

PROVA PENAL

Luciana Fregadolli

SUMÁRIO: 1. Considerações; 2. Conceito de prova; 3. Objeto da prova; 4. O ônus da prova; 5. Meios de prova; 6. Princípios norteadores da prova; 7. Sistemas de apreciação das provas; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

1. Considerações

Neste trabalho, pretendemos analisar, de forma objetiva e sintética, os principais aspectos e questões atinentes à prova penal, elemento fundamental para a decisão em nosso sistema judicial.

Assim, faz-se mister, ao iniciarmos este estudo, conceituar o que seja prova, bem como dar o seu significado etimológico, seu ônus, seu objeto, os meios pelos quais o juiz recebe os motivos ou elementos de prova, decidindo, de acordo com o bom senso aliado à sua consciência ou convicções pessoais, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.

2. Conceito de prova

Os doutrinadores sustentam que a palavra *prova* vem do latim *probatim*, podendo ser traduzida como confirmação, reconhecimento, verificação etc., dando origem ao verbo *probare*¹.

De acordo com *De Plácido e Silva*, por prova no sentido jurídico entende-se “a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”².

¹ Mestra e Doutoranda em Direito pela PUC/SP e Professora de Direito Processual Penal da Universidade Estadual de Maringá.

¹ Nesse sentido, Aranha, A. de C. Da prova no processo penal, p. 5.

² De Plácido e Silva. Vocabulário jurídico, v. III, p. 1253.

Prova, na clássica definição de *Mittermayer*, “é o complexo dos motivos produtores da certeza”³.

Sabatini conceitua a prova como sendo “o conjunto dos meios e de métodos positivos, pelos quais é possível exprimir o nosso julgamento sobre a verdade de uma acusação”⁴.

Esclarece *Serrano Neves* que “prova penal é aquela que, não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença. O que sair desse limite legal, certamente não será prova, mas arremedo de prova, ou simplesmente torpeza processual”⁵.

Afrânio Silva Jardim concebe a prova como sendo “o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor”⁶.

Frederico Marques com a proficiência que lhe é peculiar, ensina que a prova é o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. Pois, com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, posteriormente, sua convicção⁷.

Destarte, podemos concluir que emprestamos aos fatos pretéritos a condição de verdadeiros por meio da prova. Provar significa, portanto, reproduzir, o mais verdadeiramente possível, os fatos passados.

Na busca pela reconstituição dos fatos pretéritos, para se chegar a uma decisão, *Antônio Magalhães Gomes Fº* chama atenção para o fato de o juiz, encontrar como dificuldade a “impossibilidade de observação direta dos mesmos; ao contrário do que ocorre nas ciências experimentais, em que o pesquisador pode ter um contato direto com fenômenos que se repetem na natureza, ou conta com recurso de reproduzi-los em laboratórios, a atividade de investigação judicial se dirige a acontecimentos passados, cuja reconstituição somente pode ser alcançada a partir de meios indiretos”⁸.

A prova constitui, efetivamente, a essência do processo. A verdade é que, por seu intermédio, procuram os participantes do drama jurídico, guardar identidade, a maior possível, com os fatos pretéritos, permitindo ao julgador subsumí-los ao Direito de molde a fazer Justiça, eis o objetivo maior do processo e da prova como seu instrumento.

³ *Mittermayer*, C. J.A. Tratado da prova em matéria criminal, p. 75.

⁴ *Apud Espínola Fº*, E. Código de Processo Penal brasileiro anotado, p. 434.

⁵ *Serrano Neves*. Prova criminal, p. 355

⁶ *Jardim*, A.S. O ônus da prova na ação penal condenatória, p. 262

⁷ *Marques*, J.F. Elementos de direito processual penal, p. 272.

⁸ *Magalhães Gomes Fº*, A. Sobre o direito à prova no processo penal, p. 36.

3. Objeto da prova

O juiz, para julgar o litígio, precisa ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. A finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do juiz, convencendo-o da sua existência.

Para *Magalhães Noronha*, objeto da prova é o que se deve demonstrar, isto é, o fato, a circunstância, a causa etc., sobre o que versa o litígio. Pois nem tudo que surge ou aparece no processo é objeto da prova, como as questões de somenos, adiaforas ou evidentes⁹.

Assim sendo, os fatos que não pertencem à lide e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação são considerados fatos sem pertinência ou fatos irrelevantes, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova. No entanto, o juiz não está obrigado a admitir o que as partes afirmam incontestemente, uma vez que é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito.

No processo penal, não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso, ou fato admitido. Na investigação criminal, como ensina *Fenech*, "el juzgador debe llegar a la verdad de los hechos tal como ocurrieram históricamente, y no tal como quieram las partes que aparescan realizados"¹⁰.

Os fatos a provar devem ser relevantes e pertinentes. Fatos relevantes (ou influentes) são os que podem influir sobre a decisão da causa. Fatos pertinentes são os que se referem principalmente à hipótese da imputação (a espécie delituosa ou contravencional; seus elementos físicos e psíquicos; circunstâncias).

A realização de provas acerca de fatos impertinentes, estranhos à causa sob apreciação do órgão jurisdicional, ou que, mesmo lhe dizendo respeito, nenhum significado ou influência terão na formação do convencimento do julgador, ao proferir a sentença de mérito, fere o princípio da economia processual. Produz inútil desperdício de tempo. É supérflua¹¹.

⁹ *Magalhães Noronha*, E. Curso de direito processual penal, p. 87. Nesse sentido, *Aranha*, A. de C. Op. cit., p. 24; 25 e 26; e, *Greco Filho*, V. Manual de Processo Penal, p. 197.

¹⁰ *Apud Marques*, J. F. Op. cit. p. 274. Para *Frederico Marques*, objeto da prova é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo. O autor se utiliza dos ensinamentos de *Florian* para definir o objeto da prova: 'é aquilo de que o juiz deve adquirir o necessário conhecimento para decidir sobre a questão submetida a seu julgamento'. E acrescenta o grande mestre: "O objeto da prova pode considerar-se: a) como possibilidade abstrata de averiguação, isto é, como o que se pode provar em termos gerais (objeto da prova em abstrato); b) como possibilidade concreta de averiguação, ou seja, como aquilo que se prova, ou se deve ou pode provar em relação a um determinado processo (objeto da prova em concreto)." *Idem*, p. 273.

¹¹ Nesse sentido, *Viana*, L. V. A liberdade de prova em matéria penal, p. 51; e, *Tucci*, R. L. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, p. 230.

É de observar com *Manzini* que “só podem formar objeto de prova os fatos, que, por si mesmos, já não estão provados, isto é, que dão acesso à dúvida, que exigem uma apuração ... Provar a evidência é empresa de idiotas ... quando seja evidente um fato, não pode o juiz desconhecê-lo, porque o seu poder discricionário na avaliação da prova se exerce no campo do duvidoso, e não pode admitir-se no da certeza”¹².

4. O ônus da prova

A palavra *ônus* tem origem latina (*onus*), significando fardo, carga, peso, imposição etc. Daí por que *ônus da prova* (*onus probandi*) representa a necessidade de provar para ver reconhecida judicialmente a pretensão manifestada.

Segundo doutrina de *João Batista Lopes*, *ônus* é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio. E, para explicar a diferença entre dever e *ônus*, traz a lição de *Pontes de Miranda*: ‘o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade (...) o *ônus* é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse’¹³.

Hélio Tornaghi fixa, com clareza, a distinção entre *ônus* e dever:

*“O dever existe para com outrem. Quem o tem e não o cumpre, sofre pena. O encargo é uma sorte de obrigação para consigo mesmo. Se a lei encarrega alguém de praticar um ato, em seu próprio favor, e o encarregado não o realiza, a ninguém prejudica senão a si mesmo. Por isso não sofre pena; deixa de lucrar o que ganharia se o praticasse. O dever é a contrapartida do direito subjetivo; ao *ônus* não corresponde nenhum direito, porque o beneficiário é o primeiro onerado. Se o réu num processo penal tem um documento que lhe prova a inocência, é de toda vantagem para ele juntá-lo aos autos. Caso não o faça, pode não ser reconhecida a sua inocência. Mas não há lei alguma que lhe imponha o dever de apresentar o documento e o ameace de pena pelo simples fato de não o fazer”¹⁴.*

O *ônus da prova* incumbe a quem faz a alegação, conforme princípio dominante em nosso processo contemplado no art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir

¹² *Apud* Espínola F^o, E. Op. cit., p. 437.

¹³ Lopes, J. B. O *ônus da prova* no processo penal, p. 148.

¹⁴ Tornaghi, H. Compêndio de processo penal, p. 705.

sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Esta passagem é mais do que suficiente para mostrar que existe, em nosso processo penal, um *onus probandi*¹⁵.

Numa perspectiva subjetiva, ônus da prova para Afrânio Silva Jardim, “é a faculdade que tem a parte de demonstrar no processo, a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal”¹⁶.

Ao acusador cabe provar as alegações relativas ao fato delituoso, ou seja, os fatos constitutivos, como a tipicidade e autoria, sendo que o dolo se presume e a culpa deve ser provada¹⁷.

O ônus da prova cabe às partes, porém, como leciona Magalhães Noronha, “há uma diferença, a da acusação há de ser plena e convincente, ao passo que para o acusado basta a dúvida”¹⁸.

É a consagração do princípio *in dubio pro reo* ou *actore non probante absolvitur reus*; previsto no art. 386, inciso VI do Código de Processo Penal, que consagra: absolve-se o réu quando não existir prova suficiente para a condenação.

Consoante ensinamento de Tourinho Filho, “... as partes não estão obrigadas a fazer prova do que alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que alegam.(...) Não há, para as partes, obrigação de provar, mesmo porque nenhuma sanção lhes poderá ser imposta pelo seu não-cumprimento”¹⁹.

Ao contrário do que ocorre no processo civil, na esfera criminal, vigorando o princípio da verdade real, pode o juiz determinar diligências, independentemente de provocação das partes, no sentido de apurar o fato ou qualquer causa excludente do crime ou da culpabilidade, nos termos da segunda parte do art. 156 do caderno processual penal.

Como adverte Magalhães Noronha, “a lei faculta ao juiz determinar diligências, mesmo sem a provocação das partes, sempre que for necessário para elucidação de pontos capitais; sem os quais não poderá formar sua convicção.

Sendo a prudência e o senso de oportunidade seus guias”²⁰. Complementa João Batista Lopes, ressaltando que a atividade do juiz, no campo

¹⁵ Nesse sentido, Marques, J. F. Op. cit., p. 284.

¹⁶ Jardim, A. S. Op. cit., p. 262.

¹⁷ Nesse sentido, Marques, J. F. *Idem*, p. 289; e, Magalhães Noronha, E. Op. cit., p. 98.

¹⁸ Magalhães Noronha, E. *Idem*, p. 89.

¹⁹ Tourinho Fº, F. da C. Processo penal, p. 212.

²⁰ Magalhães Noronha, E. *Idem*, p. 90. Nesse sentido, Mirabete, J. F. Processo penal, p. 254; e, Marques, J. F. Op. cit., p. 290. A jurisprudência pátria corrobora esse entendimento, de

probatório, “é sempre supletiva, complementar da atividade das partes . Somente na hipótese de deficiência do material probatório, a gerar dúvida no espírito do julgador, é que este deverá valer-se dos poderes que a lei lhe confere para o perfeito esclarecimento dos fatos”²¹.

Destarte, na busca da verdade material ou real o juiz deve lançar-se independentemente das provas apresentadas pelas partes. Esse é o indubitável entendimento dos doutrinadores, donde *Rogério Lauria Tucci* destaca a lição de *Michele Taruffo*: “O direito à prova, concebido como direito das partes de deduzir todas as provas relevantes à sua disposição, não implica que só às partes incumbe a iniciativa probatória: além do direito das partes de ‘defender-se provando’, há a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de provas. O direito à prova implica a liberdade das partes de produzir provas sem sofrer quaisquer óbices injustificados, não significando, conseqüentemente, que o juiz não deva ou não possa dispor de ofício a realização de provas não requeridas pelas partes”²².

5. Meios de prova

Meios de prova são “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova. Através deles é que o magistrado forma a sua convicção e as partes procuram demonstrar os fatos que alegaram”²³.

O processo penal visa o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, conseqüentemente, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime.

Por isso o rol das provas elencadas nos arts. 158 a 250 do Código de Processo Penal, não é taxativo, mas sim exemplificativo. Sendo admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação²⁴.

acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal: *Cerceamento de defesa - Inocorrência - Diligências indeferidas pelo juiz, por reputá-las desnecessárias ou protelatórias - Admissibilidade - Decisão que encontra apoio no art. 251 do Código de Processo Penal - Recurso de “habeas corpus” não provido.* A lei processual penal brasileira concede ao juiz a faculdade de determinar de ofício, a produção de certas provas, bem como de indeferir outras que entenda desnecessárias ou protelatórias. RHC nº. 49.702 - 2ª T. do STF - Brasília - j. 17.3.72 - Rel.: Bilac Pinto. In: RT 457/452.

²¹ Lopes, J. B. Op. cit., p. 151 e 152.

²² Tucci, R. L. Op. cit., p. 228 e 229.

²³ Cf. Marques, J. F. Op. cit., p. 274.

²⁴ Cf. Marques, J. F. Op. cit., p. 275; Viana, L. V. Op. cit., p. 60; e, Moraes, P. H., Lopes, J. B. Da prova penal, p. 19.

Note-se que a enumeração dos meios de prova não se choca com a livre investigação pelo juiz, que procederá na pesquisa da verdade com total iniciativa, ancorado pelo princípio do impulso oficial, à vista do que dispõe a lei processual penal em inúmeros dispositivos, tais como: art. 156 (*in fine*) “... mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”; art. 182 “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”; art. 196 “... o juiz poderá proceder a novo interrogatório”; art. 205 “se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo”; art. 209 “o juiz, quando necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”; art. 242 “a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”; etc.

Saliente-se, todavia, que o juiz não deve tomar o lugar da parte, a ele compete julgar o caso imparcialmente, e “a imparcialidade é a posição desinteressada do espírito entre duas soluções contrárias”²⁵.

Nesse entendimento leciona Nelson Hungria:

*“desde que se atribua ao processo penal a descoberta da verdade material e se admita liberdade de convicção do juiz, seria um ilogismo que este ficasse adstrito a critérios prefixos na admissibilidade de modos ou instrumentos de prova. A enumeração legal é apenas exemplificativa. A desconcertante versatilidade dos fatos humanos e o constante progresso dos métodos técnicos aplicáveis à investigação criminal podem exigir ou justificar a adoção de meios probatórios estranhos a experiência do passado, sobre a qual se baseia a exemplificação da lei”*²⁶.

O princípio da liberdade probatória não é absoluto, uma vez que o nosso estatuto processual apresenta algumas exceções como o art. 155 do Caderno Processual Penal, que dispõe: “No júízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.”

Como sabiamente esclarece Hungria, qualquer meio de prova pode ser trazido ao processo; e as exceções a este princípio se apresentam como ressalva de indeclinável interesse da moralidade ou disciplina social. Assim: “Não podem ser admitidos os meios ofensivos do pudor, os subversivos da ordem pública, os violentos e os atentatórios da personalidade humana. A própria reprodução simulada dos fatos, ainda que indicada para esclarecimento do *modus faciendi* do crime, não será permitida quando

²⁵ Cf. Almeida, J. C. M. de. Princípios fundamentais do processo penal, p. 125.

²⁶ Hungria, N. A liberdade dos meios de prova, p. 5.

'contrária à moral ou à ordem pública' (art. 7º do CPP). O emprego de meios coativos (violência física ou moral), ou, de qualquer modo, supressivos da vontade livre e consciente, poderá constituir o crime de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do Código Penal"²⁷.

Quanto à prova, os meios de sua obtenção e produção devem ser idôneos para que ela seja considerada confiável ao fim a que se destina, é imprescindível que seja obtida ou produzida licitamente.

Soa, com efeito, o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, enfaticamente até que " *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.* "

Novidade em nossa legislação constitucional, afina-se a preceituação com a correta e corrente orientação que tem como desprezível a prova ilícita, isto é, a efetuada "com violação de disposições que regulamentam a produção e assunção da prova"²⁸.

Frederico Marques, por seu turno, mostra que não se pode aceitar que na busca da verdade real "lance-se mão de meios iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual." E vai além o notável mestre ao afirmar que "inadmissível é na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória"²⁹.

²⁷ Hungria, N. Op. cit., p. 5. Com muita acuidade, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, vê, que o limite da função investigatória está nos direitos individuais do réu: "Todos os gêneros e espécies de meios de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser, sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricção e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas, medidas essas cujo caráter jurisdicional não pode ser posto em dúvida." Op. cit., p. 61

²⁸ Cf. Tucci, R. L. Op. cit., p. 231.

²⁹ Marques, J. F. Op. cit., p. 293 e 294. Nesse sentido, Aquino, J. C. G. X. de. A prova testemunhal no processo penal brasileiro, p. 11 ; Mirabete, J. F. Op. cit., p. 252; e, Tourinho Fº, F. da C. Op. cit., p. 206. Segundo Frederico Marques, os meios de prova podem constituir-se de *provas históricas* ou de *provas críticas*, e de *provas pessoais* ou de *provas reais*. Assim, prova histórica é um fato representativo de outro fato, tal como o conteúdo de um documento, ou o depoimento de uma testemunha. A prova crítica, ao revés, não tem função representativa, mas apenas indicativa, pois que não é um equivalente sensível do fato a provar: é o que se sucede, *verbi gratia*, com os indícios. Provas reais são aquelas em que o elemento instrumental está constituído por uma coisa ou bem exterior ao indivíduo; já as provas pessoais são aquelas cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações de conhecimento. *Idem*, p. 275 e 273. Para Lourival Vilela VIANA, "a prova pessoal exprime a percepção direta ou indireta trazida ao processo pelas pessoas que declaram. A prova real caracteriza-se pelos elementos que emanam da matéria constituída de atos ou documentos, relativos à imputação." Op. cit., p. 15 e 16.

Salienta João Carlos Pestana de Aguiar Silva que “a imoralidade na obtenção da prova, seja de qual grau for, a invalida inteiramente. Se a lei não apresentou critérios apriorísticos de moralidade e se esta, como bem adverte Carnelutti, não se pode medir, não obstante, terá ela sua presença ou ausência sempre constatável.” Cita como exemplos de meios imorais e, conseqüentemente, ilícitos, a gravação oculta de diálogos, a gravação de conversas telefônicas, telegráficas ou radioelétricas; a obtenção de documento escrito através de ameaça, desde que comprovada, os informes documentais ou orais trazidos pelo terceiro interessado no resultado da lide e em benefício desse resultado, ou por quem foi recompensado ou subornado por uma das partes para a seu favor atuar no campo probatório³⁰.

A busca da verdade material não pode ser apresentada como princípio absoluto no sistema processual penal. Durante o procedimento, os fatos no processo devem ser obtidos com a preservação da pessoa do réu. A defesa da sociedade justifica que se empreguem todos os meios que visem possibilitar o esclarecimento de delitos e a conseqüente punição dos autores, desde que sejam observados os direitos fundamentais de qualquer cidadão. Processo no qual a colheita das provas se dê em detrimento da pessoa humana, mesmo atingindo a tão almejada verdade real, é processo inválido, do ponto de vista constitucional.

Assim, o julgador não pode basear a condenação do réu em nenhuma prova obtida ilícitamente. As confissões extraídas por meio de tortura, detector de mentiras³¹, hipnose, narcoanálise³², os interrogatórios fatigantes e infundáveis, a captação clandestina de telefonemas, bem como qualquer meio de prova que vulnere um direito fundamental, v.g., a integridade física e moral do réu, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio não devem ser aceitas no processo.

³⁰ Aguiar Silva, J. C. P. de. Introdução ao estudo da prova, p. 39 e 40.

³¹ De acordo com Leonídio Ribeiro, o detector de mentira utilizado com freqüência nos Estados Unidos pelas autoridades policiais, é baseado no registro simultâneo da respiração, pulso e reflexo psicogalvânico, de acordo com o modelo do polígrafo de Killer. A narcoanálise, p. 395.

³² Como esclarece Leonídio Ribeiro, “trata-se de novo recurso técnico de exploração do subconsciente, por meio de injeção endovenosa de certos medicamentos barbitúricos, como o pentanol sódico e o amital, para provocar um estado de sonolência, intermediária entre o sono e a vigília, diminuindo a resistência, relaxando e suprimindo as inibições, ao ponto de permitir a exteriorização dos sentimentos recalçados, na subconsciência”. O autor defende o uso da narco-análise por ser inofensiva e útil para a defesa dos interesses da coletividade. *Idem*, p. 391. Critica severamente Nelson Hungria o uso da narcoanálise que não proporciona “senão uma logorréia da verdade oculta, como produto de mera fantasia de ébrio, de sugestão ou de variados desejos ou sentimentos recalçados, idéias ou propósitos reprimidos. Cria no paciente uma sugestionabilidade idêntica à da criança, tornando-se facilíma uma auto-acusação falsa ou uma acusação contra terceiro. Op. cit., p. 6.

6. Princípios norteadores da prova

Neste tópico, trazemos à baila as principais proposições que regem a prova no processo penal:³³

6.1. Auto-responsabilidade das partes

Este princípio está relacionado com o ônus da prova, cabendo a cada parte apresentar as provas que lhe pareçam necessárias. De acordo com *João Carlos Pestana de Aguiar Silva*, o princípio da auto-responsabilidade “quer expressar que a parte suporta as conseqüências de sua inatividade, de sua negligência e inclusive de seus erros insanáveis, bem como dos atos intencionais e maliciosos”³⁴. A parte tem o encargo de apresentar, em juízo, os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar.

6.2. Audiência contraditória, ou simplesmente princípio do contraditório

Princípio que domina todo o processo penal, pois não é somente a audiência que deve ser contraditória, mas todo o processo; assim, cabe à parte contrária manifestar-se sobre toda prova que for produzida no processo. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tenha ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos. O contraditório como salienta *Carnelutti*, é “a alma do mecanismo processual”³⁵.

Conforme lição de *João Carlos Pestana de Aguiar Silva*, este princípio concretiza-se na frase: “ninguém pode ser condenado sem ser ouvido”, o que em matéria de prova se resume no cabimento da produção da prova somente havendo a possibilidade da contraprova. Logo, nenhuma prova pode ser produzida por uma parte na ausência da outra parte³⁶.

6.3. Comunhão ou aquisição da prova

A prova produzida não pertence à parte que a produziu, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. Uma vez produzidos, todos os meios de prova passam a integrar o campo probatório unificado, servindo à

³³ Cf. Aranha, A. de C. Op. cit., p. 30-32; Mirabete, J. F. Op. cit., p. 256; e, Aguiar Silva, J. C. P. de. Op. cit., p. 34 e 35.

³⁴ Aguiar Silva, J. C. P. de. Op. cit., p. 34.

³⁵ *Apud* Viana, L. V. Op. cit., p. 95.

³⁶ Aguiar Silva, J. C. P. de. *Idem, Ibidem*.

comprovação do direito de qualquer dos litigantes e ao interesse da justiça na investigação da verdade.

Assim sendo, toda prova produzida na esfera penal teria interesse comum; portanto, mesmo que fosse a testemunha arrolada pela acusação, não poderia ser dispensada sem que houvesse concordância da defesa, ou vice-versa. Mas tal princípio não pode ser levado a tal extremo, pois permitiria um aumento do número máximo de testemunhas de cada parte.

6.4. Oralidade

Através deste princípio, tem-se a predominância da palavra falada. Como destaca *Adalberto de Camargo Aranha*, “os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares. No Júri e no processo sumário os debates são orais”³⁷.

Como consequência desse princípio, temos os subprincípios da imediatividade do juiz com as partes e as provas, o princípio da concentração e o da vinculação do juiz. A oralidade implica a realização de todas as provas numa só audiência de instrução e julgamento, exceto as perícias.

6.5. Publicidade

Princípio segundo o qual todos os atos processuais são públicos. Em decorrência desse princípio, admite-se o segredo de justiça como exceção restrita. O art. 792 do Código de Processo Penal atende a esse princípio. É considerado por *Bentham* em matéria de prova como a mais eficaz salvaguarda das decisões judiciais³⁸.

Lecionam *Cintra, Grinover e Dinamarco* que “o princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados e dos defensores”³⁹.

6.6. Livre convencimento motivado

Este princípio exige decisão fundamentada do julgador, em face da relatividade das provas e do princípio da verdade real.

Segundo *João Carlos Pestana de Aguiar Silva*, este princípio se encontra presente quando da colheita da prova e sua aferição, e “consiste na

³⁷ Aranha, A. de C. Op. cit., p. 31.

³⁸ *Apud* Aguiar Silva, J. C. P. de. Op. cit., p. 35.

³⁹ Cintra, A. C. de A.; et al. Teoria geral do processo, p. 37.

liberdade concedida ao juiz na apreciação da prova, mas atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes, cabendo-lhe indicar na sentença os motivos de seu convencimento”⁴⁰.

Magalhães Noronha, abordando o assunto com proficiência, ensina que o magistrado não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos da prova, mas é livre na sua escolha e aceitação. Não há regras predeterminadas à sua crítica. Assim, v.g., pode ele aceitar o testemunho de um homem de bem contra o de dois de má fama, de vida escusa e condenável. Continua o autor: “Concomitantemente, vê-se que, não obstante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos - *quod non est in actis non est in mundo*. Seus domínios são exclusivamente os das provas no processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc., o conduzirão nesse exame e apreciação”⁴¹.

O princípio do livre convencimento vem expressamente consagrado no art. 157 do Código de Processo Penal, com a seguinte dicção: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

É a Exposição de Motivos do caderno processual penal, item VII, precisa quando diz: “... nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.”

Todas as provas têm valor relativo, devendo o juiz, para formar sua convicção, examiná-las em conjunto e não isoladamente. Com efeito, não há hierarquia de provas no vigente processo penal.

Tanto é assim que o Código de Processo Penal, no art. 381, inciso III, obriga o juiz a, em sua sentença, indicar os motivos de fato e de direito em que se funda a decisão.

A formalidade constitui elemento essencial do ato. A sua omissão produz nulidade (art. 564, inciso III, letra *m*, e inciso IV, do referido diploma).

O escopo precípua da motivação da sentença está em possibilitar o contraste da lógica do juiz. É o que distingue o livre convencimento das decisões *secundum conscientiam*⁴².

Como leciona o Prof. Hermínio Alberto Marques Porto “a sentença trata da ‘reconstrução do fato’, do descobrimento ‘do que ocorreu’, para esta reconstrução está o Juiz liberado de seguir normas ou fórmulas em previsões

⁴⁰ Aguiar Silva, J. C. P. de. *Idem*, p. 34.

⁴¹ Magalhães Noronha, E. Op. cit., p. 90.

⁴² Cf. Viana, L. V. Op. cit., p. 115.

legais, podendo, pois, valorar livremente as provas que conhece, sempre com o encargo de apresentar na sentença relato das fontes de influência na formação de seu convencimento”⁴³.

7. Sistemas de apreciação das provas

A avaliação da prova é um ato eminentemente pessoal do juiz, mediante o qual, examinando, pesando e estimando os elementos oferecidos pelas partes, chega a uma conclusão sobre o alegado.

Para formar seu convencimento, deve o magistrado examinar criteriosamente as provas, conferindo-lhes o valor que merecem.

A maneira de avaliar a prova, conforme *Hélio Tornaghi*, “tem variado, amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes, aos regimes políticos de cada povo e, especialmente, de cada época, à necessidade de maior segurança ou de melhor justiça, às concepções da vida e da Ordem Jurídica”⁴⁴.

Ao longo da história, vários foram os sistemas usados para apreciação das provas.

Primitivamente, o sistema étnico (pagão), em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões pessoais do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico.

Depois veio o sistema religioso, em que se invocava o julgamento divino; foi a época das ordálias, dos duelos judiciários e dos juízos de Deus.

Esses dois sistemas já não têm praticamente interesse, a não ser histórico, já que não se justificam mais em face do progresso científico do processo penal.

Há 3 sistemas que pela sua importância, merecem a devida apreciação, e que vigoram ou vigoraram entre nós, ou no processo penal ou no processo civil. São eles: sistema legal, sistema da íntima convicção e sistema da livre convicção motivada.

7.1. Sistema legal (formal, tarifado)⁴⁵

Este sistema tem sua origem nas ordálias e a base no rigorismo e formalismo do direito germânico, passando a prevalecer em quase toda a Europa em razão da invasão dos povos bárbaros. A crença era a da

⁴³ Porto, H. A. M. Júri, p. 35 e 36.

⁴⁴ Tornaghi, H. Op. cit., p. 688.

⁴⁵ Tourinho F^o denomina este sistema de “sistemas das provas legais”. Op. cit., p. 216. Frederico Marques. Op. cit., p. 298; e, Orlando Soares. Curso de direito processual penal, p. 245; o denominam de “sistema da certeza legal”.

intervenção da divindade em favor de quem estivesse com a razão, cabendo ao juiz apenas apreciar e declarar o resultado.

No afã de obter a confissão do acusado, produziu-se o instituto da tortura, que foi a base do sistema probatório deste período.

Por tal sistema, cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa.

Daí porque também é chamado de sistema tarifado, já que as provas tem uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir⁴⁶.

Sendo assim, as provas têm valor legal, e o juiz deve manifestar-se de acordo com seu valor prefixado. Destarte, a confissão tem valor absoluto, um só testemunho não tem valor. *Cesare Beccaria* comentando a respeito da credibilidade das testemunhas, assegura que, "é necessário mais de uma testemunha, porque enquanto uma afirmar e outra negar, nada haverá de certo, e prevalecerá o direito que cada um tem de ser considerado inocente"⁴⁷.

Para *Hélio Tornaghi*, o inconveniente deste sistema não está na adoção de regras de avaliação da prova, mas na imposição delas ao juiz:

*" Nenhum estôrvo existe em que elas sejam propostas, como regras técnicas, não impostas como regras jurídicas. Os preceitos que formam o arcabouço deste sistema são o resultado de longa observação, cristalizam grande experiência e estão impregnados daquela sabedoria e daquela prudência que o tempo e o trato com os homens trouxeram aos práticos e aos juristas de muitos séculos. Nenhuma desvantagem em que os juízes os sigam ou que as leis aconselhem a observância deles"*⁴⁸.

Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes lembram que no nosso estatuto processual penal, encontramos um caso típico de prova legal ou tarifada que é o art. 158, pois nem a confissão do acusado poderá substituir o exame de corpo de delito direto ou indireto, quando a infração deixar vestígios⁴⁹.

⁴⁶ Cf. *Aranha, A. de C. Op. cit., p. 31; e, Viana, L. V. Op. cit., p. 31.*

⁴⁷ *Beccaria, C. Dos delitos e das penas, p. 66. Como explica Tourinho Fº: "O Juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais ou quais fatos se provassem dessa ou daquela maneira, sendo que, às vezes, se previa o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos. O conhecido brocardo testis unus testis nullus (um só testemunho não tem valor) tinha, no sistema das provas legais, inteira aplicação. Se, num processo, uma testemunha idônea desse a sua versão e outra inverossímil houvesse sido apresentada por duas testemunhas, esta prova se sobrepujava àquela, sem embargo da sua inverossimilhança. Por outro lado, o Juiz não podia recorrer a todos os meios de prova que lhe parecessem úteis e oportunos: restringia-se às disposições legais." Idem, p. 216 e 217.*

⁴⁸ *Tornaghi, H. Op. cit., p. 693.*

⁴⁹ *Moraes, P. H.; Lopes, J. B. Op. cit., p. 41.*

7.2. Sistema da íntima convicção (sentimental)⁵⁰

Este sistema tem sua origem em Roma, dando ao juiz total e irrestrita possibilidade de reunir e apreciar as provas. É o sistema primitivo em todos os povos. Trata-se de sistema diametralmente oposto ao das provas legais, pois neste o legislador demonstra sua desconfiança no juiz; no sistema da íntima convicção há inteira e absoluta confiança no magistrado.

Neste sistema, pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada convicção íntima em que “a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motivar sua convicção”⁵¹.

Ainda existe entre nós nos julgamentos do Júri Popular, em que os jurados decidem, sigilosamente, através de um sim ou não, sem dar razões do seu convencimento, de acordo com a sua íntima convicção.

Hélio Tornaghi chama este princípio de certeza moral do juiz, pois, o legislador nada diz sobre o valor das provas. A admissibilidade delas, sua avaliação, seu carreamento para os autos, tudo isso é inteiramente deixado à discricção do juiz. É ele quem vai julgar; para ele só para ele é que se faz a prova; ele decide *ex informata conscientia* e, por isso mesmo, não precisa fundamentar a sentença. Pode valer-se de seu conhecimento privado, das provas que tem e que não estão nos autos⁵².

É o sistema em que o julgamento fica a critério exclusivo do julgador, que não precisa dar as razões do seu convencimento. Segundo Maria da Glória Colucci e Maria Regina Silva, esse sistema “atribui à subjetividade do juiz validade suficiente para examinar as provas e decidir com soberania e liberdades tais, que não precisa motivar ou mesmo expor os elementos de sua íntima convicção (julgamento *secundum conscientiam*)”⁵³.

⁵⁰ Tourinho F^o denomina este sistema de “sistema da íntima convicção ou da prova livre” - Op. cit., p. 217. Mirabete, J. F. denomina-o de “sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção” - Op. cit., p. 266.

⁵¹ Cf. Marques, J. F. Op. cit., p. 298.

⁵² Tornaghi, H. Op. cit. p. 690. Esclarece o autor que este sistema é usado, na maioria das ordenações, no julgamento pelo júri. Ainda, “entre nós, se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, cabe apelação (art. 593, III, letra “d”) e o Tribunal de Justiça pode mandar o réu a novo julgamento, mas apenas por uma vez (§ 3º do mesmo artigo 593). Ao final de tudo os jurados poderão, portanto, julgar de íntima convicção”. *Idem*, p.693.

⁵³ Colucci, M. da G. L. da S.; e Silva, M. R. C. Provas ilícitas no processo penal, p. 237.

7.3. Sistema da livre convicção motivada ou sistema real ou ainda da persuasão racional⁵⁴

Ao que tudo indica, teria surgido em Roma, como uma reação contra o arbítrio possível no sistema da livre convicção, mas tornou-se legalmente conhecido com os códigos napoleônicos.

Segundo este sistema, o juiz não fica preso a critérios valorativos; nenhum padrão lhe é imposto, não se lhe diz antecipadamente qual o valor de cada prova, é amplo o seu campo de investigação. Mas dele se exige que fundamente sua decisão nos elementos contidos nos autos. É o sistema adotado pelo nosso processo para o juiz togado, que precisa dar as razões da sua convicção⁵⁵.

No momento de proferir a sentença, o juiz faz uma projeção ao passado para reconstituí-lo no presente.

Com proficiência esclarece *Hermínio Alberto Marques Porto*: “Conhecido o fato, o Juiz, como que em retorno no tempo, coloca o conjunto aferido no momento da sentença, ganhando, então, o fato, contornos presos a circunstâncias - a ele anteriores - que dizem de suas motivações, a ele contemporâneas - que dizem no momento de sua prática - bem como a ele posteriores, porque chegados no correr da fase investigatória a cargo da Polícia Judiciária e pelo desenvolver da instrução criminal; assim, a busca do conhecimento do fato que a imputação contém, representa a 'retratação espaço-temporal-básica' contida na sentença”⁵⁶.

O princípio do livre convencimento (ou da livre convicção) situa-se entre o sistema da *certeza legal* e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*. A avaliação da prova faz-se livremente. O princípio aplica-se a qualquer meio de prova (perícias, interrogatório, testemunhas, reconhecimento, documentos, indícios, etc.). O juiz pode aceitar ou não,

⁵⁴ Tourinho F^o denomina este sistema de “sistema da livre convicção ou persuasão racional.” - Op. cit., p. 217, e, Lourival Vilela Viana denomina-o de “livre convencimento do juiz” - Op. cit., p. 101.

⁵⁵ Da lição de Tourinho F^o temos: “Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coarctar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia com o sistema das provas legais, está o sistema da livre convicção ou do livre convencimento. De um modo geral, admitem-se todos os meios de prova. O Juiz pode desprezar a palavra de duas testemunhas e proferir sua decisão com base em depoimento de uma só. Inteira liberdade tem ele na valoração das provas. Não pode julgar de acordo com conhecimentos que possa ter extra-autos. Se o Juiz tiver conhecimento da existência de algum elemento ou circunstância relevante para o esclarecimento da verdade, deve ordenar que se carriem para os autos as provas que se fizerem necessárias. Conclui o autor dizendo que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença.” Op. cit., p. 217 e 218.

⁵⁶ Porto, H. A. M. Op. cit., p. 36.

total ou parcialmente, os resultados desses meios de provas e dar-lhes o valor que entender⁵⁷.

Assim como o princípio da verdade real está limitado por algumas restrições de ordem geral e por outras de caráter especial contidas nas leis processuais, também no livre convencimento há barreiras semelhantes.

Para garantia do direito das partes e do interesse social, o juiz terá que motivar sua sentença, com fundamento no que foi alegado e provado, pois, como diz *Carnelutti*, mesmo que tenha um conhecimento pessoal diverso do que as partes lhe narram, não pode fazer uso de tal ciência para julgar, porque “o que não está nos autos não está no mundo”⁵⁸.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item VII, contém este ensinamento lapidar: “Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.”

Cumpra advertir que o juiz, ao sentenciar, deve fazer “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (CPP, art. 381, inciso III). Ou como diz, com mais precisão, o art. 118, parág. único, do CPC: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivarem o seu convencimento”⁵⁹.

Afirmam *Maria da Glória Colucci e Maria Regina Silva* que, a motivação das sentenças e decisões “tornou-se verdadeira garantia individual, evitando-se que a excessiva liberdade na avaliação das provas transformasse o processo penal em instrumento de opressão e terror, em vez de protetor das liberdades públicas”⁶⁰.

No processo penal, a colheita de provas não pode ser feita de maneira absoluta, o que limita a aplicação da verdade real, pois são inadmissíveis as provas científicas que possam atingir a pessoa humana na sua integridade física ou moral. Assim, é vedado o emprego da hipnose para obter-se confissão; não se permite o uso de narcoanálise, nem mesmo

⁵⁷ Nesse sentido, Viana, L. V. Op. cit., p. 105; e, Espínola Fº, E. Op. cit., p. 446.

⁵⁸ *Apud* Acosta, W. P. O processo penal, p. 215.

⁵⁹ De acordo com o julgado do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. *Prova - Valoração - Sistema da persuasão racional, o qual exige a fundamentação da decisão, com a indicação da prova que serviu de base à condenação.* A valoração da prova, entre nós, segue o sistema da persuasão racional, o qual exige a fundamentação da decisão, com a indicação da prova que serviu de base à condenação, assegurando às partes e aos tribunais conferir o raciocínio do julgador. Não há necessidade de o julgador demorar-se, na sentença, com resposta à tese impertinente proposta pela defesa como único propósito de perpetuar a instância penal. EDel. nº 294.086.244 - 3ª C.Crim. T.A. Porto Alegre - j. 17.5.94. Rel. e Pres.: Juiz Vladimir Giacomuzzi. In: RT 711/378.

⁶⁰ Colucci, M. da G. L. da S.; Silva, M. R. C. Op. cit., p. 237 e 238.

quando pedida pelo acusado, pois é meio que atenta contra a liberdade; não se admite o detector de mentiras, aparelho destinado a medir as reações do acusado⁶¹.

São repugnantes, como enfatiza *Antônio Magalhães Gomes Fº*, os meios, para a obtenção da prova, de caráter técnico, químico ou psiquiátrico, “que afetam a liberdade de declaração, a intimidade e a dignidade pessoal do interrogado, caracterizando violação até mais séria do que a própria tortura, pois nesta, como lembrou *José Frederico Marques*, ainda existe uma possibilidade de resistência, ao passo que tais métodos levam a uma subjugação total da vontade, com uma despersonalização da criatura humana”⁶².

Nelson Hungria diante desses métodos ditos científicos, adverte que não devemos olvidar três princípios tradicionais da processualística: “o réu é coisa sagrada”, “ninguém é obrigado a depor contra si mesmo” e “é preferível deixar impune um culpado a condenar um inocente”⁶³. *Roberto Lyra* condensa tais princípios nesta verdade: “é melhor não punir um criminoso do que cometer outros crimes para descobri-lo e prová-lo”⁶⁴.

No sistema processual em vigor, a valoração da prova segue o sistema de persuasão racional. Este sistema exige a fundamentação da sentença, assegurando às partes e aos tribunais conferir o raciocínio desenvolvido pelo julgador, o qual deve apontar a prova, passada pelo contraditório e pela ampla defesa, em que se baseou para chegar à conclusão contentária que aportou.

Em estudo sobre as várias formas de sistemas para apreciação da prova, *Gian Antonio Micheli* e *Michele Taruffo* concluem que “existe uma tendência a que prevaleça a livre apreciação, pelo juiz, de todas as provas, em decorrência do crescimento do fator confiança em relação à pessoa do juiz, enquanto autônomo e independente, dos outros poderes do Estado”⁶⁵.

Finalizando, há que se acrescentar que o moderno processo é visto como um dos principais instrumentos de realização e defesa das liberdades fundamentais. Mas essa função restará gravemente comprometida se, dentro dele, a atividade probatória não se inspirar nos grandes princípios que

⁶¹ Como esclarece *Marques*: “se violada for alguma regra limitativa da pesquisa da verdade real, não pode o juiz formar a sua convicção com essa fonte de prova indevidamente colhida. Se a narcoanálise não é admitida, como fonte de convencimento, por atentatória da dignidade da pessoa humana, vedado está ao juiz fundar-se no resultado dessa prova, se, por qualquer motivo, dela se lançou mão ou na fase preparatória de investigação, ou mesmo no transcurso da fase instrutória do processo.” *Op. cit.*, p. 299.

⁶² *Magalhães Comes Fº*, *A. Op. cit.*, p. 117 e 118.

⁶³ *Apud Acosta*, *W. P. Op. cit.*, p. 214.

⁶⁴ *Lyra*, *R. Passado, presente e futuro da prova penal*, p. 140.

⁶⁵ *Micheli*, *G. A.; Taruffo*, *M. A prova*, p. 158.

inspiram o devido processo legal, com os consectários indispensáveis do contraditório e ampla defesa das partes e da imparcialidade do julgador.

8. Conclusão

A prova é elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. Com a prova, o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção.

A busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam a doutrina a concluir que os artigos preceituando os meios para a obtenção da prova no processo penal, de regra, são ilimitados. As exceções a este princípio se apresentam como uma ressalva de indeclinável interesse da moralidade ou disciplina social. Não podem ser admitidos os meios ofensivos do pudor, os subversivos da ordem pública, os violentos e os atentatórios da personalidade humana. Processo no qual a colheita das provas se dê em detrimento da pessoa humana, mesmo atingindo a tão almejada verdade real, é processo inválido, do ponto de vista constitucional.

Existem limites na persecução penal: a tutela dos direitos do indivíduo é um valor mais importante para a sociedade que o castigo do autor do delito. O respeito à dignidade do homem e aos direitos essenciais que derivam desta qualidade constituem o vértice fundamental sobre onde repousa a existência mesma de todo Estado de Direito. Na comparação de valores é preferível deixar sem castigo os delitos que permitir que uma garantia constitucional se torne letra morta ou à mercê de qualquer eventual pretexto.

O livre convencimento está hoje consagrado pela doutrina processual como a mais recomendável das formas e sistemas de valoração das provas. E isto tanto no Direito Processual Penal como no Direito Processual Civil. Há a obrigatoriedade de fundamentar e motivar a decisão para que se saiba quais as condicionantes que levaram o julgador à convicção dos fatos, para se aquilatar o acerto ou não da apreciação feita.

9. Referências bibliográficas

ACOSTA, Walter P. *O processo penal*. 4ª ed., atual., Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1962.

- AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. Introdução ao estudo da prova. *Revista Forense*, v. 247, p. 27-40, jul./ago./set./1974.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de . *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 2ª ed., atual. e amp., São Paulo: Saraiva, 1994.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3ª ed., atual. e amp., São Paulo: Saraiva, 1994.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 5ª ed., amp. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. Provas ilícitas no processo penal, *Revista de Informática Legislativa*, Brasília, n. 97, p. 237-250, jan./mar./1988.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. II e III.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 5ª ed., atual., Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, v. II.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- HUNGRIA, Nélon. A liberdade dos meios de prova. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Sulina, v.33, p. 5-10, maio/jun./1958.
- JARDIM, Afrânio Silva. O ônus da prova na ação penal condenatória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 259-272, jul./set./1985.
- LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11-12, p. 147-153, jul./dez./1978.
- LYRA, Roberto. Passado, presente e futuro da prova penal. *Revista Justitia*, São Paulo, v.51, p.103-140, 4º trimestre, 1965.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Sobre o direito à prova no processo penal*. Tese para concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.
- MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de direito processual penal*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, Campinas: Bookseller, 1997, v. II.
- MICHEL, Gian Antônio; TARUFFO, Michele. A prova. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, p. 155-168, out./dez./1979.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- MITTERMAYER, C.J. *A Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. De Alberto Antonio Soares. 2ª ed., ver. e atual., São Paulo: Atlas, 1992.
- MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex, 1978.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 7ª ed., amp. e atual., São Paulo: Malheiros, 1993.
- RIBEIRO, Leonídio. A narco-análise. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 391-395, set./out./1960.
- SERRANO NEVES. *A tutela penal da solidão*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1981.
- SOARES, Orlando. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1977.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1967, t. II.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, 4 v.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VIANA, Lourival Vilela. *A liberdade de prova em matéria penal*. Tese apresentada em concurso à Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais para a cadeira de Direito Judiciário Penal, Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1995.