.

Observa-se, nesse ponto, ao menos para os crimes analisados – lembre-se do corte metodológico realizado a partir dos crimes de competência da Unidade Varas Singulares –, há uma grande semelhança e uma considerável diferença: se durante a investigação o panorama anêmico defensivo não muda, a produção probatória defensiva é consideravelmente maior quando é privada à sua Defesa.

CAPÍTULO 6 – SUGESTÕES PARA O APRIMORAMENTO DO DIREITO À PROVA DEFENSIVA NO BRASIL

Diagnosticada a raridade de uma atuação defensiva probatória no Brasil, ao menos no tocante as defesas patrocinadas pelas Defensorias Públicas ou advogados conveniados que acabem por exercer essa função pública, entendemos ser o caso de tecer algumas contribuições a partir da precariedade aventada, não só no âmbito legislativo, mas também no aspecto orçamentário e nos próprios quadros das instituições defensivas.

Antes, porém, uma necessária ressalva: não serão apontadas modificações outras que guardem relação com o tema ampliado “provas”, mas não especificamente à prova defensiva, como o exemplo do falho transporte da relativização das provas ilícitas por derivação a partir dos casos de fonte independente e descoberta inevitável, como tratamos no Item 3.3.2.1. Ou seja, o intuito não é reformular todo o tema “provas”, mas apenas abrir campo, ainda que inicial, para uma maior segurança jurídica da prova defensiva.

6.1 Sugestões de aprimoramento âmbito legislativo

No âmbito legislativo, traremos sugestões tanto na Constituição Federal quanto no próprio Código de Processo Penal.

6.1.1 Sugestões de mudanças no contexto constitucional: as lições italianas

No âmbito legislativo, na linha do que discorreremos nos Capítulos iniciais, o transporte das disposições legais e constitucionais italianas parece imperativa ou, ao menos, sugerida, a partir da ideia de regulamentação exaustiva de algumas matérias como usual naquele país.

Nesse passo, para que o direito à prova ganhe “vida própria” e não precise ser extraído de outros princípios constitucionais expressos, ideal seria que também o fosse, como acontece na Itália e nas próprias Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil. Assim, para concretizar tal intento, sugere-se a seguinte alteração na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório **para a formação da prova** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. **Assegura-se que o acusado tenha faculdade,**

perante o juiz, de interrogar ou de fazer interrogar as pessoas que fazem declarações sobre ele, obter a convocação e a oitiva de pessoas para sua defesa nas mesmas condições da acusação e adquirir e produzir qualquer outro meio de prova a seu favor.⁴¹⁴

Todavia, ciente das dificuldades da aprovação de qualquer emenda constitucional pelo quórum alto necessário e até pelo desinteresse pelo tema, opera-se também no Código de Processo Penal através de sugestões de modificações relativas a cada momento processual probatório.

6.1.2 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da investigação criminal

No contexto da investigação criminal presidida pelos demais atores, há, ainda, a utópica obrigatoriedade da presença de defensores técnicos em todos os modelos de investigação possíveis, principalmente nos inquéritos policiais instaurados em desfavor de pessoas hipossuficientes, e cuja raridade da atuação da Defensoria Pública pôde ser comprovada nas pesquisas realizadas no Capítulo anterior. Seja como for, escrever sobre a presença de defesa técnica em todas as delegacias de polícia soa quase irreal ao analisarmos o contexto global da instituição Defensoria Pública pelo País.

Todavia, seja pela realidade tecnológica a encurtar distâncias, e principalmente pela própria modificação no Código de Processo Penal trazida em 2019 – a tecer de legalidade a obrigatoriedade de defensores técnicos para determinados servidores ligados à segurança pública⁴¹⁵ – há hoje um descompasso sistêmico que necessita ser equalizado, não havendo razão

⁴¹⁴ Elaborado pelo autor, grifos nossos.

⁴¹⁵ “Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. § 1º. Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. § 2º. Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. § 3º. Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado. § 4º. A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração. § 5º. Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição

lógica a desguarnecer os demais acusados. Assim, sugere-se a modificação do artigo 14-A do Código de Processo Penal, que passaria a vigorar com a seguinte redação.

Art. 14-A. O investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, devendo constituir defensor em até 48 (quarente e oito) horas.

§ 1º. Caso permaneça silente, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 2º. O indiciado, através de seu representante legal, poderá requerer qualquer diligência, que será realizada a juízo da autoridade competente.

§ 3º. Caso a autoridade competente entenda desnecessária ou impertinente a diligência, poderá negar motivadamente, encaminhando aos autos à autoridade judicial prevista no artigo 3 deste Código.⁴¹⁶

Mais adiante, agora no contexto da investigação realizada pela própria Defesa (“a defesa em movimento”), a regulamentação exaustiva da investigação defensiva, nos moldes do *Codice de Procedura Penale* italiano é aqui adotada a partir do modelo proposto por Franklyn Roger Alves Silva em seu livro “Investigação criminal direta pela defesa”. Para não copiarmos as dezenas de páginas do modelo proposto, optamos por transcrever os principais artigos, ressaltando a completude do modelo proposto pelo Autor, inclusive com todos os atos passíveis de produção pela defesa técnica⁴¹⁷.

Assim, o novo artigo 23 do Código de Processo Penal passaria a vigorar com a seguinte redação:

TÍTULO II-A – DA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Art. 23-A. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado com poderes expressos ou da Defensoria Pública, tomar a iniciativa de indicar fontes de prova em favor de sua defesa, antes ou durante a instauração da investigação criminal, bem como no curso da ação penal ou até mesmo após seu trânsito em julgado. [...]

Art. 23-C. O conteúdo da investigação defensiva é sigiloso e não poderá ser requerido pelos órgãos públicos, salvo compartilhamento voluntário manifestada pela Defesa técnica com o consentimento do imputado.

a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados. § 6º. As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024. *Online*).

⁴¹⁶ Elaborado pelo autor.

⁴¹⁷ No curso da investigação defensiva, a defesa técnica poderá: “I- indicar assistente técnico que lhe acompanhará na reconstituição do crime, na avaliação dos objetos, instrumentos arrecadados e local do crime, na elaboração do exame de corpo de delito e demais provas periciais produzidas no curso da fase investigatória; II- requisitar de autoridades públicas documentos, informações vistorias, diligências e exames relacionados ao fato em apuração; III- entrevistar informalmente pessoas com potencial para prestar declarações, podendo documentá-las por meio de ata notarial, caso deseje utilizá-las no exercício da defesa; IV – intimar testemunhas para prestar declarações por escrito ou por meio audiovisual; V -documentar informações por meio de ata notarial, caso deseje utilizá-las no exercício de defesa; VI – realizar registros fotográficos, audiovisuais e relatórios de diligências realizadas apresentando-os no inquérito policial, procedimento investigatório ou ação penal” (SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal direta pela defesa**. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 736).

§ 1º. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito policial ou procedimento investigatório, a critério da autoridade policial e Ministério Público

§ 2º. Quando já instaurada a ação penal, a defesa técnica poderá juntar o conteúdo de sua investigação defensiva na Resposta ou durante a fase instrutória. É lícita a juntada após a fase decisória ou em outra instância processual, devendo a defesa justificar o porquê da juntada extemporânea.⁴¹⁸

6.1.3 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da proposição das provas

Dentro do momento processual da proposição das provas, a questão mais latente, como visto no Capítulo 3, é aquela atinente à preclusão probatória defensiva. Lá defendemos, a partir da conjunção dos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, que a preclusão só se operaria para a Defesa quando comprovada má fé ou quando a fase processual delimitar a cognição judicial a questões de direito, ou seja, com o encerramento do julgamento em segunda instância. Assim, em reforço ao artigo 23-C, § 2º, do Código de Processo Penal já proposto, sugerimos a seguinte redação a um novo artigo 396-B daquele Código:

Art. 396-B. É lícita a apresentação ou requerimento de provas novas pela defesa até o término de julgamento de mérito em segunda instância processual, desde que não resultante de má-fé processual ou desídia profissional, devidamente comprovadas pelo órgão acusador.⁴¹⁹

6.1.4 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da admissão das provas

No contexto da admissão das provas, entendemos pertinente duas modificações legislativas que levariam a cabo a amplitude máxima desejada ao direito à prova defensiva. A primeira, novamente à luz da lei italiana, é o simples colocar da expressão “manifestamente” no artigo 400, § 1º, que passaria a vigorar com a seguinte redação: “Art. 400. [...] 1º. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as **manifestamente** irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”⁴²⁰.

De outro lado, é chegado o momento de positivar aquilo que há muito pacificado na doutrina, mas que ainda encontra uma “zona de penumbra” na jurisprudência por não haver

⁴¹⁸ SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal direta pela defesa**. São Paulo: Juspodivm, 2023. p. 737.

⁴¹⁹ Elaborado pelo autor.

⁴²⁰ Elaborado pelo autor, grifos nossos.

decisões categóricas: a permissão da prova ilícita quando beneficiar o réu, com a cuidadosa seguinte redação:

Art. 157. Será excepcionalmente admitida a prova obtida em violação a normas constitucionais ou legais, se em benefício do acusado e estritamente necessária para a comprovação de sua inocência ou decréscimo de pena, desde que observada a proporcionalidade entre a conduta ilícita praticada e a prova obtida.⁴²¹

6.1.5 Sugestões de mudanças no Código de Processo Penal no contexto da produção e valoração das provas

Como dissemos no Capítulo 3, o contraditório ganha força principal no momento processual de produção da prova e bem por isso já propusemos a modificação na redação do artigo 5º da Constituição Federal a trazer a expressão “contraditório para a prova”, conforme Item 6.1.2, concretizando o contraditório como “regra de ouro do sistema acusatório”, como Ferrua bem escreveu.

Todavia, também no âmbito infraconstitucional é de fundamental relevância que se modifique o simbólico artigo 155 do Código de Processo Penal, e, também aí, seja determinada a passagem de um livre convencimento motivado do Juiz para a desejada valoração racional da prova. Assim, propomos o seguinte:

Art. 155. As provas serão admitidas a pedido das partes, cabendo ao juiz valorar racionalmente a prova produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas
 § 1º. É dever do magistrado expor o caminho racional percorrido na valoração das provas, sob pena de nulidade da sentença por falta de fundamentação.⁴²²

6.2 Sugestões de mudanças no âmbito orçamentário

Todavia, se a questão legislativa parece algo mais formal do que realmente impeditivo da verificação concreta de um direito à prova, a questão orçamentária é fulcral para que se estabeleça a igualdade de partes no processo penal. Trazendo como exemplo a pesquisa aqui realizada no âmbito do Fórum Criminal da cidade de São Paulo, fica difícil imaginar – e a pesquisa processual confirmou essa dificuldade – uma paridade de armas entre uma instituição pública acusatória que, além de possuir o dobro de membros e o triplo de orçamento, ainda

⁴²¹ Elaborado pelo autor.

⁴²² Elaborado pelo autor.

pode se valer de toda a estrutura policial e outra instituição, também pública, defensiva, mas com precariedade evidente e escassez de recursos.

Em estudo semelhante, realizado em 2023 e na seara federal, Leonardo Costa de Paula e Vinicius Diniz Monteiro de Barros chegaram aos seguintes números:

Confirmou-se, ainda, com a presente pesquisa, que a Defensoria Pública da União recebe quase 7 vezes menos recursos do que o órgão público acusador, 11 vezes menos recursos do que o órgão de investigação policial, apesar de ainda estar ausente em 71,3% das seções judiciárias federais, situação distante de acometer o Ministério Público Federal e a Polícia Judiciária Federal.⁴²³

O desequilíbrio administrativo- financeiro de duas instituições de natureza pública que participam do mesmo contexto processual em lados opostos, faz com que os ditames do próprio Estado Democrático de Direito se desorganizem e o cidadão – aquele defendido por uma instituição pública – sofra as consequências de uma escolha enviesada.

Daí porque o reforço financeiro e administrativo dado às Defensorias Públicas Brasil afora deve ser contínuo e se fazer presente nos Poderes constituídos até que se estabeleça uma igualdade material entre as partes, tornando-se aptas a produzirem os próprios arcabouços probatórios, dispendendo esforços financeiros nas contratações de equipes próprias que auxiliem na produção probatória.

6.3 Proposta de mudanças no âmbito interno das Defensorias Públicas

Por fim, é preciso registrar a necessidade de uma mudança interna nas Defensorias Públicas. Ciente que estamos das necessidades orçamentárias, pequenas alterações são capazes de incentivar a mudança cultural para a desejada Defesa proibitoriamente ativa.

Nesse cenário, a criação de Núcleos de Investigação Defensiva, como realizado na Defensoria Pública do Estado de Rio de Janeiro⁴²⁴ é passo primeiro e importante para a concretização do direito à prova para as partes, sem escapar da idealização de uma estruturação completa e disponível para todos os Defensores Públicos na atuação cotidiana, nos moldes do CAEx do Ministério Público paulista. Peritos, centrais de avaliação das imagens das câmeras policiais, oficiais de diligência é padrão mínimo a igualar as condições probatórias.

⁴²³ DE PAULA, Leonardo Costa; BARROS, Vinicius Diniz Monteiro de. A falácia da isonomia entre as partes no processo penal brasileiro: quando a estruturação material e orçamentária importa! In: **Cadernos de Direito Actual**, [S.l.], n. 20 (extraordinário), pp. 134–156, 2023. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/947>. Acesso em: 3 set. 2024. p. 153.

⁴²⁴ Falamos sobre isso no Item 3.1.3.

Seja como for, enquanto apenas o órgão acusador produzir provas a serem valoradas pelo Poder Judiciário, aquele “efeito aliança”, dito por Bernd Schünemann⁴²⁵, entre Acusação e Juiz tende a se fortalecer e o “princípio da desconfiança”, trazido por Tuzet⁴²⁶, acaba por recair sobre aquela prova “estranha”: a defensiva.

⁴²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito penal, processo penal e filosofia do direito**. Luís Greco (Coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221

⁴²⁶ Sobre a qual falamos no Item 2.2.4.

CONCLUSÃO

1. No processo penal, a função da prova é denominada de cognitiva. De forma concisa, essa concepção entende que a prova é baseada no saber e não no poder e, como consequência, um enunciado poderá ser considerado provado e verdadeiro – ainda que não corresponda a realidade dos fatos –, desde que haja, no processo, elementos probatórios suficientes para tanto, avaliados de maneira racional e justificada, a chamada verdade por correspondência.

2. Em relação a terminologia utilizada dentro do contexto processual penal, entende-se por elementos de prova o dado objetivo que confirma ou nega uma asserção acerca de um fato como, por exemplo, o conteúdo da declaração testemunhal ou de um documento.

3. Por seu turno, as fontes de prova são as pessoas ou coisas das quais pode-se extrair o elemento de prova, dividindo-se em fontes pessoais e fontes reais. As fontes de prova são anteriores ao processo, como a pessoa que presenciou o crime, por exemplo.

4. Já os meios de prova, de índole notoriamente endoprocessual, são os instrumentos ou atividades por intermédio das quais os dados probatórios (elementos) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova), como o testemunho e a perícia, por exemplo.

5. Em outro aspecto, especificamente quanto ao ônus da prova no processo penal, é inconteste dizer que, se a Constituição Federal expressamente presume alguém inocente até que tal condição seja probatoriamente desconstruída por uma sentença definitiva, esse alguém – o réu – não precisa comprovar aquilo já é validado pela Lei Maior, somente o fazendo por interesse, não encargo. Por sua vez, o órgão ministerial deve comprovar aquilo, e exatamente aquilo – leia-se, todo o conjunto de afirmações – que apontou em sua exordial acusatória, sob pena da ação intentada ser julgada improcedente, sendo seu, portanto, o ônus de provar.

6. O conhecido e discutido tema acerca dos *standards* de prova possui nuances a depender da posição adotada. Todavia, há certo consenso de que a expressão “para além da dúvida razoável” é incapaz de traduzir o desejo racional epistêmico, dada a sua incerteza terminológica (o que seria uma dúvida razoável?). Para o presente estudo, os *standards* probatórios trazidos por Gustavo Badaró na primeira edição do seu livro “Epistemologia Judiciária e Prova Penal” – e depois atualizado na segunda –, parece o que melhor atende tal necessidade. Há, então, duas premissas importantes: há somente uma hipótese a ser verificada no processo penal, que é a hipótese acusatória e esta deve ser provada em relação a cada um dos segmentos fáticos que a compõem” ou, de maneira mais clara, deve haver um conjunto de

provas que sejam concordantes com a hipótese acusatória e que não haja prova alguma dos fatos afirmados pela Defesa, ainda que em intensidade menor.

7. Já sobre o direito à prova em si, em relação à sua previsão “abstrata”, apesar de não codificado de maneira expressa, predomina o entendimento do seu status constitucional, podendo ser extraído de outras garantias previstas na Carta Magna como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, bem como a previsão em Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, através das disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art.14.3) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2.f), ambos vigentes no Brasil a partir de 1992. No plano ordinário, alguns dispositivos do Código de Processo penal trazem uma “possibilidade probatória das partes”, especialmente os artigos 41 e 396, que possibilitam a indicação de testemunhas na denúncia ou resposta à acusação, o artigo 402 que permite o requerimento de diligências e o artigo 231 que permite a juntada de documentos em qualquer fase do processo.

8. No que tange à natureza jurídica do direito à prova, a doutrina costuma relacionar um aspecto negativo e outro positivo. O primeiro guarda estreita relação com o ônus da prova já citado, enquanto o segundo se traduz como o direito subjetivo das partes à introdução, no processo, do material probatório que dispõe e de participar de todas as fases do procedimento probatório como forma de embasar a hipótese fática posta por cada uma delas. É daí que se configura, em relação à Defesa, a célebre expressão de Vassalli: “o direito a se defender provando”.

9. Quanto as provas passíveis de produção pelas partes, é certo que o Código de Processo Penal elenca uma série de provas típicas, mas também é certo que o desenvolver de novas tecnologias acaba por permitir a utilização de provas não prevista em lei, desde que, é claro, não sejam ilícitas, havendo inclusive o que Enio Amodio chama de “regras probatórias jurisprudenciais”.

10. Em relação as provas típicas o Código de Processo Penal elenca, em primeiro lugar, o exame de corpo de delito e as perícias em geral, cuja maior discussão é o apego do Julgador ao laudo produzido, tendo em vista a incapacidade cada vez mais latente do Juiz ser “*expert*” em todos os meios de prova, ainda mais os digitais cada vez em maior avanço. Desse modo, concluiu-se como fundamental para a liberdade do julgador que a Defesa participe ativamente da perícia, inclusive indicando assistente técnico para o devido contraditório.

11. Por sua vez, em relação ao interrogatório, o valor probatório de uma confissão ganhou maior relevo, tendo em vista a presença de diversas pesquisas que anotam as “falsas confissões” por diferentes motivos, entre eles para se beneficiar de eventuais acordos

processuais legais. Nesse cenário, uma Defesa que não produza prova alguma deixa o acusado a mercê do órgão julgador e, portanto, um acordo acaba por ser a única via processual.

12. Novamente, é o valor probatório o grande apontamento realizado acerca das palavras das vítimas, inclusive, naqueles crimes cometidos na clandestinidade. Nesse ponto, o que se concluiu no presente estudo é que mais do que apenas dizer que a palavra da vítima em determinados crimes é o que basta para condenar o acusado, alguns “cuidados epistêmicos” seriam de maior valia.

13. As falsas memórias tiveram seu lugar de destaque quando o presente estudo avaliou os depoimentos dados pelas testemunhas e os cuidados epistêmicos que devem lhe permear, mormente em reconhecimentos pessoais, que teve item específico no presente estudo a partir da guinada jurisprudencial comandada pelo Superior Tribunal de Justiça. Seja como for, na linha de Giovane Tuzet, deve haver um princípio de desconfiança em relação as testemunhas, seja elas quem forem.

14. Se, em relação a acareação, a prova documental e a interceptação telefônica a abordagem aqui realizada não envolveu grandes novidades além das disposições legais, em relação à busca pessoal e domiciliar foi possível trazer diversos números que explicam o maior cuidado que se deve ter com essa prova – como os Tribunais Superiores vêm fazendo. Por exemplo, o simples olhar de dados da Segurança Pública já nos mostra que 97% das buscas abordagens são infrutíferas.

15. Em relação à possibilidade de produção de tais provas pelas partes, o conteúdo do direito à prova se divide em cinco momentos processuais, a saber: (i) o direito à investigação; (ii) o direito à proposição; (iii) o direito à admissão; (iv) o direito à produção; e (v) o direito à valoração das provas. Tendo em vista o teor do presente estudo, abordamos a teoria completa relacionas a esses momentos, mas demos ênfase maior à Defesa e suas possibilidades.

16. O direito à investigação foi compartimentado no presente estudo em três tópicos diversos. No primeiro, foi traçado um modelo epistêmico ideal de investigação através do incentivo ao investigador para que trabalhe, em um momento inicial, com inferências abduativas vindas inclusive de sua experiência, mas que seja necessário que as teste, agora através de inferências indutivas e dedutivas, não se deixando levar pela já famosa “visão de túnel”.

17. Todavia, enquanto esse modelo ideal parece distante, o segundo tópico relacionado ao direito à investigação teve como norte o insuficiente papel da Defesa na investigação dos demais atores, naquilo que chamamos de “defesa posicionada”, em contrapartida, agora no terceiro tópico, a “defesa em movimento”, ou seja, a Defesa realizando

a sua própria investigação, que urge seja disposta de maneira exaustiva no Código de Processo Penal brasileiro, assim como o Código italiano o faz.

18. Por sua vez, o direito à proposição das provas teve como enfoque principal a preclusão probatória. Se, para a Acusação, há uma preclusão temporal por “fase processual”, com exceção à prova testemunhal – que opera a preclusão consumativa caso não prevista na denúncia ou queixa- e a documental – que pode ser juntada até o final da instrução processual –, para a Defesa, concluímos que o único limite temporal possível seria o julgamento finalizado em segunda instância.

19. É no terceiro momento processual probatório, referente à admissão das provas, que a doutrina trabalha os limites ao direito à prova, que são de três ordens: limites processuais epistêmicos, limites extraprocessuais – nos quais está presente a questão das provas ilícitas –, e os limites lógicos, sendo aí analisado a pertinência e relevância das provas requeridas/produzidas.

20. A força epistêmica do contraditório para a formação da prova – e não sobre a prova já produzida –, sendo denominado inclusive de “regra de ouro do sistema acusatório” por Paolo Ferrua, é tema central no direito à produção de provas, o quarto momento processual probatório. Em regra, prova é aquilo, e somente aquilo, produzido em juízo sob o manto do contraditório.

21. Já em relação ao quinto momento processual probatório, entra em cena o direito à valoração da prova, aspecto talvez de maior presença na doutrina nacional e estrangeira, embora de parca abrangência nesse estudo. A racionalidade e o controle de tal valoração, afastando-se de uma livre motivação, é desejo epistêmico de grande valia.

22. Porém, e esse parece ser o aspecto fulcral do presente estudo, se o arcabouço teórico do direito à prova é robusto, ao testá-lo na prática concluímos não passar de “ficção jurídica”, conceito trazido das lições de Jorge Luiz Esquirol, com apoio também em Joan José Sauer, que a define não como uma mentira em si, mas algo contado com uma ideia operativa anteriormente concebida.

23. Para chegarmos a tal conclusão, foi necessário empreender duas pesquisas com diferentes objetos. A primeira, realizada no âmbito administrativo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e do Ministério Público do Estado de São Paulo no contexto das Varas Singulares do Fórum Criminal da Barra Funda, foi capaz de demonstrar a desigualdade de acesso ao suporte probatório que os membros das duas instituições possuem. A título de exemplo, há no mesmo local geográfico o dobro de Promotores de Justiça e auxílio de órgão

acusatório específico, o CAEx (Centro de Apoio à Execução), enquanto o Defensor Público nada possui.

24. Já a segunda pesquisa, realizada em cento e trinta processos criminais distribuídos por cinco capitais representativas das regiões brasileiras – Manaus, Maceió, Campo Grande, São Paulo e Curitiba – demonstrou que em 97% dos casos em que a Defesa foi exercida pela Defensoria Pública prova alguma foi produzida, em que pese em 65% desses casos o réu não tenha confessado os fatos.

25. Desse modo, o direito à prova das partes, se não é uma mentira em si, pois previsto abstratamente, não passa de uma ficção jurídica, ao menos para aqueles defendidos pelas Defensorias Públicas Brasil afora. A ideia operativa por trás do conceito reside exatamente na manutenção do tratamento dado pela jurisprudência e doutrina ao tema, como se fosse o direito à prova fosse verdadeiramente acessível a grande parte da população carcerária, o que definitivamente não é. Afinal, como lidar com a realidade da quase impossibilidade fática da produção probatória defensiva pública?

26. Por fim, para não restarmos “na crítica pela crítica”, traçamos sugestões em diversos âmbitos para a mudança de tal quadro. Em âmbito legislativo, propusemos modificações na Constituição Federal e no próprio Código de Processo Penal. Em âmbito orçamentário, são necessários um olhar e um desejo equiparativo entre as instituições públicas e, ainda, na dinâmica interna/administrativa as Defensorias Públicas, com a implementação já tardia de Departamentos de Investigação Defensiva.

27. Quem sabe assim, ainda que lentamente, o direito à prova deixe de ser uma ficção.

REFERÊNCIAS

Referências bibliográficas

ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Trad. Livia Moscatelli e Caio Badaró Messina. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

AMODIO, Ennio. Libertá e legalità nella disciplina della testimonianza. **Rivista Italiana de diritto e procedura penale**, [S.L.], pp. 310-339, 1973.

AMODIO, Enio. Prove legali, legalità probatória e política processuale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, [S.L.], p. 373-376, 1974.

AMODIO, Enio. La legalita probatória: dal pensiero di Cordero all'approdo nel rito accusatorio. In: CATALANO, Elena Maria; FERRUA, Paolo (Orgs.). **Corderiana**. Sulle orme di un maestro del rito penale. Torino: Giappichelli, 2023, pp. 3-18.

AMATO, Giuliano. **Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale**. Milano: Giuffré, 1968.

AQUINO, José Carlos Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2022.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; BORRI, Luiz Antonio. A Cadeia de custódia da prova penal dependente da memória: diálogos entre a psicologia do testemunho e a dogmática processual penal. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal**. Coords. Rogério Schetti Cruz, Mauro Pereira Martins e Luis Geraldo Sant`Ana Lanfredi. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 50-68. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declaração escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 341-352.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

- BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 15, n. 64, pp. 253-273, Jan./Fev. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86304>. Acesso em: 5 jun. 2024.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso**. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração Racional da Prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Rio de Janeiro: Juspodium, 2021.
- BARGI, Alfredo. **Procedimento probatório e giusto processo**. Napoli: Jovene, 1990.
- BRITO, Gustavo Ribeiro Gomes; COLAVOLPE, Luis Eduardo Lopes Serpa. A cor do suspeito. In: CRUZ, Rogério Schietti; MARTNS, Mauro Pereira; LANFREDI, Luís Geraldo Santana (Orgs.). **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal**. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 304-318.
- CACICEDO, Patrick. **Ideologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio e certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1965, vol. XX (II Série), pp. 4-9, 1965.
- CARRARA, Francesco. **Opuscoli de diritto criminale – Vol V**. Prato: Generic, 1889.
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CHIAVARIO, Mario. **Diritto processuale penale**. Milano: UTET Giuridica, 2017.
- CORDERO, Franco. **Tre studi sulle prove penali**. Milano: Giuffrè, 1963.
- CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.
- CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- CORDERO, Franco. Linhas de um processo acusatório. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil – vol. 4**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, pp. 17-47.

CORDOBA, Gabriela. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de passividade? In: BAIGUN, David (Coord.). **Estudios sobre la Justiça Penal**: homenaje al Porf Julio B. J. Maier. 1 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 25-278.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais – ITEC**, Porto Alegre, vol. 4, n. 14, pp. 77–94, Abr./Jun. 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DAMASKA, Mirjan. **Il diritto delle prove alla deriva**. Bologna: Il Mulino, 2003.

DE PAULA, Leonardo Costa; BARROS, Vinicius Diniz Monteiro de. A falácia da isonomia entre as partes no processo penal brasileiro: quando a estruturação material e orçamentária importa! In: **Cadernos de Direito Actual**, [S.l.], n. 20 (extraordinário), pp. 134–156, 2023.

Disponível em:

<https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/947>. Acesso em: 3 set. 2024.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DIAS, Fernando Gardinalli Caetano. **Direito à prova e preclusão no processo penal condenatório**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em:

https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17092020-145721/publico/5181325_Dissertaca_Parcial.pdf. Acesso em: 26 jun. 2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal – Vol. 1**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974.

DIETER, Mauricio Stegemann, DE LUCA, Rafael Dezidério; REGENSTEINER, Gabriel. Reconhecimento pessoal no Tribunal Bandeirante. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Coletânea reflexões sobre o reconhecimento de pessoas**: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal. Coords. Rogério Schetti Cruz, Mauro Pereira Martins e Luis Geraldo Sant`Ana Lanfredi. Brasília/DF: CNJ, 2022, pp. 13-32. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/02/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06-1.pdf>. Acesso em: 22 maio. 2024.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**. São Paulo: Novas edições acadêmicas, 2015.

ESQUIROL, Jorge L. **Ficções do direito latino-americano**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRUUA, Paolo. **La Difesa nel Processo Penale**: Vol. 1 – struttura e procedimento. Torino: UTET, 1988.

FERRUUA, Paolo. **La prova nel processo penale**: Vol 1. – Struttura e procedimento. Torino: G. Giappichelli, 2015.

FERRUUA, Paolo. Gênese da reforma constitucional do *giusto processo* na Itália. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, pp. 661-668, Maio./Ago. 2017. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/61>. Acesso em: 26 abr. 2024.

FERRUUA, Paolo. Teorie della prova: dialogo com Franco Cordero. In: **Discrimen**. [S.l.], Dic. 2020. Disponível em: <https://discrimen.it/teorie-della-prova-dialogo-con-franco-cordero/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

FICÇÃO. In: MICHAELIS, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. [S.l.]: Editora Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fic%C3%A7%C3%A3o/>. Acesso em: 26 set. 2024.

FINDLEY, Keith A. Tunnel Vision. In: CUTLER, Bryan (Org.). **Conviction of the innocent**: Lessons from psychological research. [S.l.]: American Psychological Association, 2012, pp. 1-31. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1604658>. Acesso em: 8 mar. 2024.

GALVÃO, Danyelle. Interrogatório por videoconferência ao longo dos 80 anos de Código de Processo Penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti Cruz (Orgs.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência – Vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 87-108.

GIOSTRA, Glauco. **Primeira lição sobre a justiça penal**. Trad. Bruno Cunha Souza. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

GREVI, Vittorio. **Libertà personale dell'imputato e Costituzione**. Milano: Giuffré, 1976.

GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Orgs.). **Compendio de Procedura Penale**. 5. ed. Padova: Cedam, 2010, pp. 310-360.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, [S.l.], n. 21, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini . FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1 ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Coords.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 303-318.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique. Provas e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], vol. 15, n. 65, pp. 175-208, Mar./Abr. 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/86288>. Acesso em: 2 maio. 2024.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008, pp. 246-297.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUC/SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords. de tomo). [S.l.]: PUC/SP, abr. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade>. Acesso em: 24 jul. 2020.

KHALED JÚNIOR, Salah H.; DIVANI, Gabriel Antinolf. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no processo penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 27, n. 156, pp. 395-423, Jul. 2019. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/133358>. Acesso em: 20 maio. 2024.

KISS, Vanessa Moraes. **A Investigação defensiva no Direito Processual Penal Brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/24841/1/Vanessa%20Moraes%20Kiss.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2024.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías em el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

LAUDAN, Larry. Is it finally time to put 'proof beyond a reasonable doubt' out to pasture? **Public Law Research Paper (University of Texas Law)**, n. 194, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815321. Acesso em: 26 abr. 2024.

LOFTUS, Elizabeth. F. Creating false memories. **Scientific American**, [S.l.], vol. 277, n. 3, pp. 70-75, Oct. 1997. Disponível em ; https://www.researchgate.net/publication/13946572_Creating_False_Memories. Acesso em: 8 maio. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. Bom pra quem? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 118, Jul. 2008. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigos/224-188-Julho-2008. Acesso em: 26 abr. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos**. Tomo I. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (Org). **Epistemologia: Críticas do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (Orgs.). **Violência de gênero: temas polêmicos e atuais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 97-110.

MATIDA, Janaina Roland. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. **Trincheira Democrática**, [S.l.], vol. 2, n. 3, 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/40049514/Matida_2019_O_que_deve_significar_o_especial_valor_probato%C3%B3rio_da_palavra_da_v%C3%ADtima_nos_crimes_de_g%C3%AAnero. Acesso em: 5 maio. 2024.

MELCHIOR, Antônio Pedro; CASARA, Rubens. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Dos processos em espécie. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Porto alegre, vol. 6, n. 1, pp. 361-394, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/331>. Acesso em: 5 maio. 2024.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. La importancia de la abducción en la etapa de investigación criminal. **Quaestio facti – Revista Internacional sobre Razonamento**

Probatorio, Madrid, año 2023, n. 5, pp. 125-155, 2023. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22846/21>. Acesso em: 30 maio. 2024.

MORAES, Mauricio 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.

NAPPI, Aniello. **Guida al Codice di Procedura Penale**. 8 ed. Milano: Giuffrè, 2001.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOBILI, Massimo. Storie d'una illustre formula: il "libero convencimento" negli ultimi trent'anni. **Rivista Italiana de diritto e procedura penale**, [S.l.], 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORLANDI, Renzo. Franco Cordero e as doutrinas do processo penal. In: DE POLI, Camilin Marcie; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa.

Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Franco Cordero. Trad. Giovanni Frazão Della Villa e Bruno Cunha Souza. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2023, pp. 108-133.

PANAGIA, Salvatore. Il Diritto alla prova della difesa fra norme penali e codice de rito. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, Milano, vol. 34, n. 4, pp. 1.249-1.257.

PARISE, Bruno Girade. **O poder geral de cautela no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **O princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; FURTADO, Otavio Morais Alves de Souza Oliveira. Sociedade, violência e segurança pública: investigação criminal e vieses cognitivos. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord). **Sociedade, Educação e Violência**. São Paulo: Quartier Latin, 2022, pp. 91-107.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 39-54.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: Jose Maria Bosche Ed., 1996.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. São Paulo: Jalovi, 1983.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. **Da busca e apreensão no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SAAD, Marta. Editorial do dossiê “Reformas da investigação preliminar e a investigação defensiva no processo penal” - Investigação preliminar: desafios e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 29-40, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/348/200>. Acesso em: 26 maio. 2024.

SAAD NETTO, Claudio *et al.* **O direito à prova pericial no processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SAER, Juan José. O conceito de ficção. **Revista FronteiraZ**, São Paulo, n. 8, Jul. 2012.

SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; FERREIRA, Amanda Assis. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, pp. 175-210, Jan./Abr. 2020. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/299/205>. Acesso em: 30 maio. 2024.

SAMPAIO JÚNIOR, Denis Andrade. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 2021. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2021. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/52498/1/scnd737705_td_Denis_Junior.pdf. Acesso em: 17 jun. 2024.

SANDANO, Silvia. La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, [S.l.], n. 1-2, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito penal, processo penal e filosofia do direito**. Luís Greco (Coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/>. Acesso em: 15 fev. 2024.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Criminal direta pela defesa**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade da pessoa humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 223-236.

SILVA, Marco Antonio Marques. Processo penal e Estado Democrático de Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (Coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 10 Ago. 2024.

SIRACUSANO, Delfino. Le prove. In: SIRACUSANO, Delfino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo (Colabs.). **Manuale di diritto processuale penale**. Milano: Giuffrè, 1990, pp. 371-406.

SOUZA, Hellen Luana de; AYROSA, João Pedro Barione. O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.l.], vol. 9, n. 3, pp. 1.421-1.450, Set./Dez. 2023. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/852/512>. Acesso em: 5 maio. 2024.

STEIN, Lilian. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian *et al.* (Coord.). **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações técnicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 21-40.

SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 8, n. 31, pp. 75-101, Jul./Set. 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5265955>. Acesso em: 20 jun. 2024.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michelle. Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali. **Decisione Giudiziaria e verità scientifica**, Milano, pp. 3-23, 2005.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trota, 2005.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUZET, Giovanni. **Filosofia de la prueba jurídica**. Trad. Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2021.

UBERTIS, Giulio. Diritto alla prova nel processo penale e Corte Europea de Diritto Dell'Uomo. **Rivista de diritto processuale**, Padova, vol. 49, n. 2, 1994.

UBERTIS, Giulio. **La prova penale: profili giuridici ed epistemologici**. Torino: UTET, 1999.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Fundamento e função do processo penal: a centralidade do juízo oral e sua relação com as demais fases da persecução penal para a limitação do poder punitivo. **Revista Eletrônica de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n. 2, Maio./Ago. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/31959>. Acesso em: 20 jun. 2024.

VASSALLI, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale. **Rivista Italiana di diritto e procedura penale**, Milano, 1968.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Controle na obtenção de elementos de prova e sua admissibilidade no Processo Penal brasileiro**. 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24032021-161430/pt-br.php>. Acesso em: 26 abr. 2024.

VILARES, Fernanda Regina; BEDIN, Guilherme Augusto Campos; CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o Projeto de Código de Processo Penal e Investigação defensiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S.l.], vol. 22, n. 107, pp. 309-336, Mar./Abr. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro – Vol. I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa probatória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

Referências normativas, jurisprudenciais e documentais

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOU**, Rio de Janeiro, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF, Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **DOU**, Brasília/DF, 7 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **DOU**, Brasília/DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm . Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **DOU**, Brasília/DF, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 25 maio. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília/DF, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.045, de 2010**. Código de Processo Penal. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=e=PL%208045/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL%208045/2010). Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **DOU**, Brasília/DF, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 2 maio. 2024.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 26 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 329, de 30 de julho de 2020. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. **DJe**, Brasília/DF, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400>. Acesso em: 2 maio. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 354, de 19 novembro de 2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. **DJe**, Brasília/DF, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 5 maio. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **DECNMP**, Brasília/DF, 8 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5277>. Acesso em: 29 maio. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 021, de 22 de setembro de 2006. (Consolidada). Cria as Defensorias Públicas Regionais da Capital e de sua Região Metropolitana. **DOE**, São Paulo, [2015]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/645366>. Acesso em: 18 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 026, de 21 de dezembro de 2006. Regulamenta o estágio de Direito na Defensoria Pública do Estado e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/645311>. Acesso em: 28 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 089, de 8 de agosto de 2008. Fixa os parâmetros objetivos e procedimentos para a denegação de atendimento pela Defensoria Pública, nas hipóteses de demandas individuais. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/644618>. Acesso em: 21 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 111, de 9 de janeiro de 2009. Institui o Regimento Interno dos Servidores Públicos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **DOE**, São Paulo, [2024]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/644376>. Acesso em: 28 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 143, de 26 de novembro de 2009 (Consolidada). Fixa as atribuições dos Defensores Públicos na Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **DOE**, São Paulo, [2024]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/644024>. Acesso em: 20 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 187, de 12 de agosto de 2010. Disciplina a estrutura e funcionamento dos Centros de Atendimento Multidisciplinar. **DOE**, São Paulo, [2017]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/643540>. Acesso em: 28 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensor Público-Geral. Ato Normativo n. 58, de 27 de janeiro de 2012. Institui a política de uso da Rede Infoseg e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, 28 jan. 2012. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/648625>. Acesso em: 21 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensor Público-Geral. Ato Normativo n. 86, de 30 de junho de 2014. Cria a Divisão de Apoio ao Atendimento do Preso Provisório - DAP, órgão administrativo vinculado à Assessoria Criminal, altera o Ato Normativo DPG nº 80, de 21 de janeiro de 2014 e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, 1 jul. 2014. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/647682>. Acesso em: 21 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 297, de 8 de maio de 2014. Organiza a política institucional de atendimento às pessoas presas provisoriamente atendidas pela Defensoria Pública do Estado. **DOE**, São Paulo, [2015]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/642323>. Acesso em: 21 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior. Deliberação n. 390, de 27 de agosto de 2021. Regulamenta a implementação, no âmbito da Defensoria Pública do Estado, de programa de Estágio de Pós-Graduação conforme permitido pela Lei 11.788/2008 c./c. a Lei 9.394/96. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/641300>. Acesso em: 28 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Defensor Público-Geral. Ato Normativo n. 201, de 27 de setembro de 2021. (Consolidado). Regulamenta o programa de estágio de pós-graduação na Defensoria Pública, cria a Subcomissão Especial a que faz referência a Deliberação CSDP 390/21 e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, 28 set. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/legislacoes/-/legislacao/646437>. Acesso em: 21 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei Complementar n. 1.392, de 22 de dezembro de 2023. Altera as Leis Complementares nº 988, de 09 de janeiro de 2006, que organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado, e nº 1.050, de 24 de junho de 2008, para incluir no Subquadro de Cargos de Apoio da Defensoria Pública do Estado as classes de apoio que especifica e dá providências correlatas. **DOE**, São Paulo, 26 dez. 2023. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?tipo=Lei%20Complementar&numero=1392&ano=2023>. Acesso em: 2 set. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Convênio OAB**. [S.l.]: DPE/SP, 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/institucional/defensoria-publica-geral/assessorias/assessoria-de-convenios/convenio-oab>. Acesso em: 8 mar. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Portal da Transparência. **Gestão de pessoas**: Defensores/as e Servidores/as. São Paulo: DPE/SP, 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/transparencia/portal-da-transparencia/defensores-e-servidores>. Acesso em: 18 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Núcleos Especializados**: Segunda Instância e Tribunais Superiores. São Paulo: DPE/SP, 2024. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/pt/nucleos-especializados/pagina-inicial-nucleos-especializados/segunda-instancia-tribunais-superiores>. Acesso em: 16 maio. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Defensor Público-Geral. Resolução n. 1.179 de 29 de setembro de 2022. Instituir no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro o Núcleo de Investigação Defensiva (NIDEF) e os órgãos de apoio para este fim. **DOE**, Rio de Janeiro, 30 set. 2022. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/legislacao/detalhes/20545-RESOLUCAO-DPGERJ-N-1179-DE-29-DE-SETEMBRO-DE-2022>. Acesso em: 5 jun. 2024.

ITALIA. Codice di Procedura Civile, 28 ottobre 1940. **Regio Decreto**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 20 abr. 2024.

ITALIA. Codice di Procedura Penale, 22 settembre 1988. **Testo del D.P.R.**, [S.l.], [2024]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale>. Acesso em: 26 abr. 2024.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Traduzida (Port.). Roma: Senado da República Italiana: Biblioteca Italia, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Lei Complementar n. 734, de 26 de novembro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público. **DOE**, São Paulo, [2020]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/1993/compilacao-lei.complementar-734-26.11.1993.html>. Acesso em: 2 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução n. 662, de 8 de outubro de 2010. Fixa as atribuições e os demais requisitos necessários à investidura nos cargos efetivos, nos cargos em comissão e nas funções de confiança do Quadro de Pessoal do Ministério Público do Estado de São Paulo e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, [2023]. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/Atos/662compilado.pdf. Acesso em: 2 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução n. 1.017, de 4 de abril de 2017. Regulamenta os programas de estágio remunerados instituídos no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos do artigo 77, parágrafo único da Lei Complementar nº. 734, de 26 de novembro de 1993, e dá outras providências. **DOE**, São Paulo, [2022]. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/atos/1017.pdf. Acesso em: 2 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução n. 1.349/2021, de 29 de julho de 2021. Reorganiza a estrutura administrativa do Centro de Apoio à Execução (CAEx) e disciplina o procedimento de solicitação de apoio técnico-científico. **DOE**, São Paulo, 29 jul. 2021. Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/resolucoes/1349.pdf. Acesso em: 2 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Atribuições das Promotorias de Justiça de Promotores de Justiça Titulares**. São Paulo: MP/SP, 2024. Disponível em: https://mpspbr.sharepoint.com/:w:/s/g_secadm/Echl6L3frANKkbzzWtJZZLgBaeXaYWORD_xi336zeDfryw?rtime=mtafzaN23Eg. Acesso em: 2 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Conheça o MPSP: CAEx**. São Paulo: MP/SP, 2024. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/caex>. Acesso em: 2 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Visão 360º**. São Paulo: MP/SP, 2024. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjg2YjIwNDAtNDQyZC00OWVhLWFmODItMjU>

3MzJiNWU0MzYyIiwidCI6IjJkYmQ4NDk5LTUwOGQtNGI3Ni1hMzFkLWNhMzljYjNkO
GYxZCJ9&pageName=ReportSection. Acesso em: 2 set. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Provimento n. 188, de 2018. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. **DEOAB**, Brasília/DF, 31 dez. 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 5 jun. 2024.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Processo n. 5.16.00**: Câmeras Operacionais Portáteis (COP). São Paulo: PMSP, [s.d.]. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/586201837/CAMERAS-OPERACIONAIS-PORTATEIS-COP-POP-5-46-00-05AGO22>. Acesso em: 10 maio. 2024.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Despacho n. PM 3-003/02/23**. São Paulo: PMSP, 23 set. 2023. Disponível em: https://actb.org.br/wp-content/uploads/2023/10/PM3_003_02_23.pdf. Acesso em: 10 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 202.928/PR. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 15 maio. 2014, **DJe de 8 set. 2014**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100781731&dt_publicacao=08/09/2014. Acesso em: 11 jun. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 335.956/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 15 dez. 2015, **DJe de 2 fev. 2016**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502310299&dt_publicacao=02/02/2016. Acesso em: 24 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 380.698/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 5 out. 2017, **DJe de 27 out. 2017**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603146587&dt_publicacao=27/10/2017. Acesso em: 26 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APn n. 856/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 18 out. 2017, **DJe de 6 fev. 2018**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001847200&dt_publicacao=06/02/2018. Acesso em: 26 jun. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 525.027/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 21 nov. 2019, **DJe de 6 dez. 2019**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902280286&dt_publicacao=06/12/2019. Acesso em: 24 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.585.502/SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 6 fev. 2020, **DJe de 14 fev. 2020**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902806604&dt_publicacao=14/02/2020. Acesso em: 24 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp n. 1.641.748/MG. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 18 ago. 2020, **DJe de 24 ago. 2020**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000010624&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 24 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 598.886/SC. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 27 out. 2020, **DJe de 18 dez. 2020**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001796823&dt_publicacao=18/12/2020. Acesso em: 25 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 652.285/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Decisão Monocrática. **DJe de 12 maio. 2021**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=202100770108&dt_publicacao=12/05/2021. Acesso em: 25 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 598.051/SP. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 2 mar. 2021, **DJe de 15 mar. 2021**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001762449&dt_publicacao=15/03/2021. Acesso em: 8 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 684.062/SP. Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, j. em 19 out. 2021, **DJe de 3 nov. 2021**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102439937&dt_publicacao=03/11/2021. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AREsp n. 1940381/AL. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 14 dez. 2021, **DJe de 16 dez. 2021**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102429156&dt_publicacao=16/12/2021. Acesso em: 7 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 653.515/RJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 23 nov. 2021, **DJe de 1 fev. 2022**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100831087&dt_publicacao=01/02/2022. Acesso em: 2 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RHC n. 158.580/BA. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19 abr. 2022, **DJe de 25 abr. 2022**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 735.519/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 16 ago. 2022, **DJe de 22 ago. 2022**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201065256&dt_publicacao=22/08/2022. Acesso em: 8 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 740.431/DF. Rel. Min Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 13 set. 2022, **DJe de 19 set. 2022**. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201336299&dt_publicacao=19/09/2022. Acesso em: 2 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 816.857/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j; em 27 abr. 2023, **DJe de 3 maio. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301273420&dt_publicacao=03/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RHC n. 173.947/MT. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 8 maio. 2023, **DJe de 12 maio. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203761336&dt_publicacao=12/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 798.124/SP. Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, j. em 8 maio. 2023, **DJe de 12 maio. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300163925&dt_publicacao=12/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 810.998/GO. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 9 maio. 2023, **DJe de 15 maio. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300945411&dt_publicacao=15/05/2023. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 811.017/RJ. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 19 jun. 2023, **DJe de 23 jun. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300950216&dt_publicacao=23/06/2023. Acesso em: 5 maio. 2024

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 812.798/SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 19 jun. 2023, **DJe de 23 jun. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301065970&dt_publicacao=23/06/2023. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n. 2.042.215/PE. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 3 out. 2023, **DJe de 25 out. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203778645&dt_publicacao=25/10/2023. Acesso em: 22 abr. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 812.310/RJ. Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 21 nov. 2023, **DJe de 28 nov. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em: 25 maio. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp n. 2.428.788/PR. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 12 dez. 2023, **DJe de 15 dez. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302842484&dt_publicacao=15/12/2023. Acesso em: 22 abr. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC n. 849.543/SC. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 12 dez. 2023, **DJe de 15 dez. 2023**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303058335&dt_publicacao=15/12/2023. Acesso em: 25 maio. 2024

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp n. 2.412.780/PA. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 19 mar. 2024, **DJe de 2 abr. 2024**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202302548953&dt_publicacao=02/04/2024. Acesso em: 22 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 80.949/RJ. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. em 30 out. 2001, **DJ de 14 nov. 2001**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>. Acesso em: 7 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 81.305/GO. Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. em 13 nov. 2001, **DJ de 2 fev. 2002**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 16 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 466.343/SP. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 3 dez. 2008, **DJe de 4 jun. 2009**. Repercussão Geral – Tema n. 60. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 27 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 583.937 QO-RG. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 19 nov. 2009, **DJe 18 dez. 2009**. Repercussão Geral – Tema n. 237. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em: 25 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 96.905. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 25 ago. 2009, **DJe de 22 ago. 2011**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628202>. Acesso em: 26 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 593.727/MG. Rel. Min. Cezar Peluso, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 14 maio. 2015, **DJe de 8 set. 2015**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 28 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 603.616/RO. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 5 nov. 2015, **DJe de 10 maio. 2016**. Repercussão Geral – Tema n. 280. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>. Acesso em: 11 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC n. 43/DF, ADC n. 44/DF e ADC n. 54/DF. Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. em 7 nov. 2019, **DJe de 12 nov. 2020**.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 202.722. Rel. Min. Dias Toffoli, Decisão Monocrática, j. em 8 jun. 2021, **DJe de 10 jun. 2021**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346649805&ext=.pdf>. Acesso em: 5 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 1.342.077. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. j. em 2 dez. 2021, **DJe de 6 dez. 2021**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf>. Acesso em: 11 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 212.682 AgR. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 11 abr. 2022, **DJe de 18 abr. 2022**. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760212688>. Acesso em: 22 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 214.916 MC. Rel. Min. Edson Fachin, Decisão Monocrática, j. em 2 maio. 2022, **DJe de 4 maio. 2022**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350990571&ext=.pdf>. Acesso em: 5 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 223.442 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 3 abr. 2023, **DJe de 10 abr. 2023**. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766778882>. Acesso em: 5 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 1.447.045 AgR. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 2 out. 2023, **DJe de 9 out. 2023**. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771484094>. Acesso em: 11 maio. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 6.298/DF. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 24 ago. 2023, **DJe de 19 Dez. 2023**. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 28 abr. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Órgão Especial. Resolução n. 2, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a modificação parcial da Organização e a Divisão Judiciária do Estado. **DOE/SP**, São Paulo, 21 dez. 1976. Disponível em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/gcn-frontend-vue/legislacao/find/106885>. Acesso em: 18 ago. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Conselho Superior da Magistratura. Provimento n. 2.258, de 2015. Dispõe sobre alteração na Seção III do Provimento CSM n. 2.203/2014, que trata do Anexo Judicial de Defesa do Torcedor. **DJe**, São Paulo, 12 maio., 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcn-frontend-vue/legislacao/find/138038>. Acesso em: 18 ago. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Órgão Especial. Resolução n. 780, de 2017. Dispõe sobre a ratificação do funcionamento do Setor de Atendimento de Crimes da Violência contra Infante, Idoso, Pessoa com Deficiência e Vítima de Tráfico Interno de Pessoas - SANCTVS, vinculado à 16ª Vara Criminal Central da Comarca da Capital e concede orientações. **DJe**, São Paulo, 26 jun. 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcn-frontend-vue/legislacao/find/156018>. Acesso em: 18 ago. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Órgão Especial. Resolução n. 809, de 2019. Dispõe sobre o recebimento de remuneração pelos conciliadores e mediadores dos valores a serem pagos pelos serviços de mediação judicial e dá outras providências. **DJe**, São Paulo, 21 mar. 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/gcn-frontend-vue/legislacao/find/197289>. Acesso em: 18 ago. 2024.

Referências estatísticas e jornalísticas

ARAÚJO, Glauco; BORGES, Beatriz. Em teste desde 2016, Doria volta a anunciar mais câmeras para uniformes de policiais militares. **Portal G1 de Notícias**, São Paulo, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/07/22/em-teste-desde-2016-doria-volta-a-anunciar-mais-cameras-para-uniformes-de-policiais-militares.ghtml>. Acesso em: 15 fev. 2024.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil – 2019/2020**. Brasília/DF: Anadep; Rio de Janeiro: Ipea, ago. 2021. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/39420/2o-Mapa-das-Defensorias-Publicas-Estaduais-e-Distrital-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 29 set. 2024.

BORGES, Stella. Tarcísio promete tirar câmeras de uniformes de policiais em SP. **UOL**, São Paulo, 7 out. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/10/07/tarcisio-de-freitas-entrevista-panico-jovem-pan.htm>. Acesso em 15 fev. 2024.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais – RELIPEN: 15º Ciclo SISDEPEN, 2º 2023**. Brasília/DF: SENAPPEN, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. Ano 15. [S.l.]: FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v6-bx.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2024.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Estatísticas Trimestrais: 1º trimestre de 2023**. São Paulo: SSP/SP, 2023. Disponível em: <https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/plantrim/2023-01.html>. Acesso em: 15 maio. 2024.

ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. **Unidades prisionais: Centros de Detenção Provisória**. São Paulo: SAP, 2024. Disponível em: <https://www.sap.sp.gov.br/uni-prisionais/cdp-.html>. Acesso em: 21 ago. 2024.

ESTEVEES, Diogo *et al.* Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2024. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2024**. Brasília/DF: CNCG: CONDEGE: DPU, 2024. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2024-ebook.pdf>. Acesso em: 2 set. 2024.

APÊNDICE – Relação de processos analisados

1) 1529732-44.2023.8.26.0228	66) 0700999-05.2022.8.02.0067
2) 1521971-45.2022.8.26.0050	67) 0701056-62.2018.8.02.0067
3) 1539872-31.2019.8.26.0050	68) 0701117-78.2022.8.02.0067
4) 1525817-21.2022.8.26.0228	69) 1002302-89.2023.8.26.0127
5) 1536699-57.2023.8.26.0050	70) 0002900-26.2023.8.16.0196
6) 1504576-69.2024.8.26.0050	71) 0003774-11.2023.8.16.0196
7) 1522808-17.2023.8.26.0228	72) 0001309-29.2023.8.16.0196
8) 1501160-44.2024.8.26.0228	73) 0001117-96.2023.8.16.0196
9) 1531829-17.2023.8.26.0228	74) 0004167-33.2023.8.16.0196
10) 153760496.2022.8.26.0050	75) 0001801-21.2023.8.16.0196
11) 1500708-34.2024.8.26.0228	76) 0000117-66.2020.8.16.0196
12) 1516016-47.2023.8.26.0228	77) 0000475-26.2023.8.16.0196
13) 150794097.2024.8.26.0228	78) 0002197-95.2023.8.16.0196
14) 1526483-08.2021.8.26.0050	79) 0002354-68.2023.8.16.0196
15) 1526483-08.2021.8.26.0050	80) 0002354-68.2023.8.16.0196
16) 0086050-49.2018.8.26.0050	81) 0003835-66.2023.8.16.0196
17) 1518847-54.2022.8.26.0050	82) 0003835-66.2023.8.16.0196
18) 0000750-61.2014.8.26.0050	83) 0001620-20.2023.8.16.0196
19) 1527131-65.2023.8.26.0228	84) 0003663-27.2023.8.16.0196
20) 1503331-62.2020.8.26.0050	85) 0002827-54.2023.8.16.0196
21) 152959392.2023.8.26.0228	86) 0003856-13.2021.8.16.0196
22) 152959392.2023.8.26.0228	87) 003491-56.2021.8.16.0196
23) 152959392.2023.8.26.0228	88) 0000910-97.2023.8.16.0196
24) 1536580-47.2023.8.26.0228	89) 0651716-65.2019.8.04.0001
25) 150345991.2024.8.26.0228	90) 0651716-65.2019.8.04.0001
26) 1521513-81.2019.8.26.0228	91) 0682436-44.2021.8.04.0001
27) 1519682-56.2023.8.26.0228	92) 0674721-48.2021.8.04.0001
28) 1502914-21.2024.8.26.0228	93) 0620386-16.2020.8.04.0001
29) 1514843-22.2022.8.26.0228	94) 0203655-73.2021.8.04.0001
30) 0040687-45.2019.8.12.0001	95) 0705504-57.2020.8.04.0001
31) 0042250-45.2017.8.12.0001	96) 0521857-54.2023.8.04.0001
32) 0003920-37.2021.8.12.0001	97) 0521857-54.2023.8.04.0001

33) 0015553-11.2022.8.12.0001	98) 0521857-54.2023.8.04.0001
34) 0913330-26.2023.8.12.0001	99) 0667240-05.2019.8.04.0001
35) 0900115-11.2023.8.12.0800	100) 0705851-22.2022.8.04.0001
36) 0034953-45.2021.8.12.0001	101) 0705851-22.2022.8.04.0001
37) 0008028-12.2021.8.12.0001	102) 0619629-51.2022.8.04.0001
38) 0919341-71.2023.8.12.0001	103) 0619629-51.2022.8.04.0001
39) 0919341-71.2023.8.12.0001	104) 0619629-51.2022.8.04.0001
40) 0915859-18.2023.8.12.0001	105) 1603521-20.2017.8.04.0001
41) 0915476-40.2023.8.12.0001	106) 1603521-20.2017.8.04.0001
42) 0021318-31.2020.8.12.0001	107) 0670195-09.2019.8.04.0001
43) 0033071-87.2017.8.12.0001	108) 0670195-09.2019.8.04.0001
44) 0000371-13.2022.8.12.0800	109) 1503513-57.2024.8.26.0228
45) 0914530-68.2023.8.12.0001	110) 1501543-76.2021.8.26.0050
46) 0912704-07.2023.8.12.0001	111) 1505072-49.2024.8.26.0228
47) 0915027-82.2023.8.12.0001	112) 1532455-36.2023.8.26.0228
48) 0916619-64.2023.8.12.0001	113) 1532455-36.2023.8.26.0228
49) 0917897-03.2023.8.12.0001	114) 1503327-83.2024.8.26.0050
50) 0700336-90.2021.8.02.0067	115) 1503327-83.2024.8.26.0050
51) 0718931-44.2021.8.02.0001	116) 001869291.2023.8.26.0050
52) 0718931-44.2021.8.02.0001	117) 1536308-53.2023.8.26.0228
53) 0800123-33.2020.8.02.0001	118) 1521630-04.2021.8.26.0228
54) 0700800-80.2022.8.02.0067	119) 1514213-29.2023.8.26.0228
55) 0719764-91.2023.8.02.0001	120) 1514213-29.2023.8.26.0228
56) 0719764-91.2023.8.02.0001	121) 1532028-39.2023.8.26.0228
57) 0005876-43.2016.8.02.0001	122) 1523264-64.2023.8.26.0228
58) 720614-58.2017.8.02.0001	123) 1500187-75.2023.8.26.0050
59) 0700967-97.2022.8.02.0067	124) 1505508-08.2024.8.26.0228
60) 0700724-22.2023.8.02.0067	125) 1515673-85.2022.8.26.0228
61) 0700724-22.2023.8.02.0067	126) 1532430-23.2023.8.26.0228
62) 0718564-93.2016.8.02.0001	127) 1525418-55.2023.8.26.0228
63) 0700295-59.2023.8.02.0001	128) 009024-34.2016.8.26.0635,
64) 0700789-17.2023.8.02.0067	129) 152993997.2020.8.26.0050
65) 0800451-60.2020.8.02.0001	130) 1529732-44.2023.8.26.0228