

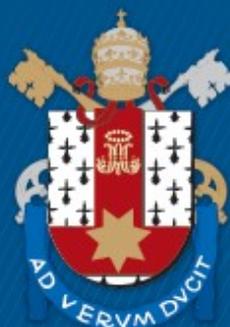
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

YURI FELIX

PROVA PENAL: A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA GENÉTICA

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

YURI FELIX

PROVA PENAL: A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA
GENÉTICA

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Área de Concentração: Sistema Penal e Violência.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Jr.

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

FELIX, Yuri

Prova Penal: A cadeia de custódia da prova genética
/ Yuri FELIX. -- Porto Alegre, 2019.
273 f.

Orientador: Aury Lopes Jr..
Tese (Doutorado - Doutorado em Ciências Criminais)
-- Universidade Federal da Bahia, Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2019.

1. Prova Penal. 2. Cadeia de Custódia. 3. Prova
Genética . 4. Prova Científica. 5. DNA. I. Lopes Jr.,
Aury. II. Título.

YURI FELIX

**PROVA PENAL: A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA
GENÉTICA**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Ciências
Criminais pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul. Área de Concentração:
Sistema Penal e Violência.

Aprovado em 29 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Jr.(orientador) - PUCRS

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner - PUCRS

Prof. Dr. Miguel Wedy - UNISINOS

Prof. Dr. Salah Hassan Kaled Jr. - FURG

Prof. Dr. Elmir Duclerc - UFBA

Dedico este trabalho aos meus pais, aos poucos e valorosos amigos, aos que lutam pelos mais fracos e aos que acreditaram no impossível... e continuam acreditando.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à PUCRS pela oportunidade dos múltiplos aprendizados, aos professores desta valorosa instituição; sem exceção, todos contribuíram em maior ou menor grau com a minha formação.

Agradeço às pessoas que passaram pela minha vida, aos que com muito esforço e paciência ficaram aos que se forampara ganhar o Brasil e o mundo.

Agradeço aos amigos e colegas de resistência democrática, especialmente, ao Prof. Dr. Geraldo Prado, exemplo de elegância e firmeza.

Agradeço ao parceiro de jornada Willians Meneses, pelas conversas e incentivo.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao grande e querido Mestre, Prof. Dr. Aury Lopes Jr., sem o qual jamais teria conseguido enfrentar os momentos de esmorecimento do último período. Depois desta defesa, provavelmente, nos veremos menos, mas carregarei muito da sua pessoa comigo e me orgulho disso.

Obrigado!

*"A liberdade é mais importante do
que o pão".*

NELSON RODRIGUES

*"Escreve-se em função de um povo
por vir e que ainda não tem
linguagem. Criar não é comunicar,
mas resistir. Há um liame
profundo entre os signos, o
acontecimento, a vida, o vitalismo.
É a potência de uma vida não
orgânica, a que pode existir numa
linha de desenho, de escrita ou de
música. São os organismos que
morrem, não a vida. Não há obra
que não indique uma saída para a
vida, que não trace um caminho
entre as pedras".*

GILLES DELEUZE

Resumo: O Séc. XXI teve o seu início sob o signo das expectativas abertas pelo acelerado desenvolvimento científico e tecnológico e, sobretudo, pela massificação dos novos meios de comunicação e informação, que redefiniram por completo o modo como as pessoas e o Estado se relacionam com o tempo e com o direito à intimidade. A pressa e a eficiência passaram a ser as notas caracterizadoras de uma sociedade do controle e domonitoramento, onde o tempo da economia parece não acomodar o tempo do Direito. O rito procedimental das regras do jogo processual penal, cada vez mais, se curva a este ritmo frenético, fragilizando a racionalidade sistêmica indispensável à salvaguarda dos direitos e garantias individuais. É neste contexto que se situa o objeto do presente estudo, que analisa alguns dos impactos jurídicos da engenharia genética e dos bancos de DNA sobre o direito à intimidade do cidadão, mediante a problematizaçãodas condições de colheita, armazenamento e dos destinos possíveis das informações pessoais advindas de material genético. A atenção é dirigida, então, à necessidade deadoção de um consequente *standard* probatório, observador dos vetores constitucionais, nos quadros de uma defesa intransigente do processo penal democrático, enquanto barreira às acentuadas tendências totalitárias da contemporaneidade, expressas na contraposição crescente da eficiência em detrimento das liberdades individuais. A presente investigação está inserida na área de concentração em Sistema Penal e Violência, tendo como linha de pesquisa os Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Palavras-chave: provas; cadeia de custódia; material genético; direito à intimidade; processo penal democrático.

Abstract: The 21st century began under the sign of the expectation opened by the accelerated scientific and technological development and, above all, by the massification of new media and information, which completely redefined the way people and the State relate with time and the right to intimate privacy. Haste and efficiency have become the hallmarks of a control and monitoring society, where the economy time seems not to accommodate the time of Law. The procedural rite of the rules of the criminal procedural game, increasingly, curves at this frenetic pace, weakening the systemic rationality, indispensable to safeguard individual rights and guarantees. It is this context that the object of the present study is placed, which analyzes some of the legal impacts of genetic engineering and DNA banks on the citizen's rights to intimate privacy by problematizing the conditions of collection, storage and possible destination of personal information coming from genetic material. The attention is, then, directed to the need of adopting a consequent probative standard, an observer of constitutional vectors, in the framework of an intransigent defense of the democratic criminal procedure, as a barrier to the strong totalitarian tendencies of contemporaneity, expressed in the increasing opposition of efficiency to detriment of individual freedom. The present investigation is placed in the concentration area in Criminal System and Violence, having as research line the Contemporary Legal-Criminal Systems.

Key Words: evidences; custody chain; genetic material; privacy rights; democratic criminal procedure.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ANADEP - Associação Nacional dos Defensores Públicos

CODIS - Combined DNA Index System

CP – Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

DNA - Ácido Desoxirribonucleico

FBI - Federal Bureau of Investigation

INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial

LSD - Dietilamida do Ácido Lisérgico

NCPC – Novo Código de Processo Civil

ONU - Organização das Nações Unidas

OR - Odds ratio/Razão de possibilidades

PCR - Polymerase Chain Reaction

RFLP - Restriction Fragment Length Polymorphism

RIBPG – Rede Integrada de Bancos de Perfios Genéticos

SBML - Sociedade Brasileira de Medicina Legal

SENASP - Secretaria Nacional de Segurança Pública

SNP - Single Nucleotide Polymorphisms

STF - Supremo Tribunal Federal

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos do Homem

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UV – Ultravioleta

VNTR - Number of Tandem Repeats

VNTR - Variable Number of Tandem Repeats

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1	18
1 Prova penal: Demarcando os limites	18
1.1 Conceito e função da prova no Estado Democrático de Direito	52
1.2 Da necessidade de distinção e apontamento de significado: Fonte, objeto, meio, elemento e resultado da prova	62
1.3 Do necessário nexó entre legalidade processual e a prova	69
1.4 A prova como elemento central da máquina retrospectiva (a dinâmica da sociedade e a busca por provas indiscutíveis): Reflexão a respeito dos quadros mentais paranoicos.....	74
1.5 Da prova pericial: Natureza jurídica, conceito, características e importância.....	78
1.6 Da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente	96
CAPÍTULO 2	125
2 DNA e identidade genética.....	125
2.1 Identidade e evolução histórica dos métodos de identificação criminal.....	125
2.2 Evolução histórica dos métodos de identificação criminal.....	130
2.3 DNA: Características	Erro! Indicador não definido.
2.4 Genes e cromossomos.....	Erro! Indicador não definido.
2.5 Polimorfismo, recombinação e variabilidade genética	Erro! Indicador não definido.
2.5.1 Polimorfismo.....	Erro! Indicador não definido.
2.5.2 Recombinação Genética.....	Erro! Indicador não definido.
2.5.3 Variabilidade genética.....	Erro! Indicador não definido.
2.6 Tipagem genética e identificação	141
2.7 Bancos de dados de perfis genéticos.....	Erro! Indicador não definido.
CAPÍTULO 3	153
3 Da cadeia de custódia	153
3.1 O direito de rastrear as fontes de prova como núcleo central da atividade probatória e a relevância da cadeia de custódia da prova	153

3.2 O estrito respeito e observância da cadeia de custódia como forma essencial de preservação e efetivo exercício do devido processo legal**Erro! Indicador não definido.**

3.3 Da imprescindibilidade de estabelecimento de padrões, rotinas e procedimentos desde a coleta, transporte e armazenamento dos elementos coletados **Erro! Indicador não definido.**

3.4 A quebra da cadeia de custódia da prova e suas repercussões: inadmissibilidade ou problemática a ser resolvida no momento da valoração?**Erro! Indicador não definido.**

3.5 Sobre os *standards* probatórios e da indefinição de “além de qualquer dúvida razoável”**Erro! Indicador não definido.**

3.6 Da relevância dos *standards* probatórios para implementação de uma adequada cadeia de custódia da prova**Erro! Indicador não definido.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS	167
APÊNDICE	200

INTRODUÇÃO

Os discursos da velocidade e da eficiência penetram progressivamente no processo penal e se expressam na forma de uma justiça criminal cada vez mais negociada (*plea bargaining*). Por meio de uma retórica acentuada sobre o excesso de recursos, se multiplicam sensíveis restrições ao *habeas corpus* e vicejam as falácias de que o "emaranhado" processual seria o genuíno motivo da lentidão do judiciário brasileiro. Tais circunstâncias promovem precipitações graves e constituem as premissas do fomento de um verdadeiro utilitarismo no processo penal.

Neste universo de incertezas, vive-se uma verdadeira ruptura de sentidos¹. Em um mundo arquitetado com base no movimento em fluxo contínuo, o que interessa é o *tempo real*². Claro que o homem não se dá conta da velocidade das transformações ao seu redor - e isso é fruto em grande medida desta aceleração - e, principalmente, da influência que sofre desta caleidoscópica realidade, como bem destacou BERGSON “caso estivéssemos convencidos da realidade da mudança, e nos esforçássemos para resgatá-la, tudo se simplificaria”³.

Na era em que viver no mundo tornou-se algo "escandalosamente temporário"⁴, encontra-se o sistema de justiça criminal com uma dinâmica atrasada, cada vez mais atropelada pelo cotidiano. No passado se procurava disciplinar⁵, ao passo que na atualidade, se busca monitorar⁶. Com isso, urge a necessidade de reconfiguração no que tange às respostas jurídicas. Deste modo, em tempos de necessária

¹ Sobre a análise do discurso da modernidade e sua eventual ruptura de sentido, nos dias atuais, sugerimos: SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007; BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; GAUER, Ruth. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; GAUER, Ruth. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011; MORIN, Edgard. *Complexidade e Liberdade*. In: MORIN, Edgard; PRIGOGINE, Ilya. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

² SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos - uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012, p. 80.

³ BERGSON, Henri. *O pensamento e o movente*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 150.

⁴ BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, vol. II, p.168.

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Trad.: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

⁶ DELEUZE, Gilles. *Postada sobre las sociedades de control*. IN: FERRER, Christian (org). *El lenguaje libertario*. La Plata: Terramar, 2005, p. 115-121; VIANNA, Túlio. *Transparência pública, Opacidade privada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ressignificação do homem-pessoa⁷, este, encontra-se diante de inúmeros conflitos, que passaram a ser regra⁸ nas relações.

FRANCO, refletindo a respeito do fenômeno jurisdição/globalização, entende que esta última "subestima o direito na medida em que o tempo da economia não se acomoda ao tempo do direito. A formalidade atravanca a velocidade da decisão econômica. Daí a desconfiança em relação ao direito e a busca de soluções à margem do Estado-Juiz"⁹. Assim, para além de toda a complexidade do mundo atual, tem-se uma própria crise da Jurisdição¹⁰ que, na prática, inúmeras vezes titubeia em saber até que ponto é garantia e até onde é poder; as consequências deste conflito de personalidade são avassaladores no jogo do processo, de modo que o juiz que exerce sua função enquanto garantia, segue a constituição, enquanto que aquele que assim não age tende ao arbítrio.

Com isso, neste mundo de inúmeras "verdades cristalizadas", cabe ao processo penal democrático a tarefa de proteção dos direitos e garantias individuais, sobrevivendo assim aos discursos de eficiência, aceleração e velocidade¹¹, cujo prejuízo recai predominantemente sobre o acusado, elo mais sensível neste jogo da epistemologia da incerteza. Desta maneira, com as idas, vindas e tensionamentos da luta democrática, os direitos e garantias fundamentais se encontram sob ameaça permanente, o que exige a diuturna vigilância daqueles que compreendem que o respeito à Constituição é o melhor caminho a ser trilhado.

⁷ CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. vol. LXXIV. Coimbra, 1998.

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: Diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical*. in: GAUER, Ruth Maria Chittó (org) *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 243.

⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Na expectativa de um novo paradigma*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Vol. I. Coimbra, 2009, p. 330. Ainda, a respeito da jurisdição e crise do direito na atualidade: CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. vol. LXXIV. Coimbra, 1998; do mesmo autor CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

¹⁰ "a tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana". in: GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Rio de Janeiro: 2002, <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

¹¹ Não se desconhece toda a crítica a respeito da utilização de categorias da física pela filosofia contemporânea, a esse respeito ver: SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais: O abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. Trad.: Max Altman. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

Ademais, deve ser propiciado aos atores do jogo do processo a melhor maneira de exercerem de forma livre, igualitária e consistente suas posições na situação processual, tendo conhecimento pleno dos acontecimentos e condições concretas de reação, propiciando escorreita possibilidade de questionar o conjunto probatório amealhado pela parte acusadora¹². Desta maneira, é necessário ter em mente que se deve garantir a "efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do ordenamento jurídico e do caso penal"¹³. GONÇALVES entende que "o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei"¹⁴ ou seja, é a materialização de um processo penal democrático e necessariamente acusatório.

No entanto, um alerta precisa ser feito. Bem disse CUNHA MARTINS que a evidência, ou seja, aquilo que dispensa a necessária reflexão e conseqüentemente ser provado, promove um malsinado "*desamor do contraditório*"¹⁵. Na sociedade onde impera o binômio informação/velocidade¹⁶ o contraditório pode sofrer inúmeros ataques, acarretando também um desamor ao Estado de direito.

Vale dizer que a Constituição Federal de 1988 assegura os direitos fundamentais do sujeito, de modo que todo acusado é inocente até que seja provada a sua culpa, - transitada em julgado no sentido correto desta expressão e respeitando os limites semânticos desta - devendo ser garantida ao indivíduo submetido ao jogo do processo penal acusatório seu inafastável direito ao contraditório e ampla defesa,

¹²"La actividad probatoria habrá de estar, pues, presidida por los principios de *contradicción e igualdad*, así como por todo el conjunto de *garantías constitucionales* y ordinarias tendentes a garantizar la libertad o *espontaneidad* de las declaraciones de partes, testigos y peritos (sobre la "igualdad de armas" en la prueba pericial, *vide* STEDH, caso Bonisch, de 6 mayo de 1986). En esta dirección cabe encuadrar las preguntas "generales de la ley", (...) la prohibición de formular preguntas capciosas, sugestivas o la de utilización de coacciones, engaños o promesas (...), la falta de valor privilegiado de las declaraciones de la Policía (...)" (g.n.) In: GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2007, p. 673.

¹³ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: Crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 76-77.

¹⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 127.

¹⁵ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito*. The Brazilian Lessons. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 03.

¹⁶ FELIX, Yuri; BUONICORE, Bruno T. Contraditório e Velocidade: Desafios do processo penal democrático na sociedade complexa. In: Gustavo Henrique Badaró (org). *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, vol. VI, p. 105-117.

somente assim, tem-se os elementos mínimos civilizatórios de uma sociedade democrática que deve limitar a atuação do poder punitivo estatal.

Seguindo a reflexão, indo a diante, entende-se que a intimidade e a privacidade são conceitos inerentes a pessoa, por conseguinte relevante à dignidade humana¹⁷ e, por sua vez, não são entendidos da mesma forma ao longo da história, sofrendo mudanças conforme o indivíduo se relaciona com os outros em comunidade. Assim sendo, aquilo que se entende como intimidade/privacidade e por óbvio o desrespeito a estes institutos, em dado recorte histórico, pode já não ser mais compreendido da mesma forma, consequência direta do avanço tecnológico e informacional, como ilustra o entusiasmo hodierno existente nas possibilidades abertas pela compreensão do DNA como "*un inequívoco medio' de identificación personal*"¹⁸, ora elevada à condição de objeto da presente pesquisa.

No entanto, a pergunta a ser respondida é a de que no momento da coleta e armazenamento da informação contida no "mapa genético" do indivíduo não se estaria ferindo de morte o direito à intimidade?

Neste estágio do desenvolvimento científico, onde o conhecimento a respeito do genoma humano avança em uma velocidade cada vez mais alucinada, a intimidade genética e os limites de atuação do Estado no acesso e manejo destas informações estão cada vez mais presentes em um processo penal contemporâneo que busca respostas em tempos de crise e incertezas.

Com efeito, a necessidade de aprofundamento deste debate está na ordem do dia. Determinar, de forma cristalina na legislação processual penal o tratamento da prova genética é uma exigência democrática, de tal maneira que somente assim será

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 70. Sobre a dignidade humana, o autor define que: "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida".

¹⁸ GÖSSEL, Karl Heinz. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. In: *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*. Tomo I. Dirigido por Edgardo Alberto Donna. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 297.

possível cumprir com as mais elementares exigências constitucionais que dão legitimidade ao jogo processual, como o contraditório e a ampla defesa.

Desta maneira, ponderar aquilo que se faz necessário para a determinação da cadeia de custódia da prova genética, compreender as mais diversas facetas da prova penal, detalhar a importância e características do DNA e dialogar a respeito daquilo que se denomina como *standard* probatório e a cadeia de custódia, bem como, asseverar alguns pontos que seriam fundamentais como subsídio de uma proposta legislativa a ser construída é a tarefa exigida das próximas linhas.

CAPÍTULO 1

1 Prova penal: Demarcando os limites

A velocidade e a eficiência são as marcas caracterizadoras do mundo globalizado do Séc. XXI. Não se questiona mais a distância, mas sim o tempo necessário para a execução desta ou aquela tarefa. O tempo é o senhor das regras e o oponente a ser batido. Atrélado a isto, tem-se o vertiginoso desenvolvimento tecnológico, a renovação e expansão dos saberes, onde o homem a cada geração acumula conhecimentos em busca de respostas. Não por acaso, como registro histórico desta relação tempo/conhecimento, o homem no início do século XVII levava 66 dias para atravessar o Atlântico, em 1830 levava um pouco mais de um mês, quinze dias em 1838, cinco dias nos anos de 1930 e na atualidade em torno de oito horas¹⁹. A troca de informações, conhecimentos e interações é um fenômeno que se apresenta como irrefreável.

Assim, é de ter em mente que a tecnologia não somente muda a vida das pessoas, mas também o modo como enxergam o mundo, a forma como lidam umas com as outras e com os percalços da vida cotidiana, a noção das próprias soluções de conflito, que engendraram uma nova mentalidade, um novo olhar; o que aprofunda as raízes de uma cultura fundada na eficiência e na célere comunicação, afinal, “o progresso é a dinâmica própria da cultura científica”²⁰. Nesta toada do pensamento científico - ou daquilo que se pretende ser científico - ocorre um fenômeno bem definido por BESNIER, que é a necessidade de "reconstruir algo de sagrado, a partir da esfera do profano"²¹.

Como bem destacou VIRILIO, com a invenção da bomba atômica e do microcomputador, o homem teria, efetivamente, demonstrado a capacidade de uma

¹⁹ BRASSEUL, Jacques. *História Económica do Mundo: Das origens aos subprimes*. Trad.: Hélder Viçoso. Lisboa: Texto & Grafia, 2011, p. 293.

²⁰ Tradução nossa. *In verbis*: “Le philosophedans le siècle. [...] le progrès es la dynamiquemême de la culture scientifique. BACHELARD, Gaston. *L'Activité rationaliste de la physique contemporaine*.” Paris: P.U.F, 1965, p. 24-25.

²¹ BESNIER, Jean-Michel. Um novo humanismo. In: *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 157.

união nefasta entre a microinformática e a revolução macro energética²². A junção destas forças foi capaz de comprovar, de modo sem precedentes, as possibilidades violentas da velocidade²³, mediante regras ditadas pela rápida circulação de informações e pelo desenvolvimento tecnológico, combinados em nome da eficiência²⁴. Trata-se aqui de uma escala superior de aceleração,²⁵ onde invariavelmente ocorre a derrota dos fatos, de modo que o fato-informado (vendido) passa a ser mais relevante do que a própria realidade fática daquilo que efetivamente existiu no fragmento de concretude da realidade²⁶.

Com efeito, surge uma nova economia tendo como base a informação e o tempo, este último, um recurso mais escasso do que as matérias-primas tradicionais; conhecimento passa a ter mais valor do que equipamentos industriais; a burocracia estatal perde força gradualmente cedendo espaço a uma comunidade interligada em redes; a especialização do conhecimento é crescente, contrapondo-se à necessidade do mesmo indivíduo desenvolver diversas atividades reduzindo custos e aumentando eficiência; deste modo, em um ambiente de livre iniciativa, as tecnologias da informação tornaram-se um setor estratégico e impulsionador do crescimento, do desenvolvimento econômico e social²⁷.

O tempo, também, é uma questão de local de fala. ARANTES, refletindo nas palavras de WACQUANT a respeito do fenômeno que pode ser denominado como "tempo morto", instrumento este fundamental e politicamente estratégico na acelerada onda punitiva da sociedade de controle, se observa que a meta eficientista da hospedaria punitiva é a de - divorciando-se de qualquer debate a respeito de dignidade, afinal só é digno aquele que se identifica como semelhante - tornar toda e qualquer condição de sua clientela preferencial mais bem tratada, inferior a de todo indivíduo assalariado da forma mais precária do lado exterior aos muros da punição institucionalizada. Deste

²² VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Trad.: Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.123.

²³ VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Trad.: Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 137.

²⁴ VIRILIO, Paul; LOTRINGER, Sylvere. *Guerra Pura: militarização do cotidiano*. Trad.: Elza Miné e Laymert Garcia. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 37.

²⁵ VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Trad.: Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.125.

²⁶ VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Trad.: Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p.125.

²⁷ BRASSEUL, Jacques. *História Económica do Mundo: Das origens aos subprimes*. Trad.: Hélder Viçoso. Lisboa: Texto & Grafia, 2011, p. 301-302.

modo, afirma-se que "a atual era do confinamento converteu a prisão em aspirador social e máquina de moer"²⁸.

Não obstante o fato de que, frequentemente, o discurso propagado a respeito das grandes descobertas científicas darem a impressão de um acaso ou mesmo de mera consequência "natural" do desenvolvimento civilizatório, o certo é que a maior parte do progresso tecnológico alcançado advém de atividades de pesquisa e desenvolvimento de empresas privadas. Os gastos industriais com pesquisa e desenvolvimento respondem por cerca de 2% a 3% do PIB de países como Estados Unidos da América (E.U.A), França, Japão e Reino Unido, sendo que 75% de aproximadamente um milhão de cientistas e pesquisadores dos E.U.A são empregados de empresas privadas. Com efeito, o que se objetiva com isso é o aumento de lucros com a descoberta de novos mercados e produtos, - e com o estudo do DNA não é diferente - esta é a lógica do desenvolvimento humano na era do mundo globalizado²⁹.

Nunca é demais destacar que o princípio da legalidade, eixo de todo o sistema penal, é a pormenorização escrita da lei e suas respectivas restrições (determina que a lei deva ser taxativa, isto é, explícita no que tange à descrição de suas infrações, evitando assim, a ambiguidade e conseqüentemente o arbítrio). Ainda não caiu em desuso a compreensão de que por meio da taxatividade torna-se claro, exclusivo e objetivo o que a lei determina, para que esta não perca a sua função de assegurar a legalidade, como limite de atuação estatal e proteção de direitos e garantias fundamentais. Deve-se ter em mente que, segundo CORDERO, "cuando menos precisos son los textos, tanto más extensa es la represión penal"³⁰. Sendo assim, é imperioso definir o que é permitido e o que é proibido ao cidadão e, principalmente, ao Estado.

De acordo com BONAVIDES³¹, o que gerou o princípio da legalidade foi o desejo de uma sociedade humana cansada de sofrer com os mandos e desmandos do poder absoluto "*legilussolutus*", vivendo sem regras claras de coexistência. Havia, portanto, a necessidade de se fixar normas estáveis e apropriadas, que fossem frutos da razão, e com a capacidade de resguardar as pessoas de eventuais arbitrariedades

²⁸ ARANTES, Paulo Eduardo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 141.

²⁹ BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. Trad.: Luciana do Amaral Teixeira. 5ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 229.

³⁰ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I, Bogotá: TEMIS, 2000, p. 11.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65.

oriundas de seus dirigentes de governo. De outra maneira, queria-se ter a tranquilidade, a confiança de que esses princípios seriam respeitados, e que os detentores do poder teriam que agir de acordo com normas pré-estabelecidas. Neste sentido, a legalidade estrita se apresenta como um sistema de vínculos impostos previamente ao poder estatal e ao particular³².

É sabido que o princípio da legalidade é definido pelo axioma, de que: “Não há crime, nem pena, sem prévia definição legal”, em latim: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Nada diferente, os juristas na Idade Média, do mesmo modo notaram esta preocupação nessa linha de ação, ou seja, um crime não é uma questão de punição, se não for expresso como tal³³, com efeito, governantes e governados devem se submeter ao mesmo ordenamento jurídico, sendo que na democracia todo poder está subordinado ao direito³⁴. Pode-se apontar, igualmente, que o princípio da legalidade se encontra inscrito na Magna Carta Inglesa de 1215, especificada no art. 39³⁵ daquele documento.

Assim, vislumbra-se que desde tempos remotos existiram manifestações e um gradual surgimento de ideias atreladas ao princípio da legalidade. Entretanto, é sabido que esse crédito sobre a origem do princípio da legalidade na Magna Carta de João sem Terra em 1215³⁶, encontra raízes na chamada “*rule of law*”³⁷ própria do direito anglo-

³² CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81.

³³ BESSIL, Frederico H. *O punitivismo e o controle da criminalidade*. Porto Alegre: Faculdade Anhanguera-Uniderp (Pós-Graduação em Ciências Penais), 2013, p. 14, adverte que: “Atribui-se a formulação latina do princípio da reserva legal a Feuerbach, em seu Tratado de Direito Penal, no qual asseverava: “Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal”. Por isso, só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena. A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada. Por fim, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário. O pressuposto legal está condicionado pela pena legal.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.148.

³⁵ BESSIL, Frederico H. *O punitivismo e o controle da criminalidade*. Porto Alegre: Faculdade Anhanguera-Uniderp (Pós-Graduação em Ciências Penais), 2013, p. 13-14. “Carta Magna Inglesa, de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra, cujo art. 39 preceituava: 'Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País’”.

³⁶ “Es común opinión la afirmación relativa a que el principio de legalidad se remonta a la Magna Charta Libertatum del rey inglés Juan sin Tierra de 1215 — originada en la rebelión de los barones”. In.: ARMAGNAGUE, Juan Fernando. *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*. Depalma: Buenos Aires, 1995, p. 10.

saxão, que representa, dentre outros, segurança jurisdicional. Em 1689 surge a expressão *Bill of Rights*³⁸ - do inglês "Carta" ou "Lista de Direitos" -, no Reino Unido, que por sua vez gerou uma Declaração de Direitos. Essas características do direito anglo-saxão³⁹ se perpetuaram no sistema norte-americano. Cabe salientar como referência histórica que em 1772 surge a *Bill of Rights* na Filadélfia, E.U.A.

Outro marco de origem do princípio da legalidade é a obra "*Dos Delitos e das Penas*", publicado em 1764 por BECCARIA⁴⁰, registro do movimento filosófico e humanitário de meados do século XVIII. Na ocasião, colocou-se a questão de que as punições aplicadas eram uma espécie de vingança coletiva, acarretando penalidades excessivas e, inclusive, mais terríveis do que os próprios crimes cometidos. Tempos de

³⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 93-94". Atesta que: "Em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do "país" perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)".

³⁸ARAÚJO, Edvaldo de; e PINTO, Tainá A. *Fundamentos para o estudo dos direitos humanos*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.8, observam que: "A Declaração dos Direitos (Bill of Rights - 1688) - documento que decorreu da Revolução de 1688, pelo qual se firmara a supremacia do Parlamento. Surge daí a monarquia constitucional inglesa, submetida à soberania popular, que teve como seu principal teórico J. Locke e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América".

³⁹ASHTON, Peter W. *A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. n. 64. out./dez. 2009, p. 165, menciona que: "Há divergências acadêmicas sobre e até que ponto o direito romano existente à época da invasão e colonização germânica na Inglaterra, teria sido adotado ou incorporado em leis, usos e costumes e instituições inglesas. Mas há concordância geral que o espírito libertário anglo-saxão estava embutido nas diversas cortes locais e que era nestes tribunais populares que os princípios de direito germânicos e de governança local eram cultivados e disseminados. Os saxões insuflaram o governo e instituições públicas inglesas de um espírito de equidade e liberdade que jamais deixou de caracterizar estas instituições. Ao longo dos séculos a *Common Law* penetrou com as suas raízes e fibras a constituição, o corpo político, as instituições locais e municipais, a jurisprudência civil e criminal, as relações familiares, os direitos das pessoas e das coisas. Sir Edward Coke (1552-1634) é considerado o oráculo da *Common Law*. Advogou e foi juiz durante o longo reino da Rainha Elisabete I e do Rei Jaime I. Seus muitos escritos incluem os "*Reports*" e as "*Institutes*". Os seus Reports em 13 volumes, retrataram com fidelidade a *Common Law* civil e criminal inglesa do século XVI e do início do século XVII".

⁴⁰Obra esta apresentada por Nelson Jahr Garcia, onde se explicita que "esta obra foi escrita originalmente em 1764 "*Dos delitos e das penas*" fruto que se insere no movimento filosófico e humanitário da segunda metade do século XVIII, ao qual pertencem os trabalhos dos Enciclopedistas, como Voltaire, Rousseau, Montesquieu e tantos outros. Na época havia grassado a tese de que as penas constituíam uma espécie de vingança coletiva; essa concepção havia induzido à aplicação de punições de conseqüências muito superiores e mais terríveis que os males produzidos pelos delitos. Prodigalizara-se a prática de torturas, penas de morte, prisões desumanas, banimentos, acusações secretas. Foi contra essa situação que se insurgiu Beccaria. Sua obra foi elogiada por intelectuais, religiosos e nobres (inclusive Catarina da Rússia). As críticas foram poucas, geralmente resultantes de interesses egoísticos de magistrados e clérigos. A humanidade encontrava novos caminhos para garantir a igualdade e a justiça". Edição eletrônica: <https://bit.ly/2siU3EK>. Ed. Ridendo Castigat Mores. <Versão para eBooksBrasil.com>. Acesso em: 13 jul. 2016.

acentuada crueldade em que os direitos do indivíduo não eram respeitados e garantidos, a menos que este fosse membro da nobreza local.

BECCARIA não somente contribuiu para a sedimentação do princípio da legalidade, mas para a compreensão de um direito consagrador de limites, e acabou por ser um porta-voz do próprio sentimento burguês de sua época, classe esta que buscava se fixar economicamente por intermédio do livre comércio⁴¹. É certo que a referida obra inspirou o estudo do direito em inúmeros países, sendo um marco para os direitos e garantias do homem, propondo a imposição de limites para o Estado, sendo assim um verdadeiro divisor de águas, fazendo com que o indivíduo tido como criminoso passasse a ser enxergado como sujeito de direitos naquela ordem social.

Nesta senda, esse movimento de corrente liberal propiciou a organização política e o desenvolvimento da burguesia do século XVIII, que culminou em 1776 com a Declaração de Direitos de Virgínia⁴², que fortemente influenciou a Declaração da Independência dos E.U.A. Prosseguindo, em 1789 foi elaborada a Carta dos Direitos dos Estados Unidos ou Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (do inglês: *United States Bill of Rights*) "é o nome pelo qual as dez primeiras emendas da Constituição dos Estados Unidos são conhecidas". Essas emendas foram inseridas por James MADISON para o Primeiro Congresso dos Estados Unidos em 1789 com uma série de artigos e entrou em vigor em 15 de dezembro de 1791, quando tinha sido ratificada por três quartos dos Estados. Thomas JEFFERSON foi um destacado defensor da *Bill of Rights*. Esses direitos dos cidadãos se espalharam pelo mundo, chegando ao Brasil, sendo que o princípio da legalidade foi incorporado ao direito penal brasileiro por intermédio do Código Criminal do Império, que trazia em seu art. 1º: "*Não haverá crime, ou delicto sem uma lei anterior, que o qualifique*".

Mais precisamente, no direito penal brasileiro, o princípio da legalidade foi apontado na Constituição Imperial (1824); posteriormente foi transposto para o Código Criminal do Império (1830), aparecendo nos demais textos congêneres advindos. Também no Código Penal, está instituído claramente que: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Assim sendo, o direito penal brasileiro, bem como considerável parcela da legislação estrangeira, é

⁴¹ HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 78 e ss.

⁴² DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA - 1776. Disponível em: < <https://bit.ly/2GmR7iq> >. Acesso em: 13 jul. 2016.

escrito, taxativo, e não admite o emprego de analogia quando este lesar o incriminado. Desta maneira, o princípio da legalidade passou a ser previsto em nosso ordenamento, sendo consagrado nas cartas constitucionais de "1891, 1934, 1946, 1967 e 1988, excetuando-se na carta de 1937 do Estado Novo de VARGAS"⁴³.

Portanto, é manifesto que não haverá lei se não escrita e nem delito que não esteja previsto antes de seu surgimento na vida concreta⁴⁴. Nunca é demais frisar que esses fundamentos estão explícitos na Constituição Federal de 1988 que dispõe no Art. 5º (...) XXXIX, bem como no art. 1º do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” - “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”, bem como, por óbvio, encontra previsão no art. 5º, II, do mesmo diploma constitucional.

Além disso, o art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto San José de Costa Rica*⁴⁵ versa de forma meridiana a respeito do tema, consagrando desta maneira em um tratado internacional de direitos humanos o referido, elementar e tão caro princípio ora em comento.

TOLEDO⁴⁶, de forma cirúrgica, afirma que o princípio da legalidade se divide em quatro outras subdivisões que seriam "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, nullum crimen, nulla poena sine lege stricta, nullum crimen, nulla poena sine lege certa*". Com efeito, esses quatro adágios

⁴³ ARCANJO, Wanderson G. *O princípio da legalidade e suas contribuições ao Direito Penal brasileiro*. Disponível em: <<https://bit.ly/2Eqgai9>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁴⁴ "toda pessoa deve saber que as condições que fazem de seu ato uma ação merecedora de pena, a maneira como se constata a existência dessas condições e qual será o ônus por fazê-la devem ser previstas em lei anteriormente à sua ação. (...) somente quando estas regras são respeitadas é possível dizer que vivemos em um Estado de Direito". In: BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad.: Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 40.

⁴⁵ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969) * (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA): Artigo 9º - "Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se". Disponível em: <<https://bit.ly/2PITnzT>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

⁴⁶ Atualmente, tal prescrição desdobra-se em quatro outras – o qual faz uso da classificação de MAURACH – objetivando cumprir uma função de garantia, ou seja, limitação ao poder de punir do Estado. São elas: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (proibição da retroatividade da lei penal que fundamenta ou agrave a punibilidade); b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição da utilização dos costumes para fundamentação ou agravamento da punibilidade); c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (proibição de se utilizar da analogia para fundamentação ou agravamento da punibilidade); d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (proibição de leis penais ambíguas, vagas e indeterminadas. In.: TOLEDO, Francisco de A. *Princípios básicos do direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

devem ser aplicados simultâneos e consecutivamente, no princípio da legalidade, a fim de se garantir o conteúdo e o vigor da lei penal.

Portanto, o princípio da legalidade está fundamentado no conteúdo dos preceitos penais previstos anteriormente aos delitos passíveis de pena, estampando a preponderância do direito positivo⁴⁷. Destarte, a Constituição vem garantir os direitos e deveres dos cidadãos, além do que preceitua o código penal, sendo um limitador do poder do Estado na tarefa de impor o castigo ao indivíduo no caso concreto, preservando-o assim de possíveis punições discricionárias, no sentido de que uma lei não pode ser equívoca, obscura, alargada e nem maleficamente retroativa⁴⁸.

Ademais, toda a administração pública é regida pelo princípio da legalidade, que se desenvolve na forma e nos limites da lei a fim de alcançar os seus desígnios. Está presumida nesse princípio da legalidade, a necessidade de haver uma antevisão ou previsão legislativa, para que valide a ação estatal, todavia, é fundamental que a lei preestabeleça a consequência, a punição para os atos do delito. Esse princípio não é um simples cumprimento das formas e das disposições legais, é efetivamente uma ferramenta que requer a atenção distinta para com o íntimo da lei e para com as circunstâncias do fato real.

Deste modo, a taxatividade está implícita no princípio da legalidade, é ele que determina que as leis penais devem ser claras, concisas e bem definidas em sua redação e conteúdo, fazendo com que não reste margem para duplas interpretações e aplicações inconsistentes e arbitrarias. Em outras palavras, o princípio da legalidade veda violências e impropriedades semânticas, respeita rigorosamente o limite e o significado das palavras, pois agir de forma diferente disso é, sem sombra de dúvidas, característica marcante de uma legislação autoritária onde se maltratam os mais mezinhos institutos constitucionais, dentre eles a legalidade.

Na atualidade, a sociedade se encontra diante de uma verdadeira crise do princípio da legalidade, na medida em que campeia na contemporaneidade um discurso

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 311.

⁴⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 24/25. Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei. Se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrarias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. [...] A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.

de aumento de riscos e de necessária segurança. Desta maneira, ocorre a propagação de posições antigarantistas, revestidas de suposta tecnicidade, transformando assim a sociedade em um ambiente maliciosamente conjugado de medo e segurança. O discurso do risco desvaloriza as bases essenciais do princípio da legalidade porque, necessariamente, demanda mais e mais segurança, é preciso ficar atento a esta fala que conjuga mundo contemporâneo, novos bens jurídicos, risco e necessidade de segurança e punição. A suposta necessidade de combate à criminalidade, em um discurso de mídia, não possui o menor problema em renunciar as conquistas históricas e civilizatórias, de modo que toda e qualquer coisa que seja entendida como obstáculo a este combate deve ser aniquilado, exigindo dos atores processuais e, antes disso, do legislador penal, resposta pronta e severa à criminalidade.

Resta por último, destacar que toda ação estatal deve observar os dizeres constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos, de modo que o princípio da legalidade reste preservado. Portanto, não é em vão que o princípio da legalidade/taxatividade - sendo este alicerce de todo o ordenamento jurídico-penal visando à proteção do homem⁴⁹ - encontre-se prescrito como cláusula pétrea, "formulado em defesa da liberdade de todos, sem exceção"⁵⁰, sendo aquela consagradora de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, pólo mais frágil na relação Estado-acusador *versus* investigado/acusado.

Naquilo que consiste os institutos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* a preocupação não é menor. Visando uma melhor conjugação destes temas, deixando o estudo e reflexão de forma mais didática e coesa, neste ponto serão trabalhados os institutos da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, não obstante ter-se a ciência de que são objetos distintos, mas que guardam, sobretudo, na prática, íntima relação entre si, de maneira que as próximas linhas serão trabalhadas nesta metodologia.

Alcançar a aplicação da justiça de maneira que se respeitem os princípios e valores constitucionais é a única forma de se aproximar daquilo que pode ser chamado de "justo", uma vez que o cidadão submetido a persecução penal necessita, como

⁴⁹ Neste sentido, o princípio da legalidade "surge para romper com esse terror e dar, como consequência, uma outra feição ao Direito Penal. A partir dele o Direito Penal se prestará a proteger o homem (...)". In: BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

condição e garantia, saber que é enxergado pelo Estado como inocente e que este mesmo poder julgador em caso de dúvidas apontará para a manutenção de seu *status* de inocência, regra esta elementar no Estado de Direito.

É certo que na análise do conjunto probatório no jogo do processo, o julgador não poderá ter a menor margem de dúvidas quando se exigir a imposição da condenação do acusado. O contrário não ocorre, pois não se trata de uma via de mão dupla na medida em que a dúvida sempre deverá militar a favor do acusado. Ademais o "*in dubio pro reo*", como dito acima, guarda estreita relação com o princípio da presunção da inocência.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, manifestação da Organização das Nações Unidas, em 1948, em seu art. 11.1⁵¹, igualmente garantiu o binômio presunção de inocência/"*in dubio pro reo*", de modo que "toda pessoa tem o direito de ser presumida inocente desde que não fique comprovada a sua culpa". Também, passando de maneira muito rápida pelos mais comezinhos institutos, cabe necessário destaque, a previsão na Carta Maior de 1988, em seu art. 5º, LVII, onde se aponta a garantia ao indivíduo, de cunho probatório, asseverando que cabe ao órgão acusador a tarefa - carga - de provar a responsabilidade do acusado pelo fato incriminador, com efeito, não é obrigação do réu provar sua inocência, mas sim cabe à acusação desconstituir seu estado de inocência. Portanto, repisando, em caso de dúvidas no momento da decisão o magistrado deve sempre julgar em favor do réu.

No Código de Processo Penal (CPP) no art. 386⁵², e incisos, se impõe ao juiz o dever de declarar a inocência do acusado, na medida em que não restar devidamente comprovada sua culpa, ou seja, o julgador no decorrer de toda a instrução até o trânsito em julgado deverá considerar todo e qualquer indivíduo acusado que esteja na sua frente como inocente até o momento em que reste totalmente provada sua culpa.

⁵¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - 1948. Art. 11.1. "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Disponível em: <<https://bit.ly/1c4a30C>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

⁵²BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; [...]; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; [...] ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008; VII - não existir prova suficiente para a condenação. Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/18P04KE>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

Assim, o postulado constitucional da presunção de inocência define que o Estado não pode tratar como culpado aquele que ainda não foi condenado a uma pena transitada em julgado e que, por certo, dispõe de recursos processuais legalmente previstos⁵³. Mais e em outras palavras, significa, essencialmente, o direito de todo acusado ser absolvido caso não se tenha "una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad"⁵⁴.

Essa é essência do Estado democrático e constitucional de Direito, a construção e tentativa de se impedir um acometimento arbitrário pelo Estado na vida do cidadão, assegurando a manutenção do estado de inocência até que reste cabalmente demonstrada sua responsabilidade. A história sabe apontar às vezes em que o poder punitivo atuou de maneira açodada, acarretando desumanidades, injustiça e arbítrio⁵⁵. Nesta toada, todos tem direito ao devido processo legal, bem como a presunção de inocência até que não fique totalmente provada a sua culpa e a partir deste momento o condenado possui o direito a uma pena justa nos termos previstos em lei. Segundo TORNAGHI⁵⁶, o princípio surgiu para compensar os rigores de leis que desconsideravam a dignidade humana do acusado, tratando-o como objeto do processo,

⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus n. 89.501/GO*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 dez 2006. Publicação/Fonte: DJ de 16 mar 2007. "A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes conseqüências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes". Disponível em: <<https://bit.ly/2BpEJsb>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

⁵⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2007, p. 109.

⁵⁵ ALAMY, João Filho. *O Caso dos Irmãos Naves*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961, p. 185-191. Cita que: "Ao longo da história jurídica brasileira, temos inúmeros exemplos de pessoas injustamente acusadas e condenadas pelo Tribunal do Júri. Um desses exemplos é o célebre caso dos irmãos Naves, que acabaram sendo condenados por um homicídio em que sequer havia materialidade. Anos depois, a suposta vítima apareceria viva, revelando uma das maiores injustiças do direito brasileiro. [...] Não há possibilidade de corpo de delito, direto ou indireto. Nem o mínimo indício da morte de Bénédict, ou do objeto do suposto crime. Nada, senão a 'confissão' dos denunciados, eivada de defeitos, sem valor probante, feita sob a mais forte coação, sob os mais tremendos castigos. Inteiramente falsa e inteiramente retratada".

⁵⁶ TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 1082/1085.

como se coisa fosse⁵⁷. Com isso, buscou-se impedir atrocidades e abusos cometidos contra os acusados, objetivando a confissão comumente extraída com o emprego de tormentos e tortura.

O “*in dúbio pro reo*”, literalmente quer dizer que "em caso de dúvidas, favoreça-se o réu, ou acusado"⁵⁸. Portanto, é essa uma garantia prevista dentro do Estado democrático de Direito, que é de extrema importância a proteção da liberdade individual, sobretudo daquele indivíduo que se encontra sob a mira do poder punitivo. Logo, o “*in dúbio pro reo*” deve se fazer presente sendo essencial à luz da dignidade humana, corolário basilar em um Estado de corte constitucional⁵⁹.

O necessário entendimento destes institutos não é de difícil compreensão, porém, o seu emprego no caso concreto, sobretudo nos dias atuais⁶⁰, comumente causa certa perturbação no sistema de justiça. Segundo GOMES FILHO⁶¹, o inventário de garantias inscritas na Constituição de 1988, o instituto da presunção de inocência - art. 5º, inc. LVII - é, com a mais absoluta certeza, aquele que padece de maior ataque e contestação por parte daqueles que, de maneira equivocada, enxergam neste corolário uma benesse ou até mesmo um favor aos indivíduos delinquentes, mas por outro lado, "igualmente pelos críticos que ressaltam sua função político-retórica, de incutir na

⁵⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação Da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.65. “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.

⁵⁸ BONCHRISTIANO, Carlos Augusto. *A aplicação do princípio in dúbio pro reo nos tribunais*. São Paulo: Revista de Julgados do Tribunal da Alçada Criminal do Estado de São Paulo. v. 29, 1996, p. 16. Assevera que caso remanesça dúvida com relação aos fatos esta deve operar "a favor do acusado, o qual somente pode ser condenado se o Tribunal não tem dúvida sobre a veracidade das provas produzidas. Disso concluí-se que não é o acusado que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado que tem a responsabilidade de provar a acusação feita”.

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982, p. 61. Corroborar que: “La concepción del Estado democrático obliga em lo posible a poner el Derecho Penal al servicio de ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos limites que hoy a asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”.

⁶⁰ Destaca-se aqui as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, a primeira movida pelo partido político PEN (Partido Ecológico Nacional) e a pela OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), questionando o que havia sido decidido pelo Corte no Habeas Corpus nº 126.292 a respeito da presunção de inocência, diretamente questionando-se o artigo 283 do Código de Processo Penal.

⁶¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência: Princípio e Garantias. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121.

sociedade a falsa idéia de que a repressão penal é atividade estatal realizada com a estrita observância dos direitos individuais"⁶².

Assim, o princípio da presunção de inocência "implica um '*status de inocência*', (...) um direito de ser tratado como inocente",⁶³ ou "o derecho que a todo imputado assiste a que se presume su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena"⁶⁴, assim sendo, um imperativo constitucional em um processo penal que na democracia necessariamente deve ser acusatório. Resta por fim o acertado reconhecimento de que "toda pessoa é inocente, e assim deve ser tratada, enquanto não for declarada sua culpa em uma sentença judicial"⁶⁵.

Indo mais além, é devido tecer algumas considerações a respeito do princípio do contraditório e da ampla defesa. O princípio do contraditório e da ampla defesa guarda íntima relação com o devido processo legal. Este, por sua vez, tem sua origem demarcada a partir da selagem real da Magna Carta das Liberdades, datada de 15 de junho de 1215, quando o rei João Sem Terra⁶⁶, pressionado pela nobreza inglesa da época, admitiu por intermédio deste documento a declaração de direitos; esta Magna Carta foi considerada a base das liberdades inglesas, com o intuito de limitar o poder da monarquia local dominante à época.

Já o princípio do devido processo legal⁶⁷, - princípio dos princípios - não é algo novo e desconhecido no ordenamento jurídico. Sob essa ótica, pode-se deduzir que o

⁶² Mais detalhes a respeito do tema, do mesmo autor: *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991; e MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁶³ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad.: Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

⁶⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2007, p. 108.

⁶⁵ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad.: Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003. "Redigida em latim bárbaro, a Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannen at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Carta magna das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, dito João Sem-Terra, assinou, em 15 de jun. de 1215, perante o alto clero e os barões do reino".

⁶⁷ FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175-176. "A expressão devido processo legal é muito abrangente e de difícil conceituação. [...] pode-se dizer que significa o direito ao regular curso de administração da justiça pelos juízes e tribunais, enfatizando a ideia constitucional do devido processo legal que abrange de forma compreensiva o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação, o direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça, o direito ao procedimento contraditório, o direito de não ser processado por leis "*ex post factos*", o direito de igualdade com a

conglomerado de princípios constitucionais emana do princípio do devido processo legal. Logo, o princípio do contraditório e da ampla defesa também emana do devido processo legal. Esses princípios derivam da expressão latina “*Audi alteram partem*, ou ainda *Audiatur et altera pars*”, que quer dizer “ouvir o outro lado”, ou ainda, “deixar o outro lado ser bem ouvido”⁶⁸.

Trata-se de um princípio jurídico constitucional que define o direito de que todo acusado⁶⁹ não deverá sofrer as consequências de uma decisão judicial sem participar de forma plena e ativa do jogo do processo em que figura como parte. Em outras palavras, o acusado deve e tem o direito de participar da luta processual que desembocará em uma decisão judicial, pois assim exercerá da forma que melhor desejar o seu direito de defesa⁷⁰. São direitos e garantias fundamentais que integram o Estado de direito democrático que vigora no ordenamento pátrio.

Existe uma relação direta entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, tanto que é incabível se falar em um deles sem estar diametralmente atrelado ao outro⁷¹.

acusação, o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal e legitimamente obtida, o direito ao juiz natural, o privilégio contra a auto-incriminação, a indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada, o direito aos recursos, o direito à decisão com eficácia de coisa julgada.

⁶⁸ FERREIRA, Sarandy Amaro; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Princípio do contraditório e da ampla defesa. II JICEX* - Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, vol. 2, n. 2, 2013. “Devido ao surgimento do Processo Legal que origina todos os demais princípios, dando garantias constitucionais estabelecendo direitos e deveres a aqueles que dele fizerem necessário. Pois a proteção dos direitos individuais tomou, um novo rumo em direção à sua efetivação e justiça social. Tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório. Este princípio de origem na jurisprudência anglo-saxônica faz-se presente em todos os outros de forma implícita e coerente. O princípio do contraditório determina que a parte seja efetivamente ouvida e tenha oportunidade de ouvir os argumentos considerados no julgamento. Por sua vez, o princípio da ampla defesa significa que deve ser assegurado a ambas as partes todos os meios e recursos processuais necessários a demonstração de seus respectivos direitos.”

⁶⁹ “O direito de confrontar-se não vale somente em relação às testemunhas, como previsto na Convenção Européia. Esse direito deve ser atuado em relação a todas as 'pessoas' que prestam declarações contra o acusado. Trata-se do direito de confrontar-se com o acusador, afirmado pela primeira vez em 1603, na Inglaterra, e consagrado na Constituição americana de 1791”. In: TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad.: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 28.

⁷⁰ Tendo em vista a sabida (de)limitação do trabalho proposto deixa-se de efetuar aprofundada reflexão a respeito da relação entre o contraditório e o direito de defesa, tendo ciência de que parcela da doutrina procura realizar a devida distinção entre ambos, por outra banda alguns compreendem que um princípio deriva do outro e por último, afirma-se que do ponto de vista prático a diferenciação na grande maioria das vezes é inexistente. Para mais considerações ver: LEONE, Giovanni. *Elementi di Diritto e Procedura Penale*. 5ª ed., Napoli: Jovene, 1981, p. 212; LOPES Jr., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 221; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 252.

⁷¹ SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24. “A ampla defesa se assemelha ao contraditório, por também

Tanto que estão relacionados em um único dispositivo, garantidos pela Constituição Federal de 1988, pelo artigo 5º inciso LV, que versa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Também está assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica⁷², sufragada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992⁷³, bem como ingressando no ordenamento pátrio nos termos do Decreto nº 678, de 06/11/1992⁷⁴. Com relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, buscando compreender o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apontam-se os casos *Lori Berenson Mejía vs. Peru* (2004), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005) e caso *Chocrón vs. Venezuela* (2011). Já no Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), de forma muito ligeira, cabe destaque aos casos *Lobo Machado vs. Portugal*, 1996, *Brandstetter vs. Áustria*, 1991, bem como os casos *Kamasiski vs. Áustria*, 1989, *Craxi vs. Itália*, 2002, *Borgers vs. Bélgica*, 1991 e *Fitt vs. Reino Unido* ano 2000⁷⁵.

O princípio do contraditório e da ampla defesa são termos próprios e característicos do cerne do processo penal e estão a ele historicamente vinculado, conforme leciona BASTOS⁷⁶, de modo a compreender que a defesa deve ter as mesmas

estar vinculada ao exercício da dialética processual, plasmada a partir da pretensão deduzida em juízo. Esse princípio constitucional do processo tem por escopo oportunizar a parte acusada de ser informada a respeito do que esta sendo alegado pelo demandante, a fim de que possa produzir defesa de qualidade e indicar prova necessária, lícita e suficiente para alicerçar sua peça contestatória, continuando a espriar seus efeitos durante todo o processo, mesmo após a sentença, inclusive com a observação em relação a esta garantia, de que a intimação da sentença condenatória deve ser feita, regularmente, tanto ao réu, como a seu defensor, fluindo o prazo de recurso a partir da última intimação efetuada”.

⁷² BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Fourth Edition. Minnesota: West Publishing, 1988. “[...] em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por Ditaduras, tanto de direita, como de esquerda. Dos 11 Estados partes da Convenção à época, menos da metade tinha governos eleitos democraticamente. A outra metade dos Estados havia ratificado a Convenção por diversas razões de natureza política. [...] Ao longo dos anos, contudo, houve uma mudança gradativa no regime político das Américas, tornando possível para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ter uma importância cada vez maior. O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”.

⁷³ BRASIL. Senado Federal. DECRETO LEGISLATIVO nº 27 de 1992. Disponível em: <<https://bit.ly/2SU3Dav>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁷⁴ BRASIL. Presidência da República. DECRETO nº 678 de 1992. Disponível em: <<https://bit.ly/2bGzS93>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 153-156.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.

condições e oportunidades de levantar provas a seu favor, em igualdade e possibilidade de condições com quem acusa. Logo, por óbvio, da mesma forma que a acusação pode produzir provas que incrimine o acusado, se desvencilhando da carga que lhe é atribuída desde o início do jogo processual, a defesa tem o direito - e não dever, obrigação e muito menos ônus - de produzir provas contrárias à da peça ministerial.

Já a ampla defesa destina-se, dentre outras funções, a buscar o estabelecimento de certa igualdade entre os elementos atores do processo que fundamentalmente são desiguais. BASTOS⁷⁷ profere que a versão, argumentos e provas trazidas por uma das partes - acusação - deve corresponder em igual possibilidade de produção destes elementos por parte do sujeito submetido ao processo. Com relação ao contraditório sublinha que esta parte da ampla defesa e a este se atrela quase que inteiramente, pois uma defesa não pode ser efetivamente exercida sem o emprego pleno do contraditório⁷⁸. Neste sentido pode-se afirmar que o contraditório é, pois, a explanação oportuna da defesa. Pois, a toda acusação cabe direito equivalente ao sujeito acusado de inquirir e refutar a versão que lhe é apontada. Parte dessa dialética o processo penal democrático, construído sob o manto do Estado de direito. Pois, como grifou CORDERO "*dos personas que hablan delante de uno que las escucha y las regula: ambas niegan, afirman, aducen pruebas, elaboran los respectivos materiales, discuten; rigen reglas que tienden a establecer cuál es la hipótesis mejor*"⁷⁹.

Avançando, entende-se que o princípio da ampla defesa abrange duas vertentes básicas, sendo a primeira ligada à possibilidade de se defender - de forma positiva, produzindo provas, indicando testemunhas, dentre outras ou de maneira negativa calando-se e tendo o direito de não produzir ou fornecer nenhuma espécie de material e informações que possa ser em seu prejuízo - e a segunda é a de recorrer das decisões judiciais. É sinônimo da liberdade inerente ao indivíduo, na garantia do direito de defesa e de seus interesses, declarando fatos que entender como benéficos em sua estratégia de defesa⁸⁰ e arrecadar provas em seu favor⁸¹.

⁷⁷BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.

⁷⁸BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 235.

⁷⁹CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo II, Bogotá: TEMIS, 2000, p. 202.

⁸⁰No que tange a participação ativa do advogado no jogo do processo é oportuno compreender que "o advogado é essencial à administração da justiça, conforme texto constitucional." In.: FERREIRA, Sarandy Amaro; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Princípio do contraditório e da ampla defesa*. II

Ademais, cabe importante destaque, pois este princípio constitucional sublinha que caso seja de interesse do acusado este poderá se calar, não produzindo provas contra si. De todo modo, contraditório e ampla defesa não são sinônimos, mas encontram-se umbilical, constitucional e convencionalmente inseparáveis. Não é por acaso que este tão caro princípio constitucional - e convencional - segundo SCARANCA FERNANDES se faz presente em cartas constitucionais pretéritas, destacando as de "1824, art.179, VIII; 1891, art. 72, § 16; 1934, art. 113, n. 24; 1937, art.122, n. 11, segunda parte; 1946, art. 141, §25; 1967, art. 150, § 15, e, com a Emenda de 1969, art. 153, § 15"⁸².

É cediço que a efetiva concretização no mundo-da-vida do princípio do contraditório e da ampla defesa, segundo FAZZALARI⁸³, ocorre em dois momentos do jogo processual. Inicialmente a *informazione*, que consiste na necessária obtenção das informações relevantes, do ponto de vista do assento da defesa, em seguida, no momento em que se encontra munida de todas as armas necessárias do ponto de vista da informação, tem-se espaço para *reazione*, que se aflora com a efetiva condição de contrapor os argumentos que são imputados⁸⁴.

Nesta esteira, não é cabível a construção de que o contraditório e a ampla defesa devem ceder ou pior, somente serão realidade no momento em que as partes colaborarem⁸⁵ na construção da decisão judicial. Pensar isso é um erro metodológico na

JICEX - Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. 2013, v. 2, n. 2.

⁸¹ "Consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, alias, agora, é essencial à Administração da Justiça (art.133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável". In.: GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.110 - 129.

⁸² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

⁸³ "È da rilevare, inoltre, che il principio del contraddittorio come garanzia di libertà, costituzionalmente sancita, si inserisce nella più vasta tematica dei diritti dell'uomo, ribaditi dalle varie convenzioni internazionali". In: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1994, p. 86 (nota 32).

⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: Bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 264.

⁸⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55. "O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, e apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de "colaboradores necessários", cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio

perspectiva do processo penal. Este, necessariamente acusatório, é um processo de partes⁸⁶ e assim precisa ser para que a dialética e a dogmática processual *penal* sejam preservadas. Com efeito, não cabe ao acusado colaborar com a construção de absolutamente nada no processo, como dito e repisado, a carga probatória é exclusivamente da acusação e assim precisa ser em um processo penal orientado constitucionalmente.

É certo que a dignidade humana abarca o direito a intimidade, a privacidade e a proteção de dados pessoais, assegurados em um Estado de Direito Democrático, fruto de conquistas históricas ao longo dos tempos. Desta maneira, KANT⁸⁷ entende que “age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente *como fim e nunca simplesmente como meio*” (*g.n.*). Com efeito, uma premissa elementar que se parte é a de que o ser humano é um fim em si e deve ser respeitado em sua essência não devendo ser instrumentalizado, vilipendiado ou aviltado em sua dignidade, privacidade ou intimidade.

É certo que, principalmente na última quadra histórica, o cidadão passou a sofrer uma acentuada flexibilização em sua intimidade, privacidade e no acesso de seus dados pessoais em diversos níveis, sobretudo com o aumento do fluxo de informações no âmbito da rede mundial de computadores (*internet*)⁸⁸. Vale ressaltar que no momento em que o cidadão fornece seus dados e informações, atua no papel de protagonista deste ato, porém, em um segundo momento assume papel coadjuvante na velocidade, no fluxo de dados e no emprego destes, na medida em que saem completamente de seu controle. Com efeito, ao fim e ao cabo, seus dados ficam aquém de seu controle, muitas vezes não tendo nem ideia de quando e como ocorreu o seu uso e emprego, nem mesmo

interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve”.

⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório*: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46, n. 183, julho/set. 2009, p. 103.

⁸⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 59.

⁸⁸ MENDES, Laura Schertel. *O direito fundamental à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, Ano 20, n. 79, jul./ ago. 2011, p. 45. Adverte que: “A principal característica da internet é a de ser uma rede aberta, que possibilita a difusão e o aperfeiçoamento da tecnologia de controle e monitoramento, que pode significar a restrição da liberdade da pessoa. Em função das modificações sociais e da evolução tecnológica acarretadas pela utilização da internet de maneira globalizada, a discussão sobre os danos decorrentes do processamento e da transmissão de dados na sociedade não se restringe apenas à ameaça do poder do Estado, mas também à atuação, muitas vezes inconstitucional, do setor privado, que utiliza dados pessoais colhidos para atingir objetivos econômicos”.

sabendo o rumo que suas informações tomaram, quem as detém, como foram coletadas e seu nível de segurança, controle e devido armazenamento.

É de suma importância ter ciência do que é revelado, daquilo que se torna público, pois a regra é a preservação do direito à intimidade, à privacidade e a necessária proteção dos dados pessoais⁸⁹. Portanto, é possível afirmar que o conceito de privacidade está diretamente relacionado ao conceito de liberdade, mostrando-se como dois polos de um mesmo instrumento. Pois, ao exercer-se o direito à privacidade está a se desempenhar também o direito à liberdade⁹⁰, no sentido de revelar ou negar-se a divulgar, exprimindo a exata medida do seu querer em abrir sua intimidade, sua vida privada e seus dados pessoais eventualmente tornados públicos na sociedade da informação.

Em se tratando de intimidade, privacidade e da preservação dos dados pessoais, qualquer menção de informações que venham a ser divulgadas contra a ciência e autorização de uma pessoa ferem a dignidade humana, tornando o indivíduo objeto-alvo desta invasão, principalmente em um período de constante mutação, com o crescente desenvolvimento tecnológico mundial, atribuído principalmente aos meios de comunicações de informações e dados (*internet*)⁹¹, acentuando a vulnerabilidade da privacidade das pessoas.

A marca característica do mundo contemporâneo o fato de estar na era digital, tornando-se assim a sociedade da informação⁹², globalizada e informatizada, onde se

⁸⁹BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 63. Entendem que o conceito do direito à privacidade é: “A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano”.

⁹⁰JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 260. Aponta que: “O direito à privacidade decorre do direito à liberdade, na medida em que o primeiro abriga o direito à quietude, à paz interior, à solidão e ao isolamento contra a curiosidade pública, em relação a tudo o quanto possa interessar à pessoa, impedindo que se desnude sua vida particular; enquanto o segundo resguarda o direito a uma livre escolha daquilo que o indivíduo pretende ou não expor para terceiros, protegendo o seu círculo restrito da forma como lhe aprouver”.

⁹¹DONEDA, Danilo. *Um código para a proteção de dados pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 550. Afirma que: “[...] a disciplina de proteção de dados desenvolveu-se a partir da aplicação de determinadas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico. A própria expressão “proteção de dados” não reflete fielmente seu âmago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo – não são dados que são protegidos, porém a pessoa a qual tais dados se referem.”

⁹²RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (coord. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25. Sobre a incapacidade pessoal de manter a privacidade de seus dados e de obter um controle sobre as informações armazenadas em terminais eletrônicos e sua disseminação o autor

acentua de forma avassaladora a capacidade de se gerar, transmitir e receber dados dos mais variados tipos. No entanto, esse desenvolvimento tecnológico do conhecimento no mundo atual traz em seu âmago diversas inquietudes, principalmente em relação à veracidade e a credibilidade dos fatos divulgados e, por certo, em relação à preservação da privacidade e intimidade das pessoas⁹³.

Não obstante esse avanço tecnológico de massa, vale destacar que existem direitos e garantias trazidas tanto na lei quanto na Constituição acerca da preservação da privacidade e da intimidade. Conforme sublinha MOTA⁹⁴ "a jurisdição constitucional, ou garantia jurisdicional da Constituição constitui um dos conceitos básicos da dogmática jurídica processual constitucional, ou, simplesmente, do processo constitucional".

Além disso, no ordenamento jurídico pátrio, no Código Civil em seus arts. 17 a 21⁹⁵, se protege - nos Direitos da Personalidade - o nome, a intimidade e a vida privada, na esteira do mandamento constitucional apresentado na Magna Carta de 1988⁹⁶, em seu art. 5º, inciso X, onde se determina que: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a

leciona que: "A 'sociedade da informação', forma de organização social que recorre ao intensivo uso da tecnologia para coleta, transmissão e armazenamento de informações, revela a inadequação das tradicionais definições aos conceitos de 'privacidade' e 'publicidade', não sendo mais possível considerar os problemas da privacidade somente por meio de um pêndulo entre 'recolhimento' e 'divulgação'. Nesse cenário, o cidadão assume papel de protagonismo no fornecimento de suas informações, mas, por outro lado, de coadjuvante no seu uso. Foge ao seu controle quais dados estão nas mãos de quem; como estão sendo recolhidos; qual nível de controle ele detém sobre este armazenamento".

⁹³ SIVIEIRO, Fabiana Regina; CASTRO, André Zanatta Fernandes de. *Privacidade na era da revolução digital*. São Paulo: Revista do Advogado. Ano XXXII, abril 2012, n. 115, p. 54. Sobre a exposição que os meios de comunicação instantânea provocam os autores asseveram que: "Estamos em meio a revolução digital, que descentralizou o controle da informação, derrubou barreiras geográficas e modificou radicalmente o comportamento humano. As pessoas estão, de fato conectadas. Acontecimentos são registrados *in loco* por câmeras e *smartphones* e compartilhados instantaneamente na internet. # *trending topics* no *Twitter*. Não é mais necessário correr à banca para ver quem a celebridade está namorando – basta apertar um botão. Mas as celebridades não são as únicas expostas. Os cidadãos comuns não podem ignorar a realidade: tenha você um perfil em uma rede social ou não, certamente existe um retrato seu circulando pela rede, postado não por paparazzo, mas pelo seu filho, sobrinha ou melhor amigo, no qual você foi "tagueado", e que alguém do outro lado do mundo pode ter "curtido" e até mesmo recompartilhado. [...]. A informação digital está ao alcance de todos os usuários da internet e se dissemina rápida e, muitas vezes, incontrolavelmente. Todos devem estar preparado para proteger sua privacidade se não quiserem a exposição na janela virtual, pois a liberdade de expressão nunca foi exercida de forma mais ampla do que pela internet".

⁹⁴ MOTA, Marcel Moraes. *Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e concepções democráticas*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 4057.

⁹⁵ BRASIL. Presidência da República, Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. Disponível em: <<https://bit.ly/IRffY7>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁹⁶ BRASIL. Presidência da República, Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1bIJ9XW>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Seguidamente, pode ser observado, por exemplo, no Código do Consumidor⁹⁷ na seção VI – Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores em seu art. 43 especifica que: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”.

Ademais, pode-se observar na Declaração Universal de Direitos do Homem⁹⁸, em seu art. 12, onde se define que: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

Em suma, o debate a respeito da intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais está na ordem do dia e sua flexibilização e acesso caracterizam exceção que necessitam exaustiva e fundamentada justificativa por intermédio de ordem judicial como garantia constitucional, dentre outras, de controle jurisdicional⁹⁹. O debate fica ainda mais acirrado quando se fala de identidade genética. Não é por acaso que no *case Marper vs. United Kingdom* (2009) - Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) - discutiu-se o tempo de permanência das informações genéticas em banco de dados e os reflexos disso no direito à intimidade e dados pessoais.

Outro ponto de tormentosa reflexão, tendo ligação direta a pesquisa proposta, é o tema da proibição de provas ilícitas. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI, aponta “que são inadmissíveis ao processo provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, de forma geral e não fazendo distinção entre processo civil e processo

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990: Disponível em: <<https://bit.ly/1n9Xd06>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁹⁸ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da Biblioteca Virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. Disponível em: <<https://bit.ly/2GEd7Wr>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 505, aborda que: “Cadastros sigilosos, estejam onde estiverem, com qualquer conteúdo, somente podem ser acessados por ordem judicial. Há muito se consolidou tal entendimento pelo STF e demais tribunais pátrios. Não há razão alguma para se alterar essa posição. De tempos em tempos, por lei ordinária, surge alguma tentativa de violação da intimidade ou da privacidade do indivíduo por órgãos estranhos ao Judiciário, tais como a polícia e o Ministério Público. [...] Enfim, permitir o livre acesso, sem autorização judicial, é abrir perigoso precedente, incompatível com as garantias individuais básicas do cidadão”.

penal determina uma forma pelo qual o Estado persecutório deve agir no que tange a matéria de prova, de modo que torna o agente estatal jungido a este mandamento constitucional. Ademais, relevantes limitações constitucionais ao direito à prova devem ser obedecidas, tais como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (artigo 5º, X), a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das telecomunicações (artigo 5º, XII) e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI).

No entanto, também neste expediente, a palavra carece de limite semântico¹⁰⁰ o que acarreta fundamentalmente e de antemão compreender a respeito do que se está falando para, em seguida, sim avançar no desenrolar do raciocínio. Como afirma SENTÍS MELENDO torna-se extremamente difícil e muitas vezes impossível compreender o objeto de que se fala se a palavra-signo que o representa não é de modo algum adequada, apreensível e tendo múltiplos significados e sentidos¹⁰¹.

No que tange a expressão *prova* a polêmica e o "improvis" semântico é deveras destacado, o que por sua vez acarreta (pré)juízos com inúmeros prejuízos do ponto de vista prático. Neste sentido, é perfeitamente possível encontrar no cotidiano do foro diversas acepções com um acentuado alargamento de sentidos, mas, buscando minimamente delimitar o debate proposto, destaca-se que a palavra *prova* deriva do latim *probatio*, que significa alguns sentidos como ensaio, verificação, inspeção, exame, dentre inúmeras outras acepções o que obviamente destaca a polissemia do verbete, sendo esta vicissitude um traço característico deste instituto¹⁰².

Na mesma senda, ARANHA aduz que a expressão *prova* não apresenta um único significado, de modo que se pode sublinhar que em sentido comum atesta o conjunto daquilo que se pode direcionar ao conhecimento de determinado fato, qualidade, existência ou exatidão de determinado objeto no mundo-da-vida. Empregando um sentido jurídico pode-se asseverar que *prova* são os meios e atos utilizados pelas partes visando à demonstração dos fatos alegados. É possível perceber

¹⁰⁰ Esta temática será abordada com maior fôlego no Capítulo 1.

¹⁰¹ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1990, p. 33.

¹⁰² TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 73 ss.

que em quaisquer dos seus empregos e significados, a expressão *prova* representa o meio utilizado pelo sujeito para demonstrar como "verdade" o que se alega¹⁰³.

Já para TEIXEIRA a palavra prova advém do verbo *probare*, significando verificar, aprovar, examinar, reconhecer por experiência, demonstrar, provar, ou seja, aquilo que atesta a autenticidade de algo. Portanto, provar é em grande medida a demonstração dos fatos pretéritos a respeito do caso penal discutido¹⁰⁴. Especificamente na arena processual penal, longe de se tratar de um debate meramente formal e singelo, o tema merece uma reflexão bem específica, tendo em conta a relevância dos valores constitucionais e convencionais tensionados de maneira que se faz necessária a compatibilização entre os direitos e garantias individuais e a tarefa do estatal de combater a criminalidade.

No entanto, alguns limites precisam ser inicialmente demarcados em nome da preservação das regras do jogo. O processo penal enquanto caminho democraticamente necessário em direção a uma pena impõe restrições e limites no direito à prova, visando reger as atividades das partes no jogo do processo, garantindo assim o devido equacionamento de interesses em conflito. É no processo penal, palco em que a liberdade do sujeito - hipossuficiente diante do Estado-acusador - encontra-se ameaçada é que se torna ainda mais fundamental o estabelecimento de limites à atividade probatória.

O próprio Código de Processo Penal traz exemplos de limitações ao destacar vedações tais como o depoimento de pessoas que em razão de sua função, ofício, ministérios ou profissão, possuem a obrigatoriedade de guardar segredo, ainda, a possibilidade de indivíduos com algum grau de parentesco com o acusado se recusarem a prestar depoimento. Estas possibilidades são previstas nos artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal. Por certo que, como acima destacado, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, também aponta limitações ao direito à prova.

Ademais, um dos papéis fundamentais a que se destina a prova é na construção do convencimento do julgador - não da verdade - no momento que antecede a manifestação deste em sua decisão. Assim, cabe as partes influenciarem na convicção

¹⁰³ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. *Prova Penal*. Direito & Justiça, Porto Alegre, vol. 39, n.1. 2013, p. 94.

do juízo com o manejo da prova produzida sob o crivo do contraditório, pois é por meio dela que o julgador irá perquirir os fatos em que os atores processuais fundamentam suas alegações. Com isso, se busca a configuração dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo e para a averiguação destes é do conjunto probatório que se serve o julgador, tendo como consequência lógica, baseada na razão, a formação de sua convicção¹⁰⁵. Com efeito, cabe ao magistrado decidir se as provas *colhidas e levadas pelas partes* são idôneas e suficientes para a formação de seu convencimento¹⁰⁶.

Na crise semântica e de princípios que esta quadra histórica atravessa é de importância capital grifar que não deve(ria) existir a sofrível e denominada "'prova do juiz'. Compete às partes o poder de buscar as fontes de prova e de requerer ao juiz a admissão do respectivo meio de prova"¹⁰⁷. Com efeito, a prova deve, obrigatoriamente, ser *colhida, escolhida e levada pelas partes*, sendo que qualquer iniciativa probatória do magistrado caracteriza sim afronta as bases mais elementares do processo penal democrático e ao estado de inocência, pois como exaustivamente destacado cabe exclusivamente à acusação a carga de provar o alegado, não se admitindo qualquer inversão desta carga probatória no jogo processual que, em caso de insuficiência probatória, esta sempre deverá militar em favor do acusado¹⁰⁸.

Além disso, outro engano que habita o imaginário processual é a infelizmente conhecida verdade real, oriunda de um modelo inquisitorial, com bases sustentadas por (pseudo) paradigmas científicos já de longe superados¹⁰⁹. Não obstante, suas premissas ultrapassadas, lamentavelmente a verdade real permanece muito presente na prática

¹⁰⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 253.

¹⁰⁶ "El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez". In: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad.: Leonardo Prieto Castro e com. Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Labor S.A., 1936, p. 256.

¹⁰⁷ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad.: Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

¹⁰⁸ Não se desconhece a extremamente questionável redação do art. 156, I e II do Código de Processo Penal de maneira que se deixa registrada a crítica com relação a este que para o bem da rigorosidade processual penal deveria ser abolido do ordenamento. É a que segue: 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".

¹⁰⁹ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2008, p. 12. Segundo Aury Lopes Jr., o mito da verdade real "nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que 'os fins justificam os meios'". LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 269.

cotidiana do processo penal contemporâneo, em que muitos acreditam que o objetivo do processo é a busca da verdade - seja ela real, material, processual - e caberia a prova propiciar tamanha tarefa, é um gravíssimo engano.

É certo que a verdade real é a "*instância máxima de legitimação* de um sistema processual penal autoritário, onde toda espécie de garantia do réu é relevada em prol da *suposta sagrada missão* de sua descoberta"¹¹⁰, assim, deve-se ter a clareza meridiana de que o discurso da verdade (e seja qual ela for) tem como seu embrião a prática de um sistema inquisitório e autoritário¹¹¹, que por sua vez escancara as portas para o cometimento de abusos e atrocidades em total desatenção as garantias fundamentais do indivíduo. Nesta senda, é de fácil afirmação que o sistema inquisitório é "incompatível com direitos e garantias fundamentais"¹¹², pois o acusado em um processo penal de corte inquisitório é nada além de um ímpio pecador que detém a verdade que necessita ser extraída¹¹³.

Mas não fica por aqui. Na sociedade da aceleração e da angustia todas as coisas passam pelo crivo do fluxo e do movimento e os discursos são "renovados" passando a equivocada impressão de avanços positivos. No mundo contemporâneo, com o alucinado avanço da tecnologia, a ciência chegou a um patamar nunca visto na história da humanidade e isso fez com que no processo penal surgisse a lógica da verdade científica, colocada como última instância do debate, pois o que é científico é absolutamente bom e verdadeiro, grave engano que hoje campeia o imaginário dos atores do processo, pois, muitas vezes de forma engenhosa e disfarçada, revestida de suposta tecnicidade, substitui-se o julgador pelo perito e a sentença colaciona o laudo, este é o perigo que cerca o processo penal neste recorte histórico e precisa ser enfrentado.

Indo em frente, faz-se necessário, mesmo que de forma um tanto singela, aclarar a distinção daquilo que vem a ser prova ilegal, ilegítima e ilícita. LOPES Jr. compreende que a prova ilegal seria o gênero da qual seriam espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Distingue este autor que a prova ilegítima seria aquela que viola uma

¹¹⁰ KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2008, p. 12.

¹¹¹ LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266.

¹¹² BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 29.

¹¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 jul./set. 2009, p. 103.

regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. Esta proibição de prova tem natureza exclusivamente processual, quando imposta em função de interesse referente à finalidade e a lógica do processo. Por outro lado, a prova ilícita seria aquela que viola uma norma de direito material ou constitucional no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao feito, mas sempre ocorre de modo exterior ao processo. Via de regra ocorre uma violação a intimidade, privacidade ou dignidade como em casos de interceptações telefônicas ou quebra de sigilo bancário e/ou fiscal, todas de forma ilegal¹¹⁴.

Destaca GIACOMOLLI que a prova ilícita é aquela obtida com violação às regras legais e constitucionais, pois caso não se observe os direitos fundamentais do sujeito no momento em que se colhe o elemento de informação este será tido, em um segundo momento, como prova ilícita, não se constituindo verdadeiramente *prova* e não servindo absolutamente para nada¹¹⁵.

Por certo que a redação do art. 157 do Código de Processo Penal¹¹⁶ acarreta uma série de confusões em sua interpretação, porém o que mais preocupa são as tentativas de legitimar o casuísmo e arbítrio, que muitas vezes objetiva dar ares de legalidade a algo que do ponto de vista constitucional não pode ser admitido. Em um processo penal que a regra é a busca da verdade em um mundo de eficiência no combate o que se pode pensar, na prática, quando se observa a redação de que as provas obtidas "por uma fonte independente" ou ainda melhor, por "trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal" podem ser admitidas no processo, qual a conclusão que se chega? Mais uma vez corre-se um sério risco de um sistema probatório *a la carte*, onde pode ser lícito (ou não) aquilo que o julgador entender quase que de maneira intuitiva e isso não é democrático.

O processo penal brasileiro, e claro a prova do processo não pode viver de violências semânticas, alargamentos e flexibilizações indevidas e muito menos de interpretações que procuram salvar o processo a qualquer custo em detrimento dos

¹¹⁴ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

¹¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 166.

¹¹⁶ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. [...].

direitos e garantias individuais do cidadão. Sem rigorosidade científica não existe processo penal democrático, pois neste expediente a forma não é detalhe ou capricho, mas sim, a forma dos atos é garantia¹¹⁷.

Já o instituto da proporcionalidade¹¹⁸, lamentavelmente em terras nacionais utilizado de forma recorrente como "*curingaargumentativo*"¹¹⁹, vindo a substituir o exercício da reflexão e o argumento, possui raízes no Estado alemão que após a Segunda Guerra Mundial paulatinamente consolidou-se a noção de que a limitação de direitos e liberdades somente encontraria a devida justificativa no momento em que objetivasse a concretização dos interesses coletivos compreendidos como de patamar superior¹²⁰. Na esteira de SARMENTO, a ideia de proporcionalidade se encontrava jungida ao próprio direito material penal, idealizado por BECCARIA, de modo que este pensador compreendia que as punições deviam necessariamente ser proporcionais aos atos delituosos praticados em sua gravidade¹²¹.

É cediço que na atualidade da doutrina a divergência é um ingrediente presente neste espinhoso debate, pois alguns autores nacionais preferem falar em princípio da proporcionalidade, já outros, influenciados pelo pensamento norte-americano, optaram por denominar como princípio da razoabilidade. Por outro lado, alguns entendem que ambos reconhecidos como princípio - proporcionalidade e razoabilidade - estejam presentes de forma independente no ordenamento, apontando suas diferenças de

¹¹⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 402.

¹¹⁸ Muito se discute a respeito da natureza da proporcionalidade e se o termo correto seria "princípio". Para além do debate da proporcionalidade ser *uma máxima, um princípio dos princípios, uma norma-princípio, uma regra, uma técnica de resolução de conflitos, um postulado normativo aplicativo* ou guardar identidade com o *princípio da razoabilidade* [o que necessitaria muitas digressões não sendo este o objeto do trabalho] indica-se, visando o aprofundamento da temática, com a adequada distinção, a consulta as obras: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009; BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002 e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, dentre diversos outros. Destaca-se a ideia que nos filiamos referente a este ponto que "tão ou mais relevante que a discussão de nomenclatura em torno à sua natureza jurídica (...) importa realmente fazer constar que a proporcionalidade situa-se no plano das *metanormas*, ou seja, como norma que estrutura a aplicação de outras normas (princípios e regras)". FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 133.

¹¹⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 130.

¹²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49-50.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 79.

estrutura¹²². De todo modo, a proporcionalidade acabou por "assumir uma posição de tamanho destaque que não há mais como quedarmos simplesmente indiferentes quando se cuida de sua aplicação também na esfera penal"¹²³.

A noção elementar é a de que a proporcionalidade está e deverá permanecer como método de limitação e contenção da incidência do poder punitivo no caso concreto, o que conseqüentemente acarreta a preservação dos direitos e garantias individuais do sujeito, sobretudo no momento auge do jogo do processo. É com este e somente com este pensamento que o julgador deve aplicar a proporcionalidade no momento da decisão. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, "sustentado por um princípio antropocêntrico, não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato"¹²⁴.

Ademais, a proporcionalidade se encontra subdividida em três níveis¹²⁵, sendo estes o da "*idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto*", dito de outro modo são o subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade e por último o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, sendo esta o primeiro requisito da proporcionalidade a ser sopesado na ponderação¹²⁶, - podendo ser encontrado com a denominação de princípio da conformidade ou idoneidade - impõe que no caso concreto seja avaliado se a medida adotada, acarretando a restrição no caso concreto do direito fundamental do indivíduo é adequada e idônea para alcançar o fim que se deseja¹²⁷. Assim, caso fique demonstrada a inaptidão da medida adotada com relação a finalidade que se busca, com efeito, pode-

¹²² PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 181.

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. in: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (org). 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 197.

¹²⁴ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 110.

¹²⁵ Comenta ainda BOROWSKI uma curiosidade a respeito da divisão dos subprincípios da proporcionalidade, de modo que "si de una manera un poco distinta, se sugiere la práctica de un examen de cuatro niveles, entonces se divide el examen del primer subprincipio, el de idoneidad, en dos subniveles (el de la legitimidad del fin y el del favorecimiento del fin). Se trata sólo de una división del mismo presupuesto". In: *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003, p. 129 (nota 218).

¹²⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 323.

¹²⁷ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 192.

se afirmar que se está diante de uma algo inadequado¹²⁸, o que de início fere o instituto da proporcionalidade, ou seja, trata-se da tarefa "de controlar a *relação de adequação medida-fim*"¹²⁹.

A necessidade - que pode ser denominada como indispensabilidade, exigibilidade, máxima do meio mais suave ou de menor ingerência possível - verifica se o ato que toca os direitos fundamentais do indivíduo é tido como necessário e indispensável para se alcançar a finalidade ou, concretamente, poderia ser substituído por outra medida capaz de alcançar o mesmo resultado, no entanto de maneira menos gravosa e excessiva¹³⁰. Desta maneira, é cediço que o sujeito "tem *direito à menor desvantagem possível*". Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão"¹³¹.

A proporcionalidade em sentido estrito - onde também se denomina como justa medida¹³² - compreende-se na aferição da finalidade alcançada, proporcionalmente à restrição ao direito constitucionalmente tutelado. De outro giro, cuida-se de uma avaliação de custos e benefícios¹³³. Desta maneira, deve o interprete no momento de a ponderação perquirir a respeito da intensidade da restrição imposta e se esta se encontra proporcional à relevância do objetivo/fim desejado, o que por óbvio caso os benefícios do fim obtido sejam inferiores que as desvantagens dos meios empregados, o intérprete estará diante de um ato desproporcional em sentido estrito.

Nesta última etapa no exame da proporcionalidade se avalia no caso concreto se determinada medida, mesmo sendo adequada e necessária para a finalidade almejada, pode ou não esvaziar por completo outros direitos fundamentais¹³⁴ que eventualmente

¹²⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 132.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 269-270.

¹³⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 192-193.

¹³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 270.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 270.

¹³³ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 193-194.

¹³⁴ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 327.

possam estar envolvidos nas colisões de direitos de uma sociedade dinâmica e de massas, onde a complexidade e a incerteza são marcas características do mundo contemporâneo.

GIMENO SENDRA entende que caso não ocorra a necessária obediência ao instituto da proporcionalidade quando da limitação de direitos fundamentais - como no caso de restrição à liberdade, ingerências na intimidade do cidadão, ao seu domicílio ou sigilo de suas comunicações - este ato teria como consequência um inadmissível desrespeito ao elementar princípio da presunção de inocência, bem como a desatenção ao direito do acusado a ser submetido a um processo que siga e persiga todas as garantias a um devido processo, principalmente no caso da sentença penal condenatória estar fundamentada em uma prova obtida de forma ilícita¹³⁵.

PRADO aponta que neste momento histórico do estudo e aplicação da proporcionalidade, esta é invocada de maneira totalmente indiscriminada o que acarreta um verdadeiro amesquinamento dos direitos e garantias individuais que deveriam ser protegidos. A pressão midiática, os discursos manipuladores de "Lei e Ordem"¹³⁶ e o momento político que se atravessa na atualidade fazem com que a proporcionalidade, na prática, sirva como instrumento de (pseudo)legitimação de restrições de direitos e garantias fundamentais, o que bem caracteriza uma desmesurada arbitrariedade do poder punitivo de Estado¹³⁷.

A proporcionalidade deve se prestar a refinar o argumento, o que desde logo obriga o "jurista a se expor, definindo, com maior grau de precisão, as razões que o levam, em tal ou qual situação, a justificar ou afastar a incidência de uma determinada medida"¹³⁸. Com efeito, a proporcionalidade deve ser endereçada, também, ao julgador no momento de sua decisão no que tange a determinação de quaisquer medidas que venham a acarretar restrição aos direitos individuais do cidadão, pois é certo que no momento em que se visualiza o mínimo e máximo de pena cominada no tipo penal, a

¹³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2007, p. 62.

¹³⁶ Neste ponto recomenda-se o que já falamos a respeito do movimento político-criminal da Lei e da Ordem e sua influência em grande parcela do sistema punitivo. In: FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142-153.

¹³⁷ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006, p. 179-180.

¹³⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 130.

fixação da punição deve seguir a proporcionalidade com relação ao delito praticado no mundo-da-vida¹³⁹.

Sendo assim, SARLET¹⁴⁰ entende que deve ocorrer uma inafastável "filtragem constitucional" no que se relaciona ao direito penal e processual penal, exigindo assim uma adequada interpretação constitucional de todos os institutos de caráter jurídico-penal, o que necessita da esmerada aplicação da proporcionalidade. Na prática processual penal, lamentavelmente, muitos realizam a leitura dos direitos e garantias consagradas na constituição a partir da legislação penal/processual ordinária, o que deveria ser obrigatoriamente o inverso e ainda levando em conta toda a sistemática construída nos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, no Brasil não se tem uma cultura de respeito e necessária valorização dos institutos trazidos na Constituição¹⁴¹ e nos tratados de direitos humanos.

É de destacada importância o fato de que o instituto da proporcionalidade é aplicado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de maneira que objetiva a correta aplicação das normativas inscritas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), em seus artigos 8º e 11º, sublinhando que as ações que visam a restrição de direitos fundamentais necessariamente precisam guardar proporcionalidade em relação ao objetivo que se deseja alcançar com a medida no caso concreto¹⁴².

É cediço que no atual estágio de desenvolvimento civilizatório, onde diversas gerações investiram seu conhecimento e sua vida em nome de uma sociedade democrática, os direitos e garantias constitucionais devem de muito deixar de serem apenas normas principiológicas ou de mera orientação, mas sim comandos normativos em que todos, indistintamente, estão submetidos e que devem obedecer, afinal, este "livro de regras" tem sua vigência estipulada para todos os cidadãos em um Estado democrático, constitucional e de direito.

¹³⁹ FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. in: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (org). 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 204.

¹⁴¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. A prova no processo penal. In: *Ministério da Justiça. (org). A Reforma do Processo Penal*. Brasília: Cromos, 2007, p. 48.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 269.

Quando o tema é o processo penal a situação fica ainda mais delicada, tendo em conta os bens jurídicos envolvidos nesta relação Estado-sujeito, pois neste ponto, mesmo aquele que um dia foi opressor, diante do Estado-Juiz/acusador ele é a parte mais fraca, sendo assim, o oprimido. Desta maneira, o poder legislativo no momento de feitura da norma infraconstitucional deve ter em mente os mais elementares institutos trazidos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos, somente assim os direitos e garantias fundamentais serão efetivamente aplicadas nas mais variadas situações deste cotidiano cada vez mais acelerado, dinâmico e complexo.

Sendo assim, quando se tratar de Estado democrático de direito, na medida em que este foi "instituído pela Constituição brasileira, o valor normativo da Constituição deve ser potencializado, especialmente a normatividade dos capítulos condensadores dos interesses das classes não-hegemônicas"¹⁴³. E no processo penal o raciocínio não é diferente, tendo em conta que uma das tarefas essenciais de um processo penal constitucional é a de contenção do poder punitivo, visando assim a proteção dos direitos do indivíduo, ora oprimido diante da máquina estatal acusatória.

É correto que como bem disse PRADO¹⁴⁴, na esteira de CORDERO e GOLDSCHMIDT, que o respeito às regras do jogo são notas caracterizadoras que marcam a distinção entre um processo penal de corte acusatório de um com viés inquisitório, sendo que o mais importante para este último é o resultado alcançado, "pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir"¹⁴⁵. De mais a mais, em um processo penal constitucional e convencionalmente orientado forma é garantia e limite de poder, forma não é formalismo, capricho ou invencionismo, forma é um elemento basilar e essencial, onde as partes sabem como, quando e de modo terão seus direitos resguardados e, quando necessário, quando, como e de que modo sofrerão a incidência do poder punitivo.

¹⁴³ STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos & rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 25.

¹⁴⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104.

¹⁴⁵ "Reglas del juego. Aquí está todo, mientras que en el proceso inquisitorio cuenta el resultado obtenido de cualquier modo. Hay un formalismo acusatorio; cuando menos espacio ocupa el órgano que juzga, tanto más pesan los ritos". In: CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Tomo I, Bogotá: TEMIS, 2000, p. 88.

Com efeito, a intervenção punitiva somente estará legitimada quando obedecer aos ditames do devido processo legal e seus consectários - como o contraditório, a ampla defesa, o direito ao prazo razoável do processo, dentre outros - gravados não somente na Carta de 1988, mas também na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

No entanto, não se pode deixar de levar em conta o fato de que Código de Processo Penal vigente, datado de 1941, foi promulgado em pleno Estado Novo getulista, sofrendo forte inspiração do Código de Processo Penal italiano da década 30 (*Codice ROCCO*), trazendo consigo em sua gênese uma forte carga fascista, de inegável e indissociável matriz autoritária. Com efeito, é inevitável o choque metodológico, social e, por certo, ideológico entre um Código de Processo Penal brasileiro de estrutura ditatorial e a Constituição Federal de 1988 onde se buscou ares de democracia. O mesmo ocorre quando o assunto é Código de Processo Penal e os tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, as tensões e inconsistências preservam veemente presença no sistema processual brasileiro.

Neste cenário, torna-se inafastável o dever cotidiano de se realizar a leitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos¹⁴⁶, para assim, ao menos se ter ciência de que o referido ponto da norma foi ou não recepcionado pela Carta Republicana, para que desse modo - e somente após esta operação - seja autorizada de forma legítima a sua aplicação no caso penal concreto. Dito de outro modo, o Código de Processo Penal deve ser lido conforme a Constituição e os tratados internacionais, - e não ao contrário como se observa na prática do foro - exigindo assim ajustes na interpretação e aplicação da norma processual¹⁴⁷.

¹⁴⁶ A respeito da integração e influência dos tratados internacionais no direito interno dos Estados ver: STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 59-91; TOSTES, Sérgio. Convenções Internacionais à luz da soberania nacional. *Revista de Direito Público*, ano VII, n. 30, nov./dez. 2009, p. 91-106

¹⁴⁷ Há, porém, nisso tudo, que se entende o *status quo* e perceber ser a constitucionalização do Código de Processo Penal e da legislação processual penal um *dir-se-ia*, em sentido atécnico - processo; e não mero ato. (...) Aqui, como parece elementar, ao Poder Judiciário cabe, tendo ciência da situação - empurrando aqueles que a ignoram -, passar aos - ou paulatinamente ir fazendo-os - imprescindíveis ajustes constitucionais, por sinal como se deu com várias Cortes Constitucionais européias no último pós-guerra mundial, a começar pela italiana, a qual foi, passo a passo, declarando a inconstitucionalidade do CPPI...”. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8-9.

Neste sentido, o debate aqui presente é o de legitimação e limite, pois se entende por instrumentalidade o "processo de legitimação que o processo penal deve adquirir no cerne do Estado Democrático de Direito correspondente à preservação dos direitos fundamentais do acusado"¹⁴⁸. Dessarte, vive-se no cotidiano a tensão inerente entre um Código de Processo Penal varguista, lavrado por uma cultura de autoritarismo¹⁴⁹ e indiferença, onde reina a falta de limites ao poder, e a necessária constitucionalização e convencionalização de um processo penal que sobrevive relutante entre o passado e o presente.

Pelas razões expostas, torna-se imperativa uma adequada leitura constitucional e convencional do processo penal, tendo como base estruturante os direitos humanos historicamente consagrados. Somente assim será viável a construção e aplicação de um processo penal humanitário, obrigatoriamente atrelado a uma "prática judicanda perspectivada no homem-pessoa"¹⁵⁰, em outras palavras, um processo penal democrático e humanitário.

Faz-se impreterível uma verdadeira revolução hermenêutica no âmbito do processo penal brasileiro, com a quebra de (pré)conceitos, de (pré)juízos que, invariavelmente, acarretam prejuízos ao mais fraco do jogo do processo, que se vê submetido a uma lógica autoritária, atrasada, punitivista e policialesca, típica de sistemas totalitários, onde a violência estatal é prática corriqueira, introjetada no cotidiano da máquina pública. De outro modo, não haverá barreiras ao continuado perecimento da legitimidade do sistema de justiça criminal.

Diante do recente aniversário de trinta anos da Constituição Cidadã, é mister uma nova estrutura processual penal, comprometida com os valores humanitários internacionalmente consagrados, com vistas a proteção e garantia da efetiva dignidade da pessoa humana. É sabido que “não basta a declaração formal de um direito ou de

¹⁴⁸GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal: Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 31.

¹⁴⁹Não se desconhece os diversos significados atribuídos à expressão "autoritarismo", sendo que esta sofre daquilo que se pode denominar como polissemia. Para um estudo sistemático e de folego das influências autoritárias no processo penal brasileiro, ver: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanche, 2018, p. 47.

¹⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. vol. LXXIV. Coimbra, 1998.

uma garantia individual para que, mecanicamente, tudo se realize como o declarado”¹⁵¹, são necessárias muitas outras providências, principalmente, em um momento de crise de princípios¹⁵² e valores¹⁵³, sem olvidar as novas e intrincadas questões produzidas pelos avanços no âmbito da engenharia genética, mais adiante, adequadamente abordadas.

1.1 Conceito e função da prova no Estado Democrático de Direito

Embora o conceito de prova, usualmente, seja apresentado como dotado de certa obviedade, a sua simplicidade é apenas aparente e implica cuidados redobrados quando se pretende evitar os perigos dos usos e sentidos oriundos do senso comum teórico. Desta feita, não é possível se falar em prova sem antes apresentar, ainda que, brevemente, algumas de suas conceituações e funcionalidades.

As palavras são signos com aptidão de transmitir determinada representação de ideias por parte do emissor para o receptor. Por esta razão, a língua constitui fator indispensável para identificação de uma nacionalidade, sendo, igualmente, a linguagem fundamental para a individualização de um campo do conhecimento humano. Conseqüentemente, o refinamento maior ou menor do vocabulário de uma ciência possibilita avaliar seu grau de evolução, sendo que quando os conceitos são mal definidos, suas estruturas estão construídas em bases frágeis e os métodos de estudos se mostram confusos, natural que o vocabulário seja pobre e carente de precisão técnica¹⁵⁴.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 432.

¹⁵² FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

¹⁵³ A respeito da temática em comento ver: *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

¹⁵⁴ Neste sentido: “As palavras são símbolos e valem pela aptidão que tenham de transmitir ao espírito de quem as recebe a representação da ideia que lhe quer comunicar aquele que as transmite. (...)Visto assim, o refinamento maior ou menor do vocabulário empregado em uma ciência constitui válido fator de apreciação de seu próprio grau de refinamento. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados sem inclusão em uma estrutura adequada, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso, ali é natural que também a linguagem seja pobre e as palavras se usem sem grande precisão técnica”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 23.

Neste sentido, o cuidado minucioso com a linguagem e a apurada utilização das palavras adquire relevante papel, sobretudo, no Direito¹⁵⁵.

Entretanto, apesar de sua importância, a terminologia adotada no Código de Processo Penal de 1941 apresenta equívocos ou sentidos ambíguos, refletindo o baixo nível evolutivo do direito processual penal de seu tempo¹⁵⁶. Assim, compreensível que disposições deste diploma utilizem a palavra “prova” com diversos significados, por vezes empregados de forma genérica e sem o rigor científico esperado.

Para a ciência processual penal,¹⁵⁷ o emprego de terminologia inadequada afeta, diretamente, o desempenho da função da prova judiciária¹⁵⁸, enquanto meio para a

¹⁵⁵ “A linguagem é, pois, expressão de uma cultura, servindo não só para medir o grau de civilização que através dela se expressa mas também para chegar-se ao conhecimento das peculiaridades de determinada civilização. No dia-a-dia da vida dos profissionais do direito, é indispensável o conhecimento e adequado emprego das palavras, com integral consciência de seu significado, sob pena de mau entendimento dos textos postos em leitura”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 25.

¹⁵⁶ “Dentre os muitos defeitos do diploma processual penal de 1941, chamam desde logo a atenção os que se referem à terminologia. A pobreza da ciência processual penal brasileira do tempo em que o Código foi elaborado reflete-se não só em sua estrutura mal alinhavada, na má constituição de seus institutos e na disciplina arcaica de alguns destes (v.g., o capítulo das nulidades), mas também na pobreza e na inadequação de sua linguagem – espelho, como se disse na abertura deste estudo, do estágio menos evoluído de uma ciência”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 40.

¹⁵⁷ Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho: “O tema da prova é seguramente o mais importante e fecundo da ciência processual não só pelo valor da reconstrução dos fatos na formação do provimento jurisdicional, mas sobretudo por constituir ponto de observação privilegiado para o estudo das íntimas e complexas relações entre o processo e as estruturas sociais”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13. O mesmo autor, em outro texto, ressalta a importância da prova no processo penal: “O tema da prova é dos mais importantes da ciência do processo, na medida em que a correta verificação dos fatos em que se assentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para a prolação da decisão justa. Isso vale, ainda mais, no âmbito penal, pois só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

¹⁵⁸ “Por tudo isso, o seu estudo abarca não só os aspectos jurídicos, mas envolve fundamentalmente questões lógicas e epistemológicas, exigindo ainda incursões nos domínios da psicologia e ciências sociais. Também daí decorre outra constatação relevante: grande parte das dificuldades encontradas pelos juristas no tratamento da matéria está no emprego, nem sempre adequado, de certas expressões próprias da linguagem comum, da terminologia filosófica e científica ou mesmo elaboradas em outras culturas jurídicas, que nem sempre servem para esclarecer a natureza dos fenômenos ligados à prova judiciária, mas, ao contrário, muito contribuem para incertezas, equívocos e contradições”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs). São Paulo: DPJ, 2005, p. 304.

possível reconstrução aproximada dos fatos que servirão para formação do convencimento do julgador¹⁵⁹.

Com efeito, pela ligação com a legitimidade do exercício do poder punitivo, a atividade probatória se encontra contaminada por vários fatores que escapam da técnica processual, como elementos políticos, sociais e culturais¹⁶⁰, de forma que esta múltipla influência atinge o vocábulo “prova”, resultando em um verdadeiro “caos terminológico”¹⁶¹, diante de sua natureza polissêmica.

¹⁵⁹ Como aponta José Frederico Marques: “A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. (...)A prova é assim, 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”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal, Volume II*. Rio de Janeiro – São Paulo: Companhia Forense, 1961, p. 272. Em sintonia com este entendimento: “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo e; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 371. Nesta esteira: “Si chiamano prove i mezzi che servono a dare la conoscenza di un fatto e perciò a fornire la dimostrazione e a formare la convinzione della verità del fatto medesimo; e si chiama istruzione probatoria la fase del processo diretta a formare e raccogliere le prove necessarie a quello scopo. Se la giustizia è lo scopo ultimo della giurisdizione, la prova ne è uno strumento essenziale, perchè non vi può essere giustizia, se non fondata sulla verità dei fatti ai quali si riferisce”.LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, Terza Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 68.

¹⁶⁰ “Assim, longe de constituir atividade técnica e neutra, a reconstrução dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos, culturais, etc., variáveis no tempo e no espaço, cujo exame seria praticamente inesgotável”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org) São Paulo: DPJ, 2005, p. 18.

¹⁶¹ A desordem terminológica da palavra “prova” não é particularidade brasileira, sendo esta celeuma ressaltada na doutrina estrangeira: “El término “prueba” es polisémico, pues se usa para hacer referencia a cuestiones diferentes. Además, dentro de las distintas acepciones del término, se operan, tanto en la jurisprudencia, de algunas distinciones que no siempre son usadas en el mismo sentido, de manera que el resultado final es un enorme “caos terminológico” donde reina la incoherencia”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho - bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999, p. 83. Ainda na doutrina espanhola: “Se ha hablado con toda razón de un “caos terminológico” con referencia a la prueba, y para comprobarlo basta advertir que se viene hablando de elementos, fuentes, medios, materia, tema, resultado, argumentos, razones, fundamentos, etc., y que cada autor da a cada una de esas palabras un sentido diverso, de modo que al final es imposible entenderse, pues pareciera como si se estuviera hablando en idiomas diferentes”.MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 2.ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1998, p. 70. Neste sentido: “Va segnalato, tuttavia, che difficoltà nell'impegno ricostruttivo derivano dal fatto che la nozione di prova non disciplinata dalla legge non si sottrae al rilevante tasso di ambiguità terminologica che nel nostro sistema caratterizza la nozione di prova (intesa in senso lato), utilizzata in ambito giuridico con riguardo ad oggetti tra loro differenti”. LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002, p. 14. Igualmente, pode ser mencionada a advertência de Michelle Taruffo: “Ciò di cui - in particolare - non si è tenuto conto finora, è la circostanza che nella cultura giuridica italiana, così come anche nelle altre culture giuridiche, non si usano solitamente definizioni stabili e rigorose dei concetti che attengono all problematica della prova. Esistono bensì definizioni e classificazioni, terminologie e tipologie, ma queste, forse perché troppo numerose o forse perché - di solito - poco rigorose, vengono usate in modo elastico e variabile, più allusivo (ed elusivo) che preciso”.TARUFFO, Michelle. *La prova*

Assim, devido sua relevância para a temática deste trabalho e os diversos sentidos do vocábulo, se mostra imprescindível delimitar o conceito de cada um dos termos tradicionalmente utilizados e que são relevantes para o estudo deste trabalho (tais como meios de prova, meios de obtenção de prova, elementos de prova, fontes de prova, objeto da prova e procedimento probatório), conforme as definições atribuídas pela doutrina nacional e estrangeira.

A origem etimológica da palavra *prova* é a mesma que de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), ou seja, carrega as ideias de aprovação, confiança, correção etc., trazendo, inevitavelmente, um caráter ético, tendo em vista que *provar* não significa apenas demonstrar a ocorrência de um fato (sentido objetivo), mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo¹⁶². Todavia, no sentido relevante para este trabalho, prova permanece ligada ao campo de operações intelectuais realizadas na busca e na comunicação do *conhecimento verdadeiro*¹⁶³.

Segundo TARUFFO e GOMES FILHO, o vocábulo *prova* pode apresentar pelo menos três acepções: a) demonstração; b) experimentação e; c) desafio¹⁶⁴.

Em sua primeira acepção, a prova serve para demonstrar a verdade acerca de determinado fato¹⁶⁵. Assim, provar significa oferecer elementos idôneos para decidir

dei fatti giuridici – Nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 413. Por fim, Andrea Proto Pisani aponta: “Povertà di lessico fa sì che il termine prova sia utilizzato con una pluralità di significati, accomunati dalla circostanza che concernono tutti la conoscenza dei fatti da parte del giudice”. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Terza Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 430.

¹⁶² “A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – *probatio* advém de *probus* que deu, em português, *prova* e *probo* -, *provar* significa não apenas constatação demonstrada de fato ocorrido – sentido objetivo -, mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo. Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos em sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc.)” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 295.

¹⁶³ “A noção de *prova* pertence, mais amplamente, aos domínios da filosofia, na medida em que diz respeito ao vasto campo das operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro; e pode ser encarada tanto sob uma vertente objetiva, relacionada aos procedimento de investigação, como através de uma ótica subjetiva, que privilegia o assentimento, a crença, que pode ou não decorrer da utilização daqueles procedimentos”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org) São Paulo: DPJ, 2005. TARUFFO, Michelle. La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

¹⁶⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org) São Paulo: DPJ, 2005, p. 305.

que uma afirmação referente a um acontecimento é verdadeira. Como alerta TARUFFO, a acepção da prova enquanto “demonstração” é menos rigorosa do que na lógica ou na matemática, sendo mais compatível com a linguagem comum, isto é, o “demonstrar” implica em mostrar que existem elementos ou razões suficientes para aceitar como fundamentada dada afirmação. No âmbito do processo, esta acepção é uma das mais importantes, uma vez que somente pode ser concluído que um acontecimento foi provado quando existirem elementos aptos suficientes para indicar a veracidade da afirmação acerca deste fato¹⁶⁶.

Em segundo lugar, a acepção *prova* designa uma atividade ou procedimento com propósito de verificar a veracidade de uma hipótese ou afirmação. Basicamente, é um teste voltado para determinar como verdadeira a proposição inicial, como acontece no campo das ciências experimentais, em que a realização de certos procedimentos busca avaliar a validade de uma teoria formulada¹⁶⁷.

Por fim, a terceira acepção se refere a *prova* como desafio ou competição, ou seja, como um filtro que precisa ser ultrapassado para que seja reconhecida certa qualidade ou para que seja conferido um prêmio, como as avaliações que se submetem os estudantes ao final de um curso de graduação. Segundo TARUFFO, a acepção da prova como *desafio* esteve presente nas ordálias, em que o *judicium rei* era um suplício a ser vencido pelo acusado e cujo resultado era visto como juízo divino. Apesar da derrocada dos juízos de Deus, decorrente de sua irracionalidade, não se pode dizer que

¹⁶⁶ “Per un verso, si pensa alla prova come dimostrazione quando si dice, come si è fatto in precedenza, che la prova serve a stabilire la verità dei fatti rilevanti per la decisione. Qui provare significa fornire elementi per decidere che un'asserzione relativa ad un fatto è <<vera>> (in qualche significato del termine), e questa asserzione è <<provata>> quando esistono elementi idonei a dimostrare che essa è vera. Il termine <dimostrazione>> non è qui usato - com'è ovvio - nel significato rigoroso che esse ha in logica o in matematica, ma nel significato più vago del senso comune, ove dimostrare vuol dire mostrare che vi sono elementi o ragioni sufficienti per assumere un'asserzione come fondata. In quest'area di significato si colloca appunto una delle principali accezioni di <<prova>> nell'ambito del processo, e probabilmente la più importante, secondo la quale si ha la prova di un fatto quando si hanno elementi di conoscenza idonei a fondare la veridicità dell'enunciazione di quel fatto”. TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici* – Nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 415.

¹⁶⁷ “Per altro verso si pensa alla prova come esperimento, test o controllo, quando la si colloca all'interno dello svolgimento dinamico del processo, e la si considera come strumento o procedura per verificare la fondatezza o l'attendibilità di tal enunciazione. Nello svolgimento del processo si muove invero da ipotesi sul fatto (una o più di una) e per mezzo della prova si verifica e si controlla quale ipotesi può essere razionalmente assunta come versione veritiera del fatto. Emerge al riguardo un complesso procedimento di trial and error che può per certi aspetti ricordare il procedimento di indagine scientifica, ma anche comunque serve a <<provare e riprovare>> le ipotesi formulate sui fatti della causa. In quest'area di significato si colloca un'altra importante accezione di <<prova>> come strumento di verifica della fondatezza delle asserzioni relative a questi fatti”. TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici* – Nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 415-416.

abandonou totalmente a semântica da palavra *prova*, pois ainda permanece a ideia de prova como um risco a ser superado para atingir o resultado desejado¹⁶⁸, como o ônus - carga - da prova imposto à parte que alegou determinado fato¹⁶⁹.

Em suma, não há dúvidas que a expressão *prova* é polissêmica, inclusive transcendendo ao Direito, atingindo os campos da semiótica, da psicologia e demais ciências afins. Apesar de se considerar que prova seria tudo aquilo que poderia ter aptidão para levar o conhecimento de algo a alguém, esta é apenas uma das múltiplas acepções da expressão, pois na linguagem comum, assim como no Direito, a palavra encontra diversas significações¹⁷⁰.

Nesse intuito, para FERRAJOLI, prova pode ser chamado o fato probatório experimentado no presente de que se infere o delito ou qualquer fato passado, não havendo como contradizer uma acusação indeterminada ou exposta com base em valorações que não podem ser verificadas e confrontadas¹⁷¹.

De maneira muito semelhante, CORDERO explica que a prova é uma espécie de exame ou seleção, pois no processo são formuladas várias hipóteses históricas, sendo que as provas seriam os materiais em que tais hipóteses são verificadas. Indo um pouco mais além, em momento subsequente da abordagem do referido autor, são apresentados dois significados para a palavra prova, sendo vistos como os fatos ou acontecimentos

¹⁶⁸ "Non manca infine, anche se è secondaria e marginale nell'ambito di un'analisi razionale del fenomeno probatorio, l'idea della prova come sfida o esame, come difficoltà da superare, come cimento rischioso richiesto per il conseguimento di un <<premio>> finale. Questa idea era presente, ed era anzi dominante, nella concezione <<irrazionale>> della prova come ordalia, con sfida fondata sulla provocazione del giudizio di Dio, come supplizio da superare per conseguire la vittoria. Essa ha cessato di essere dominante con quello che è stato analizzato come passaggio delle prova irrazionali alle prove razionali, ma non è uscita del tutto dall'area semantica del termine <<prova>>. Residui consistenti ne rimangono in prove processuali come il giuramento decisorio, ma non è comunque estranea alla concezione generale della prova l'ide che si tratti di un cimento da superare per giungere all'esito finale. Queste sono certamente connotazioni irrazionali e suggestioni più letterarie che scientifiche, o reminiscenze delle epoche in cui la sola prova era il giudizio di Dio. Può tuttavia accadere che il noon-giurista, e talvolta anche il giurista, associ all'idea di prova nel processo queste suggestioni o reminiscenze, forse più affascinanti - anche se meno utili - dell'analisi razionale del fenomeno probatorio". (TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici* – Nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 416).

¹⁶⁹ "Finalmente, em outras situações, é possível reconhecer também o emprego do vocábulo *prova* naquela acepção por último mencionada, de desafio ou obstáculo a ser superado, quando se fala, na linguagem processual, por exemplo, de ônus da prova como o encargo que incumbe à parte demonstrar um fato alegado". GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide de (orgs). São Paulo: DPJ, 2005, p. 306.

¹⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4ª ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2000, p. 129.

mentais, ou seja, o resultado positivo da operação direcionada a examinar o assunto, ou os dados sensíveis sobre os quais a operação se antecipa¹⁷². Por certo que a noção do referido doutrinador é diretamente relacionada à ideia de processo como máquina retrospectiva, que será trabalhada com mais profundidade em tópico posterior.

Buscando uma definição para o conceito em comento, CARNELUTTI trazaguda colocação quando afirma que a palavra faz referência à provisão dos meios para construir, na medida em que a decisão pode ser vista como uma espécie de construção, sendo as provas um dos materiais para realizar este referido ato de construir¹⁷³.

O direito à prova, ou *right to evidence*, como denominado nos Estados Unidos da América, é inserido no plexo de garantias do devido processo legal, ou seja, é uma garantia do acusado, ligado aos direitos de ação e de defesa. Trata-se, assim, de proporcionar oportunidade às partes no desenvolvimento do processo para demonstrar suas afirmações, sendo, portanto, um direito subjetivo público ou cívico¹⁷⁴.

Assim que a verificação fática do processo penal, de modo semelhante a qualquer verificação histórica, não é outra coisa senão o resultado de uma inferência entre fatos provados do passado e fatos probatórios do presente. Tal inferência, por sua vez, possui a forma indutiva, em que as premissas vêm constituídas pela descrição do acontecimento que está sendo abordado e as provas praticadas, de modo que a conclusão vem constituída pela enunciação do fato que se considera provado pelas premissas. Importante aqui observar que a verdade das premissas da indução, porém, não implicam a verdade da conclusão, porque ainda que as premissas sejam verdadeiras não há decorrência lógica, mas sim apenas uma probabilidade de que a conclusão seja verdadeira¹⁷⁵.

Justamente com esse mecanismo indutivo é que opera a indução judicial, de forma muito similar a qualquer outra indução, em que a conclusão provada ou descoberta tem o valor de uma hipótese explicativa provável, mediante o nexu causal

¹⁷²CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. II, p. 3 ss.

¹⁷³CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. II, p. 162.

¹⁷⁴FERNANDES, Antônio Scarance. *Proceso Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

¹⁷⁵FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4ª ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2000, p. 129.

entre a ação imputada e a culpabilidade do acusado. Destaca-se a indução judicial por se desenvolver no procedimento em que não se realiza apenas uma atividade intelectual, mas também uma atividade jurídica, normativamente disciplinada¹⁷⁶.

Em resumo, portanto, o ato de provar pode ser visto como conferir conhecimento a alguém, sendo que no âmbito específico do processo penal é exigida a comprovação dos fatos, ou seja, provar equivaleria à determinação do objeto da causa posta a julgamento¹⁷⁷.

Dos conceitos acima deduzidos já é possível perceber a importância do tema no debate processual penal. Não por acaso, ARAGONESES ALONSO apresenta interessante metáfora para demonstrar a importância do instituto probatório quando afirma que se as demais instituições são a medula, o cérebro ou o coração do direito processual, a prova seria o sistema respiratório, tendo em vista que é o meio que garante o contato do processo com o mundo exterior que o circunda, com o conjunto de fatos que são coletados pelo processo para que este possa desempenhar sua missão. Assim se pode afirmar que a fase probatória tem por objeto a comprovação dos fatos alegados pelas partes¹⁷⁸.

Nessa perspectiva é que as funcionalidades da prova merecem destaque, sendo esta tarefa não menos árdua e dotada de divergências. Para tanto, inúmeras são as abordagens possíveis, contudo, a fim de evitar um indesejável prolongamento no debate, algumas principais serão elencadas.

Para tanto, TARUFFO apresenta alguns posicionamentos quando aborda a relação entre a denominada verdade judicial e as funções da prova. Inicia, portanto, afirmando que em uma primeira perspectiva, a prova poderia ser considerada como uma espécie de *nonsense*, ou seja, algo que na verdade não existe, não merecendo ser levado em consideração. Nessa concepção, para alguns, a prova poderia cumprir uma espécie de função ritual, em que não serviria para determinar os fatos, mas os procedimentos seriam ritos, análogos a representações sacras medievais, destinados a reforçar na

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4ª ed. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2000, p. 129 ss.

¹⁷⁷ GÖSSEL, Karl-Heinz. *En búsqueda de la verdad y la justicia: fundamentos del procedimiento penal estatal com especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 78.

¹⁷⁸ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Técnica procesal: proceso de cognición y juicio verbal*. Madrid: Aguilar, 1958, p. 503.

opinião pública o convencimento de que o sistema processual busca valores positivos como a igualdade das partes, o enfrentamento e a conseqüente vitória de quem tem razão. Aqui, as provas serviriam para fazer crer que o processo determina a verdade dos fatos, por ser útil que a sociedade assim pense, embora na realidade não seja exatamente assim que ocorra¹⁷⁹.

Em abordagem distinta, tem-se o ponto de vista que admite a possibilidade de alcançar a verdade dos fatos no âmbito do processo. De acordo com tal ponto de vista, a decisão judicial deve ser embasada em uma reconstrução verdadeira dos fatos, referindo-se a prova como o conjunto de elementos e procedimentos por meio dos quais a reconstrução é elaborada, verificada e confirmada como sendo verdadeira, havendo uma espécie de nexó instrumental entre prova e a verdade dos fatos¹⁸⁰. Essa concepção é dotada de inúmeros problemas e divergências que merecem uma reflexão em separado, o que será feito em tópico posterior do presente trabalho.

Noutra concepção, o processo pode ser visto como o local em que se desenvolvem diálogos e são narradas histórias. Nesse prisma, os fatos surgem no processo em forma de narração e são apreciados como pontos ou partes de narrações, em que o diálogo processual se situa no fato de que cada parte apresenta uma históriadistinta, a fim de que o julgador pronuncie as últimas palavras do diálogo com uma decisão que acabe assumindo uma ou outra narração. Por certo que tal função denominada persuasiva não é definida em termos precisos, mas surge em determinados pontos das versões narrativas do caso posto a julgamento. Nessa dimensão dialógico-narrativa a única função da prova é de fundamentar a narração desenvolvida por um dos personagens do diálogo, fazendo-a idônea para ser assumida por outro personagem, qual seja, o juiz¹⁸¹.

Assim que em uma perspectiva de funcionalidade persuasiva da atividade probatória, aponta-se que por atos de prova é possível conceber a atividade das partes, buscando obter a convicção do julgador sobre os fatos afirmados, produzidas mediante a intervenção de órgão jurisdicional, com a observância dos princípios do contraditório,

¹⁷⁹TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 80-81.

¹⁸⁰TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 84.

¹⁸¹TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 82 ss.

igualdade e demais garantias constitucionais, introduzidas em juízo mediante meios lícitos de prova¹⁸². Não por outra razão, ARAGONESES ALONSO enuncia que o ponto de partida para se abordar a prova no processo penal é a atividade direcionada a obter o convencimento psicológico do julgador¹⁸³.

Destaca-se, portanto, a finalidade da prova para formar a denominada íntima convicção do julgador sobre a (in)existência de determinado fato punível, assim como da participação do autor, com as respectivas circunstâncias, como ocorrido na realidade histórica anterior ao processo¹⁸⁴. Ou então, em outras palavras, as provas podem ser vistas como atos das partes destinados a convencer o julgador da verdade de um fato afirmado¹⁸⁵.

A bem da verdade, como destaca CORDERO, a funcionalidade persuasiva da prova contém a palavra-chave *fé*, pois as partes buscam que suas alegações sejam acreditadas, sendo atribuído valor ao alegado, e o resultado depende de variáveis vinculadas inevitavelmente a estados emotivos¹⁸⁶.

Nesse espaço, pode-se verificar que da funcionalidade da busca da verdade o processo penal acabou evoluindo para uma função tida como persuasiva-argumentativa e persuasiva-dialética, visando o convencimento do julgador, caracterizando-se a prova como o produto que passa pelo que se denomina de substrato argumentativo. Essa é, sem dúvida, uma função essencial da prova, ou seja, convencer o julgador acerca do que o autor ou o réu pretendem no processo penal, influenciando de maneira dinâmica na construção da decisão, de modo que o julgador possa prestar a devida tutela jurisdicional¹⁸⁷.

Logo, é com base nas versões apresentadas pelas partes entre os elementos fáticos apresentados que o julgador realiza uma espécie de escolha, expresso também na valoração da prova, bem como na própria axiologia, em que inserida a carga ideológica,

¹⁸²MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 627.

¹⁸³ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Rubi, 1981, p. 283.

¹⁸⁴MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 628.

¹⁸⁵GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad.: Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 253.

¹⁸⁶CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. II, p. 4.

¹⁸⁷GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162-163.

local em que a norma se torna aplicável ao caso, seja de direito material ou processual¹⁸⁸.

Em resumo, portanto, a doutrina apresenta como essencial a funcionalidade persuasiva da prova, destacando-se como sendo a atividade das partes destinadas precipuamente ao convencimento do julgador sobre as alegações, reforçando a narrativa sustentada pela acusação e defesa. Aqui vale a menção da doutrina de GOLDSCHMIDT quando aponta que o tema probatório sempre deve ser visto como a afirmação de um fato¹⁸⁹.

Outrossim, é impossível afastar a funcionalidade recognoscitiva da prova produzida em juízo. Por certo que a prova também serve para a reconstrução, com a maior proximidade possível, dos fatos ocorridos no passado. Referida noção adquire tanta importância e leva a tantos apontamentos que merece ser abordada com mais profundidade em tópico distinto.

Não é possível concluir que apenas uma das funcionalidades seja isoladamente vista como a ideal, tampouco como a única corretamente aplicável no processo, porque conforme adverte TARUFFO, as diferentes perspectivas captam algum aspecto que de um lado ou de outro demonstram a complexidade do fenômeno probatório em diferentes ordenamentos jurídicos, assim como em momentos históricos diversos. Portanto, nenhum dos aspectos merece ser generalizado¹⁹⁰, não podendo ser visto isoladamente uma específica e única funcionalidade da prova.

1.2 Da necessidade de distinção e apontamento de significado: Fonte, objeto, meio, elemento e resultado da prova

A confusão entre os conceitos é algo que pode gerar graves transtornos aos estudiosos em determinada área. Por isso, exsurge a necessidade de realizar a adequada distinção e delimitação dos vários significados atribuídos ao instituto probatório no

¹⁸⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 538.

¹⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad.: Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 256.

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 86-87.

processo penal. Não é raro encontrar escritos que sequer apresentam a distinção que será apontada a seguir, ou então a realizam de forma inadequada.

Pontue-se que a distinção inadequada pode inclusive gerar boa parte das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre determinada matéria¹⁹¹, ou seja, eventualmente a distinção inadequada pode ocasionar divergências que sequer existiram em caso de delimitação correta dos institutos. Ciente disso, com o objetivo de aclarar alguns conceitos, apresenta-se distintas abordagens doutrinárias acerca do tema, relevando-se a correta distinção e classificação dos aspectos envolvendo a prova no processo penal.

Nessa toada, TONINI pontua que a *fonte de prova* pode ser vista como o material apto a fornecer resultados relevantes para a decisão do julgador, exemplificando-se como sendo uma pessoa, um documento ou uma coisa¹⁹². Em outras palavras, pode-se dizer que a fonte de prova pode ser tudo o que é idôneo a fornecer uma espécie de resultado apreciável para a decisão do julgador. A fonte é, portanto, anterior ao processo, como a pessoa que viu um acidente e seja testemunha¹⁹³, como no caso do exemplo já referido.

De modo diverso, apesar da corrente denominação equivocada, o objeto da prova não são os fatos propriamente ditos, mas as denominadas alegações dos fatos. Isso porque os fatos são reais ou imaginários, enquanto que o verdadeiro ou falso é atribuível apenas às afirmações quanto à existência do fato¹⁹⁴.

É o objeto da prova que deve ser determinado durante o procedimento, consistindo no conhecimento ou acontecimento necessário para a prolação de decisão, sendo a partir do objeto que a prova poderá determinar a matéria a ser submetida a análise do julgador¹⁹⁵. Interessante gizar que o Código de Processo Penal traz três

¹⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 122, p. 43-61, Set-Out. 2016.

¹⁹² TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

¹⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

¹⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

¹⁹⁵ BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 38-39.

limitações relacionadas ao objeto da prova, no art. 400, §1º¹⁹⁶, em que elenca a possibilidade de indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Em sua definição, irrelevantes seriam as provas supérfluas, pois demonstram fatos ou circunstâncias sem vinculação com o fato posto a julgamento, bem como de mudar a situação fática da narrativa do processo, tornando-se desnecessárias. Diferentemente, as provas impertinentes são consideradas inoportunas, desvinculadas do objeto do processo, não sendo aptas a demonstrar o fato. Ainda, as provas protelatórias podem ser tidas como aquelas que possuem o objetivo de impedir o regular andamento do feito, especialmente em um prazo considerado razoável, podendo ser consideradas protelatórias quanto ao prazo de proposição, assim como no que tange à espécie requerida¹⁹⁷.

Expressando de outro modo, portanto, fatos impertinentes seriam aqueles que não são o objeto principal do processo posto a julgamento, enquanto que os irrelevantes versam acerca de fatos secundários, não influenciando na decisão da causa¹⁹⁸.

Seguindo na análise dos diferentes significados da atividade probatória, meio de prova seria o instrumento por meio do qual o processo incorpora um elemento que pode servir para a decisão, diga-se, prova documental, testemunhal, entre outras¹⁹⁹.

No Brasil, GOMES FILHO define meios de prova como “os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”²⁰⁰.

A definição brasileira não diverge da assentada na doutrina italiana. TONINI expõe: “*Con l’espressione “mezzo di prova” se vuole indicare quello strumento*

¹⁹⁶ § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

¹⁹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 173.

¹⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

¹⁹⁹ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

²⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org) São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.

processuale che permette di acquisire un elemento di prova”²⁰¹. Igualmente, COMOGLIO define os meios de prova da seguinte forma: “...sono tutti caratterizzati dall’attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie direttamente utilizzabili in sede di decisione’, e quindi hanno in quel giudice il loro naturale destinatario”²⁰². Na mesma esteira, TARUFFO possui entendimento semelhante: *Più precisamente si parla a questo proposito di <<mezzi di prova>> (medios de prueba, Beweismittel) per sottolineare che in questo senso è prova ciò che serve a provare, ossia ogni elemento che possa esse impiegato per la conoscenza del fatto*²⁰³.

Por seu turno, na doutrina espanhola, GASCÓN ABELLÁN afirma que o vocábulo *prova*, como meio de prova “denota todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa; es decir, lo que permite formular o verificar enunciados assertivos que sirven para reconstruir esos hechos. Los medios de prueba desempeñan así una función cognoscitiva de los hechos que se pretenden probar”²⁰⁴.

São os meios de prova que trazem os elementos úteis à decisão do feito, pois são os instrumentos por intermédio dos quais as fontes de provas são levadas ao processo, ou seja, a perícia no instrumento do crime, o depoimento de uma testemunha, entre outros. Via de regra, os meios de prova são produzidos na presença das partes e do juiz, durante o processo, observando-se o contraditório judicial, valendo mencionar apenas a exceção das provas pré-constituídas, como é o caso dos documentos, exemplificativamente aduzindo.

Importante advertir, porém, que os meios de obtenção de prova, também conhecidos como meios de investigação ou de pesquisa de provas, em uma perspectiva levemente distinta, são vistos como os instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova. No Código de Processo Penal em vigor, o único meio de obtenção

²⁰¹ TONINI, Paolo. *La prova penale*, quarta edizione. Padova: Cedam, 2000, p. 91.

²⁰² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prova e lessico processuale*: sospeto, inizio, prova; tema, fonte, oggetto di prova. Ammissione, assunzione. Texto disponível no seguinte link: <https://bit.ly/2QA5Qey>. Acesso em: 20 abr. 2016, p. 3.

²⁰³ TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 421-422.

²⁰⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho - bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999, p. 84-85.

de prova seria a busca e apreensão, destacando-se como característica fundamental dos meios de obtenção o seu caráter de surpresa²⁰⁵.

Em vista disso, os meios devem ser encarados como os atos pelos quais as partes introduzem no processo o conhecimento sobre determinados elementos de prova, sendo justamente por esses meios que os fatos são submetidos à apreciação da autoridade julgadora. Torna-se evidente, por consequência, a importância dos meios de prova para a formação do provimento, devendo ser compreendidos no âmbito da persuasão racional²⁰⁶. No contexto dos meios de prova, surgem limitações no processo que devem ser levadas em consideração, sob pena de tornar o processo em uma busca desmedida pela verdade, sem a observância dos parâmetros convencionais, constitucionais ou legais.

É certo que as provas inadmissíveis, vedadas ou proibidas quando contaminam o processo não podem servir de fundamentação para a sentença condenatória. Em uma primeira abordagem, salienta-se que apesar do Código de Processo Penal não dispor nada acerca da taxatividade dos meios de prova, um dos fundamentos para que se possa exigir a reserva legal seria o grau de invasão no indivíduo em decorrência da utilização do meio de prova, tais como e de suma importância destacar, a extração de material genético, por exemplo. Também são inadmissíveis no processo os meios que constituam um fato tutelado pelo direito penal, ou então alcancem o denominado núcleo irrenunciável de direito fundamental²⁰⁷.

No âmbito dos direitos fundamentais, surge a importante menção ao que pode ser denominado de proibições de prova que, sem dúvida, podem afetar determinados meios de prova²⁰⁸. Evidentemente, o direito à prova encontra verdadeira barreira na observância dos direitos fundamentais, tanto no aspecto da admissibilidade dos meios,

²⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

²⁰⁶ BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 39.

²⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 164-165.

²⁰⁸ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 85.

durante a produção, metodologia da colheita da prova, alcançando inclusive a valoração pelo julgador²⁰⁹.

Diante disso, ainda que o Código de Processo Penal adote como regra a liberdade das provas, estes não são taxativos, pois não existe impedimento, a princípio, da utilização de outras provas além das expressas na legislação processual penal. De outra banda, geralmente a limitação das provas se dá quando houver afronta aos direitos fundamentais, como moralidade e dignidade da pessoa humana, decorrente assim de princípios constitucionais. Não sem razão, a questão relativa à prova obtida por meios ilícitos foi inserida no capítulo das garantias constitucionais, justificando-se no fato de que a forma de colheita das provas processuais penais interfere diretamente na esfera das liberdades individuais²¹⁰.

O tema da limitação do direito à prova, bem como acerca da prova ilícita assume diversas feições, tendo inúmeras abordagens. Apenas a título exemplificativo, consigne-se as questões envolvendo as teorias de (in)admissibilidade da prova ilícita, a ilicitude por derivação, a problemática envolvendo os conhecimentos fortuitos, entre diversas outras possíveis abordagens. Porém, sem diminuir a importância do tema, no presente tópico vale apenas a menção à necessária diferenciação entre os diversos significados da prova, incluindo o apontamento sobre os meios de prova, e a limitação do direito à prova, em decorrência da ilicitude.

Prosseguindo na análise do tema, adverte-se que o indício não pode ser considerado, em si mesmo, meio de prova, sendo apenas o ponto de partida, em que a partir de então é realizado um processo mental que permite concluir pela existência de outro fato. Restringe-se por ser um fato que permite, por intermédio de raciocínio indutivo-dedutivo, concluir pela existência de outro fato. Portanto, a partir do indício é que se passa ao *factum probandum*²¹¹.

²⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 165.

²¹⁰ BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 58.

²¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Prova e Sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 65, p. 175-208, Mar. 2007.

Com objetivo de divorciar os conceitos de *meios de prova e fontes de prova*, BADARÓ apresenta o pensamento de CARNELUTTI²¹². Basicamente, o processualista italiano teve o mérito de diferenciar as situações em que o julgador conhece direta e pessoalmente o fato *probandum* de outras em que sua ciência é meramente indireta. Para CARNELUTTI, “fontes de prova são fatos dos quais o juiz se serve para deduzir a verdade, enquanto os meios de prova são a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade de um fato a se provar”²¹³. Como se percebe, as fontes de prova não perdem sua natureza quando não chegam ao conhecimento do julgador, devendo as partes introduzi-las no processo, enquanto os meios de prova são atuações judiciais, ou seja, podem ocorrer apenas no processo.

Além do refinamento do léxico probatório, a distinção entre fontes de prova e meios de prova também possui relevância prática²¹⁴, pois diferencia os sujeitos que podem dispor das fontes dos que possuem disponibilidade sobre os meios. Especialmente no tocante à distribuição da iniciativa probatória, a distinção se revela pertinente, pois as partes possuem disponibilidade sobre as fontes de prova, uma vez que elas sabem como provar os fatos alegados, sendo tal atividade vedada ao juiz, sob pena de comprometer sua imparcialidade²¹⁵.

Já o elemento de prova é o material que se extrai da fonte de prova quando ainda não se obteve a valoração pelo julgador. Assim, com base no elemento de prova é que pode ser analisada a credibilidade da fonte, extraindo-se o que se denomina resultado probatório, por meio do qual o julgador analisa o fato posto a julgamento²¹⁶.

²¹²BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 163-164.

²¹³BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 164.

²¹⁴Nesta esteira, Antonio Magalhães Gomes Filho acautela: “Essas atividades são reguladas nos códigos processuais, de modo a ordená-las, com o objetivo de propiciar uma seleção mais criteriosa das informações, especialmente pela concomitante participação do juiz e das partes nessa tarefa, assim como assegurar a idoneidade dos dados obtidos. Num processo penal garantidor, no qual seja assegurado ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se accusare*), a distinção entre fonte e meio de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, fonte de prova, na medida em que trazer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado meio de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org) São Paulo: DPJ, 2005, p. 310.

²¹⁵BADARÓ, Gustavo. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 167.

²¹⁶TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52.

Nessa esteira, o elemento de prova indica cada um dos dados objetivos que confirmam ou afastam uma determinada assertiva acerca de uma hipótese fática relacionada ao processo respectivo. Ingressam no conceito as declarações de uma testemunha sobre um fato ou a manifestação do perito sobre a matéria objeto da perícia. Constitui, assim, uma característica essencial da atividade probatória, no sentido de que o convencimento judicial deve ser obtido por intermédio de várias informações, a partir das quais são realizadas inferências para se chegar à conclusão²¹⁷.

Portanto, elemento seria o *dado bruto* que pode ser extraído da fonte de prova, enquanto que o resultado é a conclusão do julgador acerca da credibilidade da própria fonte²¹⁸. Logo, o resultado probatório demonstra o êxito dos meios de prova adotados no curso do processo²¹⁹. Destaca-se, portanto, a necessária distinção entre as diferentes acepções da palavra *prova*, relevantes de serem apontadas, inclusive em razão da utilidade para as abordagens posteriores.

1.3 Do necessário nexó entre legalidade processual e a prova

A necessária equivalência do nexó funcional da legalidade processual penal com o campo do direito material vem descrita por PRADO, quando aduz que os elementos constitutivos da legalidade penal, traços característicos do direito material, devem ser trazidos ao ambiente processual. E a incidência desses traços projeta-se especialmente na oposição entre um modelo de processo penal autoritário e outro de acordo com o Estado de Direito²²⁰.

Apenas para fins elucidativos, convém apontar que VALENTE refere que o modelo processual inquisitório é inicialmente visto como um modelo subsidiário ao modelo acusatório, de maneira a evitar que os acusados permanecessem impunes, instituindo-se a figura dos *quaesitores*, indivíduos encarregados de efetuar a investigação e dirigir a aplicação da tortura. O processo inquisitório possui como

²¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 122, p. 43-61, Set-Out. 2016.

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*[livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

²¹⁹ BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 41.

²²⁰ 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. 63.

fundamento a estima pública do suspeito e o êxito das investigações, sendo que o Juiz atua de ofício, pesquisando de maneira livre as provas, promovendo buscas, apreensões, oitiva de testemunhas, entre outras. Portanto, há uma verdadeira negativa ao processo penal, tendo em vista que os poderes de acusação, defesa e julgamento são de um modo geral atribuídos ao mesmo órgão, apoiando-se nos corolários do *secretismo e ausência de contradição*²²¹.

De outro modo, o sistema acusatório é destacado pelo fato de que ninguém será levado a julgamento sem acusação. No referido modelo, há uma maior transparência nos atos processuais, sendo que todo o processo se baseia no princípio do contraditório, em que as partes precisam provar os fatos, sem a interferência do julgador, ou seja, a disponibilidade do conteúdo do processo pertence às partes²²².

Trazendo tais conceitos ao cenário brasileiro, observam-se os evidentes problemas enfrentados pelo processo penal nacional, diante dos traços marcadamente inquisitórios constantes no Código de Processo Penal de 1941²²³, o que leva a classificá-lo como (neo)inquisitorial. Entre outros fatores, tal classificação decorre da prevenção como causa de fixação de competência, em que o julgador que atua na fase da investigação preliminar será o mesmo que vai atuar na fase judicial posterior, bem como em virtude das práticas probatórias incompatíveis com o processo penal constitucional. Trata-se, portanto, de uma inquisição reformada, pois mantém a atividade probatória com o julgador, evidenciando sua característica inquisitiva²²⁴.

²²¹VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal: tomo I*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51ss. Neste aspecto, salutar o apontamento de Maurício Zanoide de Moraes: “O processo penal, como já antes acontecera na fase romana, torna-se instrumento estatal de implementação da (nova) política reinante. É meio pelo qual, mais que controle da criminalidade, atinge-se o mais forte e desmedido controle social. Determinando não apenas o que seja crime, mas também quem o praticou e a pena a ser aplicada, tudo de forma sigilosa, parcial e dirigida conforme a vontade do poder central. Inimigo e criminoso passam a ser expressões sinônimas, assim como criminoso e herege e, silogisticamente, herege torna-se inimigo”. ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *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. 51.

²²²VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal: tomo I*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 44 ss.

²²³Entre outros exemplos, a matriz inquisitória da legislação processual penal fica clara na leitura do art. 156 do Código de Processo Penal, em que dado ao julgador realizar a produção probatória, de ofício: 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.

²²⁴LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 541.

Relevante salientar que o legislador brasileiro atribuiu poderes de atuação de ofício pelo magistrado, ainda antes de iniciado o processo penal propriamente dito (art. 156, CPP), não se tratando de atuação subsidiária, mas de atuação típica de parte. Tal dispositivo merece ser criticado, pois no momento em que o magistrado ordena a produção da prova ou quando determina diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, está verdadeiramente atuando como parte, exercendo atividade que não é - ou pelo menos não deveria ser - atribuída para si. Assim, as diligências de ofício não encontram sustentação em um processo penal que se pretenda acusatório, pois ao juiz não cabe provar e nem contraprovar, mas sim decidir com o que foi produzido no espectro do jogo do processo²²⁵.

Essa matriz autoritária da estrutura processual penal em vigor, essencialmente ocasionada pelas disposições da legislação acima referida, abre espaço para o que se pode denominar de decisionismo, caracterizado pela possibilidade de decisão arbitrária, sendo assim adversário do estado de direito²²⁶.

Sobre o assunto, convém destacar alguns pontos fundamentais, que assumem grande relevância no estudo do processo penal brasileiro. Acerca disso, STRECK pontua que há uma certa tendência atual no Brasil de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos, por vezes sob o argumento de utilização de um denominado poder discricionário dos juízes. E a grande luta tem se tornado a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço de legalidade, especialmente embasado na abordagem constitucional²²⁷.

Assusta assim que apesar das disposições contidas na Constituição da República, o resultado de um processo possa depender do que a consciência do julgador apontar, tendo em vista que nesse cenário a gestão da prova se dá por critérios inquisitivos do juiz, ao invés de serem embasados conforme as regras do devido processo legal. Nessa senda, consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder

²²⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181 ss.

²²⁶ 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. 63.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20-21.

discricionário são variações da mesma temática, na medida em que a avaliação do julgador é subjetiva e dada apenas conforme a própria consciência²²⁸.

Porém, ainda que se admita que a tomada de decisão envolva um certo mecanismo de escolha, sua aplicação deve ficar condicionada a procedimentos de controles que assegurem sua legitimidade, ou seja, não pode ser resumida à dimensão subjetiva do ato de julgar, pois nesse caso a eleição seria apenas “decisionista”, sem legitimidade constitucional. É essencial, portanto, que a decisão não substitua o direito pelo arbítrio judicial, olvidando-se do papel da lei, o que somente será possível mediante a observância da exigência de motivação dos pronunciamentos judiciais, em que os termos da decisão dialoguem racionalmente com o disposto na lei²²⁹.

Prosseguindo na abordagem, especificamente com relação à prova processual penal, destaca-se que a prova necessariamente deve ser produzida com a intervenção de um órgão jurisdicional imparcial e independente²³⁰, com o dever de proferir decisões fundamentadas racionalmente e conforme o devido processo legal, nos termos acima apontado.

Adverte-se, ainda, que a execução da prova não pode ser obtida de qualquer modo, tampouco por qualquer preço, mas somente com a observância do contraditório, em paridade de armas. Assim é que a atividade probatória deve ser presidida pelos princípios do contraditório e igualdade, bem como com o conjunto de garantias constitucionais que visam assegurar a liberdade e espontaneidade das partes²³¹.

E no campo da valoração probatória, rechaçada a ideia de poder discricionário do julgador, torna-se igualmente problemática a adoção do denominado livre convencimento motivado. Acerca disso, convém advertir que a liberdade de convencimento significa que o poder decisório deve se dar sem coação, não se afetando a capacidade de entendimento e determinação do julgador, mas não pode ser afastada a necessidade de justificação, ou seja, o livre convencimento não autoriza a dispensa da

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26-27.

²²⁹ 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. 64-65.

²³⁰ MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 628.

²³¹ MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 629.

racionalização fática, jurídica e crítica da prova, observando-se o estado de inocência, a licitude e o *in dubio pro reo*²³².

Em crítica à aplicação do referido princípio, STRECK aduz que a utilização do livre convencimento é um sintoma de decisões proferidas conforme à consciência dos julgadores, salientando que a decisão não pode ser apoiada em questões subjetivas do magistrado²³³.

Dito isso, pontua-se, como ressalta PRADO, que há uma espécie de equiparação entre as interferências penais materiais e processuais penais, o que torna necessário um tratamento jurídico idêntico, em uma verdadeira permeabilidade de características, com a conseqüente incorporação pelo processo penal dos mesmos requisitos de validade e legitimidade das normas penais incriminadoras. Entre tais exigências podem ser destacadas, a exigência de lei prévia, escrita, estrita e certa, o que inclusive já está consagrado quando da ingerência nos direitos individuais. Com base nisso, há um certo consenso sobre a adoção dos mesmos critérios com relação às normas processuais penais²³⁴.

Outro argumento fulcral que corrobora a necessidade de observância da legalidade processual no processo penal é a tarefa eminentemente ética que cumpre ao Estado no exercício do direito de punir. Dito de outro modo, na medida em que a ação da justiça criminal carece de legitimação segundo critérios éticos, a pena perde boa parte de sua fundamentação e legitimidade²³⁵.

A guisa de conclusão, observa-se que o processo penal deve estar necessariamente subordinado à legalidade, como consequência da democratização do processo penal. Neste trilho, é extremamente importante consignar que o processo penal não possui como fim exclusivo a aplicação da lei penal, mas igualmente a defesa dos

²³² GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180-181.

²³³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 50.

²³⁴ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 66.

²³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 43.

direitos, liberdades e garantias do acusado, especialmente contra os abusos dos titulares dos órgãos de administração da justiça²³⁶.

1.4 A prova como elemento central da máquina retrospectiva (a dinâmica da sociedade e a busca por provas indiscutíveis): Reflexão a respeito dos quadros mentais paranoicos

A descrição do processo como máquina retrospectiva vem apresentada por CORDERO quando elenca as etapas do processo penal, relatando que inicia com alguém apresentando uma informação, narrando um fato, sendo que posteriormente a autoridade competente investiga e constrói a possível imputação sobre os materiais coletados. Após, em juízo, depois da admissão da acusação, inicia-se o debate da fase judicial, em que as partes expõem os fatos que tem o propósito de provar, e pedem a admissão das provas. Assim, diante disso, as provas são vistas como os materiais que visam a conversão das hipóteses em uma conclusão juridicamente sustentável. Nessa ordem de ideias, quando o resultado é favorável à acusação, o réu é condenado, sendo que no caso de o órgão acusador não obter a confirmação da hipótese, a absolvição é o caminho a ser seguido²³⁷.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que naturalmente o processo penal envolve uma controvérsia fática, em que há uma imputação pelo Ministério Público de fatos com relevância penal e possivelmente a negativa dos fatos pela defesa. Desse modo, instaura-se uma grande dificuldade no processo, que seria a tarefa de *reconstruir* historicamente os fatos, observando-se as normas que disciplinam a matéria, especialmente no tocante à admissão, produção e valoração das provas²³⁸.

Em razão da evidente atividade de reconstrução de fatos realizada no processo, parte da doutrina aborda a proximidade da atividade do juiz com a de um historiador. Justificando a analogia, TARUFFO aponta que o embasamento de tal comparação surge em razão do fato de que ambos possuem o problema de reconstruir um fato individual ocorrido no passado, que não pode ser repetido, tampouco diretamente conhecido. Para

²³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal: tomo I*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 204.

²³⁷ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. II, p. 7-8.

²³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*[livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

isso, tanto o juiz quanto o historiador utilizam-se da atividade probatória, para fins de permitir o conhecimento indireto dos fatos. Não bastasse, algumas abordagens apontam para a necessidade de ambos estabelecerem a verdade de um fato, ainda que tal perspectiva seja apontada como problemática²³⁹.

Contudo, existem significativas diferenças entre as atividades do historiador e do juiz, que não podem ser deixadas de lado. Em primeiro lugar, a investigação do historiador acaba sendo, de certa forma, livre, não encontrando limitações. De modo diverso, o juízo possui limitações determinadas pela constatação de que as partes apontam os fatos que pretendem provar, bem como os meios de prova a serem usados. Além disso, as leis processuais preveem procedimentos e princípios, que obviamente atuam como uma espécie de limitação à atividade de reconstrução histórica no processo²⁴⁰.

Com base nas diferenciações apontadas, fica evidente que a analogia entre juiz e historiador não pode ser sustentada de forma geral, ou então que possa ser utilizada como uma espécie de esquema conceitual. Por certo que a analogia parte de uma noção redutiva tanto da atividade de historiador, que busca uma explicação e compreensão de determinado fato muito mais do que sua simples determinação, como da atividade do juiz, que desenvolve uma atividade essencialmente destinada a determinar fatos particulares com base nas provas²⁴¹.

Ainda assim, parece indiscutível reconhecer que o processo penal é um instrumento de retrospectiva, em que se pretende uma reconstrução aproximada do fato histórico, sendo que as provas podem ser vistas como os meios pelos quais é realizada essa reconstrução. Ocorre, portanto, que há um julgamento, no presente, do homem e o fato por este praticado no passado mais distante, com base em provas colhidas em um passado mais próximo, projetando efeitos para o futuro²⁴². Alguns apontam de forma enfática que a prova judiciária possui um único objetivo bem claro e definido, que seria

²³⁹ TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 336-337.

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 337.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. *La Prueba de Los Hechos*. Trad.: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 338-339.

²⁴² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 535.

a reconstrução dos fatos investigados no processo, com vistas a maior coincidência possível com a realidade histórica²⁴³.

Assim é que a definição do brocardo *nulla poena sine iudicio* releva a função (re)cognitiva do processo, fator essencial para fundamentar a obrigatoriedade da decisão a ser tomada, sem se descuidar da necessidade de o processo ser estruturado em terreno jurídico de verificação das alegações deduzidas pela acusação e defesa²⁴⁴. Com relação a isso, importante a lição de GÖSSEL quando aponta que o objeto da sentença seria a constatação judicial do fato indicado na acusação, enquanto que *provar* pode ser considerado como tomar conhecimento, referindo-se ao fato concreto posto a julgamento²⁴⁵.

Outrossim, cumpre advertir que essa retrospeção, com a reconstituição dos fatos ocorridos no passado, está inexoravelmente relacionada a diversos fatores, especialmente sociais, políticos e culturais que são obviamente variáveis no tempo e no espaço, sendo este último passível de proporcionar um exame tido como inesgotável²⁴⁶.

Portanto, a noção de processo como uma espécie de máquina retrospectiva releva a funcionalidade recognoscitiva (ou recognitiva) da prova, em que por meio das provas são introduzidos no processo os fatos e as circunstâncias do delito. Contudo, essa espécie de caminho retrospectivo de regresso ao tempo do fato, assim como suas respectivas circunstâncias, é realizada pelo homem, sendo assim imperfeito, tanto na reconstrução por meio da memória, quanto e até mesmo na elaboração da prova científica. Por certo que no resgate realizado pela memória, a emoção exerce papel crucial, inclusive levando em consideração que o aspecto emotivo pode ser guardado com primazia em relação ao pertencente à memória cognitiva²⁴⁷.

Igualmente relevante, considera-se que o recurso da memória, e consequentemente do esquecimento, pode ser objeto também de manipulação, sendo possível constatar que o esquecimento por vezes é uma necessidade ou uma estratégia.

²⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 327.

²⁴⁴ 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. 19.

²⁴⁵ GÖSSEL, Karl-Heinz. *En búsqueda de la verdad y la justicia: fundamentos del procedimiento penal estatal com especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 169.

²⁴⁶ BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 37.

²⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162-163.

Leva-se em consideração, assim, que a seleção da lembrança deve passar necessariamente pelo que se denomina de instrumentalização de memória²⁴⁸.

E além do problema envolvendo a utilização da memória humana na reconstrução dos fatos, importante advertir que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, característica marcante do sistema inquisitivo, é um erro e ocasiona a destruição do processo penal democrático, na medida em que acaba ocorrendo a prevalência das hipóteses sobre os fatos, ou seja, o julgador vai atrás da prova e posteriormente busca os fatos que justifiquem sua decisão, realizando o que pode ser denominado de *quadros mentais paranoicos*²⁴⁹.

Cumprir mencionar que a própria relação entre Estado e o cidadão evidencia uma grande complexidade, na medida em que há um conflito de interesses entre determinados objetivos do Estado, especialmente quando ligados à persecução penal, e aspectos da vida privada dos administrados, por exemplo. Eis que o papel eventualmente invasor do Estado, assim como o desenvolvimento da informática acentuam a complexidade do problema²⁵⁰, contribuindo e incrementando a formação dos quadros mentais paranoicos acima mencionados.

Além das advertências acima apontadas, a abordagem do processo penal como modo de reconstrução dos fatos ocorridos no passado também deve levar em consideração que tal atividade não pode se desenrolar de forma ilimitada. Em outras palavras, a reconstrução fática se dá com uma série de limitações decorrentes da própria ordem constitucional/legal do ordenamento jurídico. Assim sendo, consoante já referido quando abordados os meios de prova, o tema das proibições probatórias é de suma importância, não podendo se falar em um processo penal democrático sem uma série de limitações na reconstrução fática.

Como exemplo, pode-se dizer que a regra no processo penal é de que a prova deva ser produzida sem a sua cooperação compulsória. Dito de outro modo, o acusado não tem o dever de colaborar na produção probatória dos autos que possa incriminá-lo,

²⁴⁸ GAUER, Ruth M. Chittó; GAUER, Gabriel J. Chittó; SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Memória, Punição e Justiça: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 46. Adverte-se, contudo, que o objeto da abordagem da obra, na citação apontada, é ligeiramente diversa, tratando sobre a memória ameaçada fundamentalmente por regimes autoritários, essencialmente por meio da censura.

²⁴⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128-129.

²⁵⁰ GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982, p. 15.

não podendo a acusação utilizar de provas obtidas sem a observância de tal preceito²⁵¹. Denominado de *nemo tenetur se ipsum accusare*, COSTA ANDRADE enfaticamente enuncia que a consagração do referido princípio configura verdadeira marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, sendo que, em sentido oposto, a denegação de tal enunciado é evidentemente associada às concretizações históricas do processo inquisitório²⁵².

Mas, não é apenas o princípio acima mencionado que impõe a necessária limitação a atividade retrospectiva operada pelo processo penal. A bem da verdade, todo o campo das proibições de prova e ilicitudes probatórias constitui verdadeiro bloqueio, e necessariamente deve ser respeitado.

A ilicitude probatória pode vir de diversas causas, entre provas expressamente proibidas pela legislação, irregulares ou defeituosas. Também pode existir proibição em razão do objeto (proibição de prestar testemunho para obrigados ao segredo); proibição relacionada ao método de investigação; meios de prova; ferir direitos fundamentais²⁵³, ou seja, diversos são os fatores que podem ocasionar a ilicitude probatória e conseqüentemente limitando a atividade cognitiva do processo. De mais a mais, com relação a isso, surge a abordagem acerca da busca da verdade no processo penal, argumento historicamente utilizado para a prática dos mais diversos abusos contra o cidadão.

1.5 Da prova pericial: Natureza jurídica, conceito, características e importância

A ideia de utilização da assistência de um perito é um instituto antigo dos processos civil e penal, ainda que se possa dizer que a evolução do pensamento científico tem alterado o modo de enxergar a prova pericial, vendo na figura do perito um assistente judicial. Inicialmente, a concepção tradicional de perícia a colocava como uma espécie de prova testemunhal, especificamente um testemunho técnico. Na evolução do estudo da matéria, porém, tem sido definido que o perito não é como o

²⁵¹QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 312 e 318.

²⁵² ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 122.

²⁵³ ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 34.

testemunho, um objeto, senão um sujeito de busca e valoração. Não se coloca, assim, perante o juiz para ser examinado, mas sim ao lado do julgador para examinar²⁵⁴. Enfaticamente, LEONE aduz que a diferença básica entre o testemunho e a perícia é a de que a testemunha refere, enquanto que o perito valora²⁵⁵.

No sistema denominado de *Common Law*, a figura do perito é considerada uma testemunha, de maneira que a definição do testemunho acaba assumindo feições diversas do sistema *Civil Law*. Neste último, por sua vez, é essencial que sejam traçados limites entre a testemunha e o perito, em que a figura deste chega a ser absorvida pelo tribunal, nas hipóteses em que o seu conhecimento seja considerado fundamental ao julgamento²⁵⁶.

Em linhas gerais, via de regra, no ordenamento jurídico brasileiro, incumbe ao juiz togado apreciar as questões de fato e as questões de direito. Excepcionalmente, em etapas mais adiantadas do contencioso, podem ser inviabilizados exames do mérito, restringindo a apenas apreciação das teses jurídicas²⁵⁷.

Assim, no *Civil Law*, geralmente, a nomeação do perito e a valoração da validade do laudo será feita pelo mesmo julgador, ao contrário do modelo do *Common Law*, onde as partes indicam os peritos e o juiz togado somente participa da etapa de admissão da prova, ficando a valoração do resultado da prova científica para os jurados. Deste modo, na experiência do *Common Law*, a filtragem da prova pericial pelo juiz leva em conta que as partes podem trazer conclusões parciais ou dolosamente equivocadas de *experts* comprometidos apenas com os interesses de seus clientes, com objetivo de ludibriar o corpo de jurados, cuja decisão não precisa ser fundamentada.

No cenário do *Civil Law*, como o perito é nomeado pelo juiz, passa a ser considerado como auxiliar da Justiça e gozar de presunção de imparcialidade, o que culmina ainda em maior poder persuasivo de suas conclusões, uma vez que detém

²⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. I, p. 267.

²⁵⁵ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 197.

²⁵⁶ MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. Revista de Processo, v. 16/1979, p. 155-168, Out-Dez 1979.

²⁵⁷ Por força da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, a apreciação das questões de fato não pode ser realizada em recurso especial.

oficialidade, indisponível aos assistentes técnicos constituídos pelas partes, cujos pareceres podem ser tendenciosos para teses favoráveis aos seus clientes²⁵⁸.

Logo, exceto se demonstrada alguma causa de suspeição e impedimento ou incompetência técnica, o perito nomeado pelo juiz goza de confiança e credibilidade. Entretanto, a confiança demasiada do juiz no perito nomeado pode ensejar em inexistente controle sobre o resultado da perícia, sem qualquer apreciação da técnica utilizada ou seus resultados, geralmente considerados na fundamentação da sentença²⁵⁹.

Assim, apesar de que a função de filtro não se destina unicamente para evitar que o júri seja influenciado por provas indevidas, a falta de exercício efetivo de *gatekeeper* pelo julgador pode terminar por permitir a admissão de provas baseadas em *junk science* a serem valoradas somente no momento da sentença. Por sua vez, a admissão de laudos periciais fundados em conhecimentos pseudocientíficos, produzidos por profissionais incompetentes ou que empregaram metodologias incorretas e que possuem conclusões inválidas pode resultar na formação de convencimento judicial viciado, prejudicando a prestação jurisdicional²⁶⁰.

Por isso, é preciso impedir a contaminação do processo com pseudoperícias, baseado apenas na alegação de que o perito nomeado pelo juiz é depositário de sua

²⁵⁸ “Tal perigo é ainda maior quando se tem conta que, nos ordenamentos de tipo continental, o perito é geralmente visto como um auxiliar do juiz, que exerce sua função com imparcialidade. O resultado disso é a tendência a se duvidar da própria inclusão da perícia entre os meios de prova e, o que é mais grave, de subtraí-la do controle do contraditório”. (...) “se, por um lado, há desvantagens na nomeação de perito pelo juiz, porque tal escolha nem sempre recai sobre um profissional especializado, por outro, verifica-se uma garantia, pelo menos em tese, da imparcialidade do exame pericial. O perito nomeado pelo juiz não tem qualquer interesse na causa, tampouco ligação com as partes. Assim, sua análise, a princípio, é mais fidedigna e confiável. Os assistentes técnicos, indicados pelas partes, possuem uma relação estreita com quem os contratou. Desde que a perícia seja pela parte, não é crível que esta pague por uma opinião que venha a ser-lhe desfavorável”. MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

²⁵⁹ “(...)como o expert é eleito e nomeado pelo juiz sob uma áurea de confiabilidade, criou-se a presunção de que é sempre profissional imparcial e idôneo. Salvo comprovação de flagrante incapacidade técnica ou ocorrência de algumas hipóteses de suspeição ou impedimento, o perito goza de toda confiança e credibilidade. Essa presunção lega o juiz a deixar de exercer o controle adequado sobre o resultado da perícia e de investigar se a aparente capacitação técnica do perito de fato existe. A conclusão do laudo é transposta para a fundamentação da sentença sem maiores reflexões”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 76-77.

²⁶⁰ “Gatekeeping clearly serves the function of ensuring that only reliable evidence gets considered at trial. Since only reliable evidence will be admitted, expert evidence is intended to help reach an accurate conclusion based on the current state of science. Unreliable evidence is excluded, then, to ensure that it does not distort the factfinding process with an invalid conclusion”. JURIS, Andrew W. *Balancing legal process with scientific expertise: expert witness methodology in five nations and suggestions for reform of post-daubert U.S. reliability determinations*. In: 95 *Mrq. L. Rev.* 1329, 2011-2012, p. 1368.

confiança, sem que seja realizada uma filtragem apta a apurar eventuais descumprimentos dos critérios propostos em DAUBERT.

Nessa ordem de ideias, acerca da natureza jurídica da perícia, embora o assunto tenha certa divergência na doutrina, TONINI aponta que a perícia tem dupla natureza, constituindo-se como meio de prova e também meio de valoração da prova, pois também necessária para realizar a valoração que requer específicas competências técnicas, científicas ou artísticas²⁶¹. Parte da doutrina nacional aponta a divergência, referindo que majoritariamente reconhece-se que a perícia tem a natureza jurídica de meio de prova²⁶².

Além disso, sob outra perspectiva, elenca-se uma distinção no requerimento da prova pericial, na medida em que na fase anterior ao processo a prova pericial seria considerada um meio de investigação ordenado pelo juiz, enquanto que na fase judicial seria a parte acusadora ou o acusado que propõem a prática deste meio de prova, estabelecendo na solicitação o objeto da perícia²⁶³. Contudo, apesar da divergência no trato da matéria, parece claro que a prova pericial tem natureza jurídica de meio de prova, salientando-se desde logo a necessidade de observância das garantias constitucionais em todas as etapas da produção pericial.

De outra banda, importante mencionar a diferenciação referida por VALENTE quando aduz que o exame é diferente da perícia. A nota distintiva fundamental entre ambos seria a exigência de especiais conhecimentos técnicos, científicos e artísticos, apenas exigidos para a produção da prova pericial, que seria um meio de prova, enquanto que o exame pode ser visto como um meio de obtenção de prova²⁶⁴.

Dito isso, sobre as funcionalidades do abordado meio de prova, a perícia possui ao menos três funções específicas, tendo em vista que busca desenvolver investigações

²⁶¹ “La perizia ha la duplice natura di mezzo di prova e di mezzo di valutazione della prova. Essa è necessaria quando occorre compiere una valutazione che richiede specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche. La perizia adempie alle tre seguenti funzioni che richiedono, per essere esercitate, speciali conoscenze: 1) svolgere indagini per acquisire dati probatori; 2) acquisire gli stessi dati selezionandoli e interpretandoli; 3) acquisire valutazioni sui dati assunti (art. 220, comma 1).” TONINI, Paolo. *La prova penale*. Quarta edizione. Padova: CEDAM, 2000, p. 175.

²⁶² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87-88.

²⁶³ MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 659.

²⁶⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal: tomo I*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 355-356.

para coletar dados probatórios, adquirir e apontar dados, para o fim de realizar sua seleção e interpretação, realizando, conseqüentemente, a valoração em relação aos dados produzidos²⁶⁵.

Com base nisso, a perícia pode ser vista como uma espécie de indagação com relação à matéria que exige específicos conhecimentos de determinadas ciências ou artes, os denominados conhecimentos científicos²⁶⁶. Trata-se de uma prova em que o perito emite um juízo técnico, sendo uma declaração, com base em critérios técnicos sobre um elemento de prova²⁶⁷. Em outras palavras, a prova pericial consiste na emissão de informações à autoridade judicial por parte de pessoas com especiais conhecimentos em determinada matéria, analisando os fatos para posteriormente emitir parecer sobre eles²⁶⁸.

Por sua vez, CARNELUTTI aduz que apesar da facilidade de se compreender da necessidade de uma assistência ao julgador, acusador e defensor para questões técnicas que exigem uma preparação especial, a definição da figura de quem presta referida assistência é tema bem mais complexo na história do processo civil e penal, bem como das respectivas ciências, tendo referido assistente recebido a denominação de perito²⁶⁹.

Especificamente sobre a figura do perito, destaca-se que este emite sua opinião ao julgador, por meio de um laudo, que consiste basicamente na opinião técnica que pode servir ao juiz para formar sua convicção, fundamentando sua decisão sobre os fatos versados no processo²⁷⁰. Entre as incumbências do profissional poder ser referida aquela de extrair detalhes de um fato notório, com base em conhecimentos técnicos,

²⁶⁵ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

²⁶⁶ “Di scientificità della prova si può invece propriamente parlare quando l'accertamento dei fatti richiede tecniche e nozioni che trascendono il patrimonio di conoscenza del giudice in quanto uomo medio, e non sono quindi riconducibili nel campo delle massime d'esperienza”. TARUFFO, Michele. *Libero Convincimento del giudice*. I. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Treccani, v. XVIII, 1990, p. 4.

²⁶⁷ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 195.

²⁶⁸ MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 659.

²⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. I, p. 266-267.

²⁷⁰ MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. Revista de Processo, v. 16/1979, p. 155-168, Out-Dez 1979.

assim como aplicar a um fato notório uma lei científica, fornecendo uma valoração ao julgador²⁷¹.

Assim, existem três espécies de atividade do perito, na medida em que o profissional pode apresentar fatos imperceptíveis aos olhos de leigos, enunciar teses baseadas em premissas hipotéticas e combinar observações experimentais com princípios, elaborando conclusões indutivas²⁷².

Ao perito corresponde, portanto, comprovar somente o que é indispensável para o juízo técnico, pois carece de valor probatório o caso do perito que ao invés de realizar o exame direto da situação de fato que constitui objeto da perícia, acaba se valendo de elementos extrínsecos, representando, nesse último caso, apenas uma opinião de um técnico sobre o assunto²⁷³.

Acerca da decisão sobre a necessidade de produção da prova pericial, Leone aduz que deve ser questionado se a indagação posta nos autos diz respeito a particulares conhecimentos de determinadas ciências ou artes, ou mais especificamente, se há necessidade da adoção de procedimentos, métodos ou instrumentos de domínio exclusivo de um técnico na área objeto da questão a ser analisada. Em caso positivo, evidentemente deve ser realizada a perícia. Com base nisso, fora das hipóteses em que o conhecimento da ciência ou arte posta em debate seja considerado uma espécie de patrimônio cultural comum, seria dever do juiz nomear perito²⁷⁴.

No que tange à escolha do perito, deve ser pautada pela presença das aptidões e preparo que lhe fazem idôneo para opinar acerca das questões técnicas pelas quais a sua assistência é solicitada²⁷⁵.

Já quanto à participação dos defensores e das partes na prova pericial, não se restringe a presença na elaboração da prova, mas também no direito de apresentar

²⁷¹ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 183.

²⁷² CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. II, p. 119.

²⁷³ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963. v. II, p. 196.

²⁷⁴ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963. v. II, p. 199.

²⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. I, p. 269-270.

quesitos²⁷⁶. Logo, deve ser respeitada a mais ampla garantia ao contraditório na prova pericial²⁷⁷.

Dito de outro modo, mesmo quando se está abordando uma prova científica, ainda que produzida com alto grau de especialidade, a prova deve ser submetida ao contraditório processual, local em que em que deverá ser valorada em cotejo com o restante do conjunto probatório produzido nos autos²⁷⁸.

Igualmente com relação às garantias constitucionais concernentes à prova pericial, exigem-se a observância das exigências decorrentes do direito à prova, manifestando-se por meio dos direitos de requerer a produção da prova pericial; direito de apresentar quesitos para a realização da prova; direito de acompanhar a colheita de elementos para a elaboração do laudo; direitos a manifestação acerca da prova produzida; direito de pronunciamento judicial sobre o tema objeto da perícia, bem como acerca da manifestação da parte acerca da aludida prova²⁷⁹.

Com base nas afirmações constantes no parágrafo anterior, pode-se afirmar que a perícia é um meio de prova “garantido”, em que desde a fase de atribuição da função, é instaurado contraditório entre o perito e os assistentes técnicos das partes, podendo estes últimos presenciar as operações, realizar apontamentos e formular requerimentos. Adverte-se, porém, que o poder decisório e valorativo compete ao perito, sendo que cabe às partes tentar demonstrar as falhas ao juiz eventuais falhas na perícia²⁸⁰.

Sobre a valoração da prova pericial, evidente que a manifestação pericial não vincula o julgador do processo, em virtude da liberdade deste na valoração da prova produzida. Porém, esta liberdade conferida ao juiz não o exime de fundamentar sua decisão, devendo apresentar a motivação das razões pelas quais não considerou a prova pericial. Não há, portanto, uma presunçosa capacidade do julgador na análise da prova

²⁷⁶ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 202.

²⁷⁷ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 185.

²⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 180.

²⁷⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

²⁸⁰ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184-185.

pericial, mas este tem o poder, com o correspondente dever, de submeter ao juízo as conclusões do perito²⁸¹.

Por óbvio que diante da abordagem de questões científicas, a crítica e eventual afastamento do parecer só pode ser realizado com base em argumentos igualmente materiais e científicos. Dito de outro modo, o julgador possui liberalidade com relação a base de fato pressuposta, contudo no que diz respeito ao juízo científico, a apreciação deve ser igualmente científica²⁸². Em resumo, ainda que o julgador não esteja vinculado à perícia, este poderá recusá-la somente de forma motivada, elencando as razões do afastamento do resultado da perícia²⁸³.

Na realidade, há liberdade na apreciação da prova pericial pelo julgador. Antigamente, houve o denominado *deslumbramento da prova científica*, circunstância que tornavam os pareceres dos peritos em verdadeiras decisões, sendo que o julgador tinha o dever de obedecê-las. Nos dias atuais, porém, não se encontram mais adeptos explícitos²⁸⁴ da referida tese²⁸⁵.

Ainda assim, com uma perspectiva levemente distinta, Dias afirma que à prova pericial deve ser atribuído valor probatório diferente dos outros meios de prova, sendo mais que um meio qualquer, mas uma forma de colaboração e auxílio com o órgão julgador²⁸⁶.

Mas, posiciona-se em outro sentido, destacando que ainda que a prática forense acabe posicionando a prova pericial em um lugar de destaque, especialmente em razão do mito da busca da verdade real e uma espécie de supremacia da prova técnica, a admissibilidade da perícia não pode ser automática, tampouco prescinde de valoração judicial, devendo esta considerar os elementos específicos do caso concreto, nos limites do objeto do processo penal²⁸⁷.

²⁸¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 202.

²⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 209.

²⁸³ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 188.

²⁸⁴ A expressão é proposital, na medida em que, por vezes, a “indiscutibilidade” da prova científica ainda é defendida por alguns, ainda que de forma implícita.

²⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 208.

²⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 209.

²⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 183.

No entanto, vale enfatizar que a admissão da prova pericial termina por gerar um controverso cenário: como o juiz não possui conhecimentos especializados, a prova pericial é indispensável para elucidação dos fatos, mas, ao mesmo tempo, a formação de seu convencimento fica vinculado ao entendimento do perito, afinal não estará em condição técnica de refutar um especialista. Em outros termos, diante da incapacidade de controlar a prova produzida por meio da utilização de conhecimentos técnicos além de sua compreensão, a formação do livre convencimento judicial fica subordinada ao posicionamento do perito²⁸⁸.

Ademais, como a prova pericial, via de regra, é produzida com conhecimentos científicos distantes do saber médio do juiz e das partes, baseados em infalíveis teorias neutras e imparciais de especialistas no ramo, acaba gozando de maior persuasão na formação do convencimento do julgador²⁸⁹.

Logo, a prova pericial figuraria como uma contemporânea e dissimulada forma de retrocesso ao sistema da prova legal, afinal, as conclusões do perito seriam tomadas

²⁸⁸ Ao “(...)o juiz defere a prova pericial por um só motivo: não dispõe dos conhecimentos exigidos para resolver a questão de fato. Ora, as mesmas razões retiram-lhe aptidão para refutar o parecer do seu auxiliar, em especial o laudo fundado em método conhecido e geralmente aceito, cujas conclusões sejam, à primeira vista, coerentes e cientificamente válidas. Daí a aporia do sistema”. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016. Vol. III, p. 1101. Comentando sobre a experiência alemã e a alta persuasão da prova científica, Andrew Jurs destaca: “With so few methods to challenge, the expert role has been criticized in Germany as being one of “de facto decision-maker” for the judge. Necessarily without knowledge to decide the issue requiring technical expertise, the judge is ill-suited to challenge the report of an expert. Because the judge is unable to challenge the expert in the field of expertise, the acceptance rate of expert opinion by the judges exceeds 90%!”. JURS, Andrew W. *Balancing legal process with scientific expertise: expert witness methodology in five nations and suggestions for reform of post-daubert U.S. reliability determinations*. In: 95 *Mrq. L. Rev.* 1329, 2011-2012, p. 1389.

²⁸⁹ “Por el contrario, la prueba científica, por estar basada en leyes universales o en todo caso en leyes probabilísticas que gozan de un fuerte fundamento científico, aparece muchas veces rodeada de un área de infalibilidad que proporciona a la decisión probatoria un carácter concluyente o casi concluyente, por lo que no parece necesario buscar estándares adicionales que garanticen su objetividad”. GASCÓN ABELLAN, Marina. *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*. Disponível em: <https://bit.ly/2QYLWJN>. Acesso em: 26 jun. 2018, p. 1. No mesmo sentido: “The allure of science is easy to understand. Science is a prestigious, noncontroversial, and well-accepted institution. Despite occasional lapses, many people think science cuts across political ideologies and “deliver[s] accounts of the world which abstract from human life and our concerns, concerns which we express and develop in and through our values and ideologies.” Expert scientific witnesses are well-regarded by the legal system, in part, because “scientists are seen as disinterested, open-minded, impartial, emotionally detached, supremely rational and possessed of a scrupulous mental hygiene which transcends ideology, politics and self-interest.” These qualities of rationality and detachment may not always be desirable but they are respected and valued by the legal system. Science is attractive because it purports to deliver value-free facts about the world to decision makers. For example, in a 1974 survey of 1,363 judges and lawyers, 75 per cent of the respondents stated that judges thought that scientific evidence was more credible than other types of evidence”. LIMPET, Brad. *Beyond the rule in Mohan: a new model for assessing the reliability of scientific evidence*. U. Toronto Fac. L. rev, v. 54, 1996, p. 67.

como incontestáveis, tornando-se a nova “rainha das provas”²⁹⁰ e não poderiam ser submetidas ao contraditório, o que ainda resultaria em delegação da atividade jurisdicional, caso o juiz ficasse vinculado ao laudo pericial ou parecer técnico²⁹¹.

Todavia, com a derrocada da ideia de que a ciência apenas abriga certezas inquestionáveis²⁹², ficou demonstrado que era necessário proteger o processo da admissão de perícias equivocadas, realizadas com métodos duvidosos²⁹³ e que eram valoradas como irrefutáveis. Desta forma, a postura meramente passiva do juiz deve ceder lugar à uma atuação mais criteriosa e que permite o efetivo exercício do contraditório pelas partes²⁹⁴.

Por sua vez, os critérios surgidos com a superação do vetusto caso *Frye v. US*, decorrentes do popular julgado *Daubert v. Merrell Dow*²⁹⁵, geraram severas críticas acerca das funções do juiz ao apreciar a prova pericial. Em linhas gerais, com *Frye rule*, incumbia ao juiz verificar se a proposição pericial tinha reconhecimento geral pela comunidade científica de seu ramo do conhecimento, o que se mostrava bastante

²⁹⁰ “O extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico ocorrido neste século, propiciando ao homem o acesso a conhecimentos cada vez mais especializados e seguros, tem apresentado significativas repercussões no campo da prova; ampliou-se de tal modo o recurso a esses conhecimentos, na tarefa de reconstrução dos fatos no processo, a ponto de se afirmar, com alguma dose de razão, que a perícia teria conquistado o reinado antes atribuído à confissão”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 155.

²⁹¹ Em crítica ao indiscriminado uso total da perícia, Danilo Knijnik, baseado em Laurence Dumoulin destaca: “Essa “utilização total” da perícia, de outra parte, daria lugar a uma espécie de jogo de cartas marcadas, em que cada personagem do diálogo judiciário: (...)invoca tal ou qual passagem da perícia para sustentar sua argumentação e defender sua visão da solução como mais adequada. Esse jogo pode se revelar massivo, dado que a palavra do perito torna-se o suporte único do julgamento. Recurso exclusivo, o relatório do perito é homologado sem a sombra de uma crítica, sendo na verdade protegido dos ataques das partes. Trata-se de uma descrição nua, mas em boa medida correspondente à realidade. Tal reflexão conduz a outra indagação: “o resultado normal da cientificização da justiça não seria a máquina de julgar ou a substituição do juiz pelos experts da decisão?”. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 120-121.

²⁹² “Assim, o paradigma da certeza científica, que vigorou por séculos, entrou em crise, sendo assumido pela epistemologia contemporânea que a ciência também está privada da certeza”. BADARÓ, Gustavo H. Editorial dossiê “*Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos*”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr.2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>, p. 51.

²⁹³ “Il progresso della scienza non garantisce certo una ricerca della verità immune da errori e, d'altronde, i metodi di ricerca sono considerati corretti soltanto perche accetati dalla generalità degli studiosi in un dato momento storico, senza escludere che i metodi stessi possano apparire erronei in un momento successivo”.DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. In Rivista di diritto processuale, n. 27. Padova: CEDAM, 1972, p. 417.

²⁹⁴ “O fato que requer conhecimento técnico não interessa apenas ao juiz, mas fundamentalmente às partes, que têm o direito de discuti-lo de forma adequada, mediante, se for o caso, a indicação de assistentes técnicos. Em poucas palavras: a legitimidade do resultado da prova pericial requer que as partes tenham tido a devida possibilidade de participar em contraditório da sua formação”. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 770.

²⁹⁵ Ambos julgados serão analisados no próximo capítulo.

simples, mas igualmente vago e incapaz de abrir espaço para métodos experimentais sem consenso alcançado e em situações de profunda divergência científica²⁹⁶. A revisão da *Frye rules* somente ocorre com o caso *Daubert*, quando passaram a ser considerados os seguintes fatores de confiabilidade prova científica: (i) testabilidade; (ii) revisão científica e técnica e publicação da teoria e técnica; (iii) indicação do percentual de erro conhecido ou potencial; (iv) existência e respeito aos padrões de manutenção da teoria e da técnica e; (v) aceitação geral da comunidade científica relevante²⁹⁷.

Como pode ser vislumbrado, os fatores de *reliability* da prova científica trazidos no julgamento do caso *Daubert* não afastam a *Frye rule*, mas incorporam outros que exigiam maior atenção do juiz, impossibilitado de se reportar unicamente ao *ipse dixit* dos cientistas, mas investido da tarefa de avaliar a credibilidade dos expedientes científicos utilizados.

Com efeito, de acordo com o disposto anteriormente, não se exige do juiz conhecimentos técnicos ou científicos com a profundidade reservada apenas para os especialistas do tema, o que torna a função de *gatekeeper* da prova científica bastante complicada²⁹⁸, afinal analisar se a metodologia empregada é legítima para seu fim pode ultrapassar os limites cognitivos do julgador, impondo o papel de ser um “cientista amador”²⁹⁹.

²⁹⁶ KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-54.

²⁹⁷ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 259.

²⁹⁸ Em semelhante sentido: “Como é uma espécie de saber que se ignora, o magistrado não se sente confortável para investigar os métodos utilizados pelo perito nem se sente capacitado para indaga-lo sobre a forma com a qual chegou às suas conclusões. A barreira criada pela inserção da ciência e da técnica na perícia se torna intransponível ao juiz, dando origem a um mito de certeza e de credibilidade àquilo que é considerado científico. Mitifica-se o que não se conhece”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 118.

²⁹⁹ O termo foi empregado pelo Justice Rehnquist, conforme exposto na crítica de Susan Haack sobre os fatores *Daubert* acerca da confiabilidade questionável, do ponto de vista do cientista: “In dissent, however, pointing out that the word 'reliable' nowhere occurs in the text of Rule 702, Justice Rehnquist worried aloud that federal judges were being asked to be amateur scientists; anticipated difficulties over whether and if so how *Daubert* should apply to non-scientific expert testimony; and questioned the wisdom of his colleagues' foray into philosophy of science. Perhaps the *Daubert* court was drawn into its unfortunate philosophical excursus by that all-too-common honorific use of 'science' and 'scientific' as generic terms of epistemic praise-as, in television advertisements, actors in white coats urge us to get our clothes even cleaner with new, 'scientific' Wizzo. At any rate-quite apart from the confusion of Popper's and Hempel's very different philosophies of science, and quite apart from the inappropriateness of looking to Popper, who insists that scientific claims can never be shown to be true or even probable, and explicitly repudiates any concern with reliability, for an account of what makes evidence reliable-the

Realmente, a nomeação do perito ocorre quando a apreciação dos fatos demanda a interpretação de assuntos referentes à ramos do conhecimento científico além da compreensão do juiz. Entretanto, posteriormente, o mesmo juiz leigo deve apreciar o acerto ou equívoco do laudo pericial, assim como ainda é incumbido de saber se foi adotada a metodologia correta, eventuais teses científicas divergentes e se as conclusões do laudo podem ser rejeitadas, de forma fundamentada.

Referida situação configura o “paradoxo pericial”³⁰⁰, isto é, ainda que sem compreender completamente as informações trazidas por um especialista da área, o juiz desprovido de conhecimentos científicos precisa avaliar se as conclusões do laudo pericial são corretas, se formalmente obedeceram aos métodos mais aceitos pelos seus pares, com menor taxa de erro em testes anteriores, se as dissonâncias entre os especialistas podem afetar as conclusões e, por fim, se os resultados do laudo podem ou não ser rejeitados e os motivos. Trata-se, portanto, de uma “empreitada absurda”, como disposto por KLEIN:

*Expert testimony is an absurd enterprise. We require expert testimony in pharmaceutical product liability actions because the medical and scientific issues are well beyond the comprehension of laymen. Yet, we then ask those same laymen to choose between the competing sets of experts and resolve the very issues that are, by definition, beyond their comprehension*³⁰¹.

fundamental problem is that no criterion could identify the 'methodology' that discriminates the scientific, and hence reliable, from the unscientific and unreliable. For not all, and not only, scientists are good, reliable inquirers; and there is no 'scientific method' in the sense the Court assumed, i.e. no uniquely rational mode of inference or procedure of inquiry used by all scientists and only by scientists. Rather, as Einstein once put it, inquiry in the sciences is 'nothing but a refinement of our everyday thinking', superimposing on the inferences, desiderata, and constraints common to all serious empirical investigation a vast variety of constantly evolving, and often local, 'helps': instruments of observation, special mathematical or statistical techniques of reasoning, and so forth". HAACK, Susan. *Inquiry and Advocacy, Falibilim and Finality: Culture and inference in Science and the Law*, 2 *Law, Prob. & Risk* 205, 2003, p. 210.

³⁰⁰ “Risiede qui il paradosso insito nell'uso processuale della perizia e riferibili oggi, più in generale, alla prova scientifica: se il giudice ricorre all'ausilio dell'esperto proprio quando percepisce l'insufficienza "della sua cultura in un dato settore dello scibile umano, è assurdo pensare che improvvisamente, dopo l'espletamento della perizia, il suo intellecto si illumini di sapienza tale da consentirgli, addirittura, di polemizzare criticamente con la scienza del perito cui aveva affidato quella certa ricerca". E tuttavia, in un ordito processual che si affida al libero convincimento del giudice, `proprio ciò che può accadere: si richiede al giudice di valutare"liberamente" gli esiti della prova peritale, ipotizzando che l'organo giudicante possa compiere ex post una valutazione su nozioni scientifiche che ex ante non padroneggiava, tanto da indurlo a disporre la perizia”. LORUSSO, Sergio. *La prova scientifica. Prova penale e metodo scientifico*. Torino: Utet Giuridica, 2009, p. 40-41.

³⁰¹KLEIN, Marc. Expert testimony in pharmaceutical product liability actions, In 45 *Food Drug Cosm. L. J.* 393, 1990, p. 441-442. “O testemunho de um especialista é um empreendimento absurdo. Exigimos o

No cenário brasileiro, em um sistema em que o prevalece o brocardo *Iudex peritus peritorum*³⁰², a formação do livre convencimento judicial não fica adstrito ao conteúdo do laudo pericial, mas pode o juiz acolher posicionamento divergente ou rejeitar o laudo pericial, desde que de forma fundamentada³⁰³. Logo, a preservação do livre convencimento do juiz fica assegurado, mas exige que a apreciação da prova pericial seja motivada.

De toda forma, merece ser dito que o “paradoxo pericial” se mostra meramente aparente³⁰⁴, pois não se determina que o juiz possua o mesmo nível de entendimento que o perito sobre o tema ou que demonstre, cientificamente, os erros e acertos do laudo pericial, mas que apenas examine a validade da metodologia empregada e os resultados obtidos, ou seja, precisa, ao menos, saber quais condições são necessárias para que uma informação tenha validade científica³⁰⁵.

testemunho de um especialista em ações de responsabilidade de produtos farmacêuticos, porque as questões médicas e científicas estão muito além da compreensão dos leigos. Entretanto, pedimos a esses mesmos leigos que escolham entre os conjuntos de especialistas concorrentes e resolvam as mesmas questões que estão, por definição, além da sua compreensão [Livre Tradução]”.

³⁰² No Brasil, o Código de Processo Penal prevê no art. 182: “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceita-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. Por seu turno, o art. 479 do Código de Processo Civil estabelece: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

³⁰³ “O exame da prova pericial sempre colocará o juiz em uma encruzilhada: ao mesmo tempo em que não pode ser arbitrário em sua avaliação, discordando de resultados periciais sem a fundamentação adequada, o que levaria a uma realidade de autoritarismo, também não pode o juiz se submeter sem qualquer tipo de questionamento àquilo que atestado pela prova técnico-científica, sob pena de decidir o perito e não o magistrado. A saída, então, é fazer com que a decisão judicial passe pelo filtro criterioso da fundamentação e do diálogo processual cooperativo antes, durante e após ser produzida”. AVELINO, Murilo Teixeira. *O juiz e a prova pericial no novo CPC*. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, v. 242, abr. 2015, p. 85.

³⁰⁴ “O paradoxo é, porém, somente aparente. Aquilo que se exige do juiz não é que se refaça *ex novo* a consulta, com experimentos, análises, e tudo quanto possa ser necessário com o objetivo de verificar se o consultor desenvolveu bem ou mal o seu encargo: isso seria evidentemente absurdo, impossível e- de fato – paradoxal. Todavia, é necessário que o juiz esteja apto ao menos a avaliar a validade dos métodos dos quais o perito se serviu para desenvolver sua tarefa”. TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad.: João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 323).

³⁰⁵ “Essendosi generalizzato il principio per cui il giudice peritus peritorum deve apprezzare discrezionalmente anche i risultati della consulenza tecnica, il problema della prova scientifica è il problema di come possa il giudice, come uomo medio e rappresentante della collettività, valutare e controllare l'esito di una metodologia conoscitiva che per l'appunto non rientra nelle conoscenze dell'uomo medio. Il giudice deve però formare comunque il proprio convincimento sulle prove scientifiche valutandone l'attendibilità con gli strumenti culturali dell'uomo medio: ciò implica un controllo sulla coerenza e la correttezza dei procedimenti usati, sulla loro effettiva utilità al fini del processo, e sul fatto che essi appartengano al patrimonio scientifico comunemente accettato in un dato momento storico. (...) Nel valutare le prove scientifiche, in altri termini, il giudice ne verifica l'attendibilità e l'accettabilità dal punto di vista della coerenza e della rispondenza al patrimonio culturale generale, senza uscire cioè dal

Em outros termos, o juiz não precisa ser um cientista, mas lhe compete seguramente uma boa preparação epistemológica, possivelmente articulada em função das características das diversas áreas do saber científico que entram em jogo, se deseja estar apto a avaliar a confiabilidade científica das provas que lhe são submetidas. Em caso contrário, ele não será capaz de desenvolver um controle efetivo sobre a qualidade e a validade da perícia técnica, e o juiz sobre os fatos acabará por ser essencialmente determinado pelo perito, ou seja, pelo *peritus*, e não pelo *peritus peritorum*. Por conseguinte, a “ciência do juiz” pode (e, aliás, deve) ser limitada às noções de senso comum, no sentido de que ele não deve improvisar-se como psicólogo, economista, sociólogo ou perito em informática; ao revés, é oportuno que recorra o mais frequentemente possível a quem é apto a fornecer-lhe conhecimentos científicos confiáveis. É necessário, porém, que o juiz “conheça a ciência” para estar apto a valorar as provas científicas e delas se servir corretamente na decisão sobre os fatos.³⁰⁶

Ademais, o juiz, enquanto sujeito histórico de uma sociedade moderna, precisa ser detentor de conhecimentos mínimos de ciência e tecnologia³⁰⁷.

Além disso, o “paradoxo pericial” pode ser equacionado quando se distingue “capacidade científica” e “capacidade jurídica para exame de provas científicas”. Segundo julgado antigo do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, o juiz pode e deve examinar a prova científica, tendo conhecimento para realizar esta função. O que não se pode fazer é confundir capacidade científica com capacidade jurídica para exame de provas científicas, cuja tarefa é exclusiva do juiz. Assim, incumbirá ao juiz verificar a confiabilidade da prova pericial, devendo ter capacidade interpretativa de dita prova, ainda que não conheça sobre tudo. Basicamente, ao juiz não há necessidade de ter um

suo ruolo di uomo medio. Tuttavia, ciò richiede che il giudice, pur senza avere una formazione specializzata di tipo tecnico-scientifico, si ponga in grado di formulare valutazioni al livello più avanzato della "cultura scientifica media", senza limitarsi alle banalità e ai luoghi comuni che formano buona parte delle tradizionali massime d'esperienza. In sostanza, la cultura media del giudice deve evolversi ed aggiornarsi in connessione con l'evoluzione delle metodologie scientifiche, affinché il giudice sia in grado di apprezzarne l'attendibilità e l'accettabilità. Quando ciò non accade, si profilano i rischi gravissimi dell'impossibilità di utilizzare tecniche raffinate per l'accertamento dei fatti perchè queste rimangono incomprensibili al giudice poco colto, o di una totale e passiva subordinazione del convincimento del giudice al parere espresso dal consulente tecnico, perchè il primo non è in grado di valutare razionalmente l'operato del secondo”. TARUFFO, Michele. *Libero Convincimento del giudice*. I. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Treccani, v. XVIII, 1990, p. 4.

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad.: João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 324.

³⁰⁷ “In the twenty-first century - and the sooner the better - judges have no choice but to become amateur scientists. The job requires it. This is true well beyond the narrow region of admissibility rules for expert evidence and includes all contexts in which empirical research is relevant to legal decision making. Legal decision makers simply cannot properly use scientific knowledge if they do not understand the premises of research methods and statistics”. FAIGMAN, David L. *Judges as amateur scientists*, 86 *B. U. L. Rev.* 1207, 2006, p. 1209.

saber científico maior do que o perito, mas resta apenas compreender o procedimento seguido pelo perito³⁰⁸.

Em síntese, conforme destacado, o “paradoxo pericial” constitui uma complicação apenas se tomando em consideração que o juiz precisa ter conhecimentos técnicos e científicos, o que tornaria dispensável o perito, afinal seu saber especializado não seria necessário. Basicamente, para assegurar aplicação do brocardo *Iudex peritus peritorum* e manter o livre convencimento do julgador, basta ao perito trazer ao processo seus conhecimentos específicos estranhos ao juiz e às partes para a devida elucidação dos fatos, passando, posteriormente, pela análise judicial de validade dos métodos científicos empregados no laudo pericial e suas conclusões.

Conforme esperado, a flexibilidade das construções científicas e sua constante mutabilidade como inerente ao seu desenvolvimento repercute na produção da prova pericial e na análise do juiz na admissão ou valoração do laudo.

Entretanto, além do mito da objetividade científica que conduz à uma crença cega na Ciência³⁰⁹, cuja falibilidade foi exposta anteriormente, em parte, o *Iudex peritus peritorum* fundado nos fatores de *reliability* inicialmente propostos no caso *Daubert*, encontra sua razão de existir na necessária separação entre boa e má ciência (*junk Science*³¹⁰).

³⁰⁸ KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83. O julgado mencionado pelo autor é a Apelação Cível 186.666-7, do 2º TACivSP, 5ª Câmara, j. 30.04.1986. Rel. Juiz Teixeira Mendes.

³⁰⁹ “En este sentido, el convencimiento que aparentan mostrar tanto la comunidad jurídica como la sociedad en general sobre la infalibilidad de la ciencia, ya no forense, sino en general, es algo que a nuestro juicio podría ser definido como creencia ciega -ya sea respecto a los resultados arrojados por esta, o en relación con la misma como método de acceso al conocimiento-, y que resulta cuanto menos paradójico, habida cuenta de que, al menos a priori, creencia y conocimiento científico no parecen términos fáciles de congraciarse. Después de todo, nada resulta menos “científico” que asumir como válido un conocimiento sin un previo control de sus postulados ajustado a una metodología. Puede, no obstante, que el acto de fe que constituye la asunción de la ciencia como fuente de una verdad absoluta e incuestionable sea desde un punto de vista sociológico algo comprensible si se tiene en cuenta el rol social que esta cumple en la actualidad. En este sentido, LAÍN ENTRALGO señala cómo “todo saber científico, se halla necesariamente circundado por un halo de asombro venerativo en la mente del hombre que con plena autenticidad lo posee. De ahí la esencial, la constitutiva implicación entre el saber y el creer, porque la forma intelectual de la veneración no es y no puede ser otra que la “creencia” ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. *Ciencia y proceso: la prueba de ADN en el proceso penal español*. Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid. 2015, p. 21. Disponível em: <https://bit.ly/2QHvdLx>. Acesso em :26 de jun. 2018. p 26.

³¹⁰ “Peter Huber, a prominent critic of the federal rules of evidence, coined the phrase “junk science” to describe judicial acceptance of unreliable expert testimony. His book, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, sparked a heated debate about the nature and extent of the abuse of science in litigation. Huber's most sensational example o/f junk science involved a “soothsayer” who “with the backing of

Enquanto *gatekeeper* da prova científica e com fito de preservar a boa arrecadação das provas para escoreita elucidação dos fatos, o juiz passa a admitir só as provas periciais efetivamente caracterizáveis como derivadas de “conhecimentos científicos”, afastando aquelas tidas como “*junk Science*”³¹¹, isto é, destoadas de apoio geral da comunidade científica ou que não passaram pelos demais filtros propostos no precedente mencionado³¹².

Com efeito, diante do alto poder persuasivo da prova científica e suas complexidades inerentes que dificultam o controle da validade das conclusões das provas periciais por juízos leigos, a admissão de *junk Science* contribui para a má prestação jurisdicional³¹³, observado o risco de levar à erro o julgador³¹⁴.

expert testimony from a doctor and several police department officials" won a million dollar jury award due to the loss of her "psychic powers following a CAT scan." GIANNELLI, Paul C. *Junk Science: the criminal cases*, 84 J. Crim. L. & Criminology 105, 1993, p. 108.

³¹¹ “Quanto à admissibilidade dos conhecimentos científicos no processo civil, o problema é aquele – particularmente pouco observado na Itália – da distinção entre ciência “boa” e ciência que – parafraseando a definição de um conhecido autor estadunidense – pode-se definir como “lixo”. O tradicional lugar-comum segundo o qual qualquer coisa que tenha alguma origem científica é útil e válida, sendo, portanto, acolhida como elemento de prova no processo, já está em crise há algum tempo, e por várias razões. Por um lado, existem âmbitos de investigação – como, por exemplo, a grafologia – que se apresentam como ciência, ou, ainda, como áreas de conhecimento técnico, não podendo, entretanto, aspirar o status de ciência. (...). Por outro lado, também no âmbito das áreas de conhecimento que justamente se consideram científicas, em termos gerais, podem existir formas de *junk science* ou de uso impróprio, manipulado ou injustificado dos conhecimentos científicos”. TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad.: João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 306.

³¹² “Consoante fórmula conhecida, o acórdão Daubert estabeleceu que o juiz é o guardião (*gatekeeper*) da prova pericial. O juiz somente deveria admitir informações periciais que realmente fossem caracterizáveis como “conhecimento científico”, afastando a *junk Science* ou especulações baseadas em pseudociências ou mesmo senso comum travestido de ciência, à mercê do seu alto poder persuasivo no julgador. O juiz, enfim, deveria determinar quando um conhecimento poderia ser considerado científico, a ponto de viabilizar que sobre ele se pudesse apoiar um julgamento”. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

³¹³ “The final criticism of the role of science in legal discourse is the most serious. Junk science may be used to mislead legal decision makers by using the discourse and trappings of science to help validate and lend credibility to false statements. Although the major proponent of this view, Peter Huber, has been largely discredited, the popularity and wide discussion of his views indicate that many people find it plausible that science could be used to mislead the courts. Incorrect uses of science may undermine the legitimacy of legal decisions, nor can science be used legitimately in the courtroom if judges and juries are incapable of assessing scientific evidence. Fact-finders may give too much weight to this type of evidence and accept invalid opinions. Alternatively, they may wrongly exclude new developments of science, ignore science entirely, or make decisions entirely on the basis of the appearance and manner of the witness, or his or her lawyer”. LIMPET, Brad. *Beyond the rule in Mohan: a new model for assessing the reliability of scientific evidence*. U. Toronto Fac. L. rev., v. 54, 1996, p. 69.

³¹⁴ “But the work on which scientific testimony is based may be anywhere from brilliant through competent to barely adequate, banal, poorly conducted, biased, or even outright fabricated; scientific claims may fall anywhere on a continuum from strongly warranted through weakly warranted to wholly unwarranted by the evidence; and expert scientific testimony may be informed by strong science or by weak, and may be complete and candid about possible sources of uncertainty or selectively chosen to support one side of a case and presented with undue dogmatism. So it's no wonder, either, that modern legal systems recognize the need to ensure that, so far as possible, fact-finders aren't misled by badly

Desta forma, ainda que não se possa impedir totalmente a entrada e valoração de provas periciais fundadas em “má ciência”, o juiz como *gatekeeper* e o exercício do contraditório pelas partes acerca do laudo pericial ou do parecer técnico podem embaraçar a admissão de provas pseudocientíficas.

Para LEONE, a perícia é destinada ao juiz³¹⁵. De outra banda, em concepção diversa, CARNELUTTI observa que a prova pericial não deve operar somente para a assistência do julgador, mas também do acusador e da defesa, salientando que estes também são juristas, não havendo razão para que não possam servir dos dados fornecidos pelo perito³¹⁶.

Na verdade, ao ser realizada a prova pericial, o juiz reconhece sua incapacidade técnica para a análise do respectivo fato, além de admitir que a análise depende de conhecimentos técnicos específicos, devendo ser requerida a um profissional provido de tal saber e acerca do qual as afirmações podem instaurar o debate entre as partes. Tanto é assim que ao julgador não é dado opinar sobre o método e as regras que o perito encontra fundamento, quando tais questões digam respeito a critérios técnicos, exercendo apenas um poder de direção de ordem processual³¹⁷.

Portanto, a prova pericial é introduzida no processo para que o juiz possa chegar a conhecer os fatos levando em consideração as denominações máximas de experiência, ou seja, conhecimentos próprios da área específica objeto da perícia³¹⁸.

Saliente-se que quando a prova é determinada de ofício pelo julgador ou quando requerida pela parte, na fase processual, a participação das partes deve ser plenamente garantida, inclusive por meio da possibilidade de apresentação de quesitos. Mas, o problema ocorre quando a prova pericial é elaborada na fase de investigação preliminar, sendo que em tais hipóteses têm-se admitido sua realização como prova quando houver urgência, postergando o contraditório para momento posterior, com o direito de contestar pelas partes, elaborando os denominados quesitos complementares.

conducted, highly speculative, or dishonestly presented scientific testimony”. HAACK, Susan. *A match made on Earth: getting real about Science and the law*, 36 Dalhousie L. J. 39, 2013, p. 40.

³¹⁵ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 211.

³¹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. v. I, p. 267-268.

³¹⁷ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 211-212.

³¹⁸ MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999, p. 660.

Contudo, não há necessidade de produção de prova pericial sem contraditório na fase policial quando não houver urgência, hipótese que justificaria eventual pedido de renovação do ato pericial, posteriormente em juízo³¹⁹.

Acerca do assistente técnico, observa-se que não é um perito, mas assemelha-se ao defensor, inclusive não prestando juramento³²⁰. Por consequência, assim como o julgador não pode simplesmente desconsiderar as alegações do defensor, igualmente é inviável que desconsidere, sem valoração crítica, as considerações apresentadas pelo assistente técnico, estando obrigado a motivar o (des)acolhimento das alegações do referido profissional³²¹. A concepção marcadamente inquisitiva de que a questão técnica analisada pelo perito é fundamentalmente definitiva, negando valor probatório aos pareceres dos assistentes técnicos, já restou superada pela doutrina³²².

Relevante salientar que no processo penal brasileiro não há direito a que as partes produzam prova pericial por intermédio de assistentes técnicos, não impedindo, todavia, que a parte possa recorrer aos peritos particulares para análise da perícia oficial e emissão do denominado parecer técnico. Quando houver a prolação de parecer técnico e o parecer vier a instruir as alegações da parte, o juiz deve analisa-lo e confrontá-lo com a perícia oficial³²³.

Acerca das espécies de perícia, no campo processual penal, uma das mais relevantes é o denominado exame de corpo de delito, que deve ser visto como o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso, na medida em que o exame incide sobre tais elementos e através dele busca-se a prova da existência do delito, sendo inclusive quando o crime deixar vestígios³²⁴.

Não se pode, portanto, confundir o exame de corpo de delitos com as demais espécies de prova pericial. O referido exame é a perícia realizada sobre os elementos

³¹⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89-90.

³²⁰ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 214-215.

³²¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Trad.: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. II, p. 217.

³²² TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad.: Alexandra Martins Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 185.

³²³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

³²⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

que constituem a própria materialidade do delito, afetando a própria existência do crime, o que a torna, sem dúvida na mais importante das perícias³²⁵.

Ao final, cumpre advertir que o conhecimento dos peritos depende efetivamente de normas historicamente variáveis³²⁶. Nesse aspecto, vale mencionar WEBER quando ao abordar questões relacionadas à ciência aponta que em tal esfera não apenas o destino, mas também o próprio objetivo da ciência é ser um dia ultrapassada, pois não é possível concluir um trabalho científico sem esperar que outros avancem mais. E esse progresso se prolonga ao infinito³²⁷.

Diante disso, conclui-se, embasado no pensamento de Einstein, que todo o saber é datado, pois a teoria já nasce para ser superada, o que aponta para o fato que a própria perícia produz um saber científico relativo e com prazo de validade, não havendo a denominada “*rainha das provas*” no processo penal³²⁸.

1.6 Da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

No campo do direito probatório, o tema das provas ilícitas assume especial importância, sobretudo por limitar a atuação do Estado na execução da atividade persecutória penal, exibindo a opção por um sistema que almeja a proteção de direitos fundamentais, bem como assegurar o devido processo legal.

Em sua função demonstrativa, a prova tem a pretensão de mostrar a verdade sobre determinada hipótese fática, isto é, de levar um dado objetivo ao processo para a reconstrução dos acontecimentos mais aproximada possível. Assim, assumindo a tradição racionalista clássica de Jeremy Bentham, qualquer regra de exclusão de conhecimentos pertinentes e relevantes deveria ser afastada por ser uma negativa de prestação da justiça³²⁹. Com efeito, a liberdade probatória (*free proof*) proposta pelo

³²⁵ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 617.

³²⁶ CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. v. II, p. 5.

³²⁷ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 13ª ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 29.

³²⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 612.

³²⁹ “The exclusion of all evidence would be a denial of all justice”. BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence, extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham, ESQ. by M. Dumont*. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row. 1825, p. 227. Em tom igualmente reprovador: “Lo que debemos notar, por ahora, es que cada regla que conduce a la exclusión de pruebas relevantes es sospechosa desde el punto de vista epistémico”. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal - Un*

jurista inglês contra as regras de exclusão (*exclusionary rules*) de seu tempo³³⁰ poderia ser interpretada como antagônica com limitações que tornam mais dificultoso o atingimento da “verdade” epistemologicamente possível³³¹.

Entretanto, como o júri leigo assume especial importância nos sistemas jurídicos da família do *Common Law*, uma vez que realiza a valoração das provas apresentadas em sessão de julgamento e profere seu veredito sem o dever de motivar, as regras de admissibilidade e exclusão das provas aparentam adquirir maior destaque do que nos sistemas jurídicos do *Civil Law*, pois mostra-se necessário evitar a formação de um conjunto de provas que possa confundir os jurados³³². Neste sentido, por exemplo,

ensayo sobre epistemología jurídica. Trad.: Carmen Vázquez y EdgarAguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 46).

³³⁰ “In the early nineteenth century Bentham launched a comprehensive, sustained and vicious attack on all formal rules of evidence and procedure. His main target was binding rules that excluded classes of evidence, such as the hearsay rule, or classes of sources of evidence, such as types of documents or the rules of competency, which in his day disqualified as potential witnesses, among others, parties, the accused, non-Anglicans, and anyone with na interest in the case at hand”. TWINING, William. *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, 31 Isr. L. Rev. 439. 1997, p. 449.

³³¹ Vale trazer passagem sobre limitações probatórias em clássica obra de Carnelutti: “Me contentaré aquí con insistir en la idea de que basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez, para que el proceso de búsqueda de la realidad degeneren en proceso formal de fijación; em otros términos: la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es como el agua: o es pura, o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada de tal modo que ésta no pueda ser conocida en todo caso y con cualquier medio, el resultado, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos. En efecto, siempre es posible que en determinado caso el límite actúe en el sentido de impedir el conocimiento de la verdad material y de sustituir ésta con una verdad jurídica o judicial; ahora bien: esta eventualidad es suficiente para que no se pueda asignar el conocimiento de la realidad de los hechos como resultado del proceso de fijación. No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta que se la encuentra, o lo que se busca no es la verdad”. In: CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Trad.: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1982, p. 25.

³³² No *Common Law*, a noção de que os jurados leigos não utilizariam formas de convencimento adequada ou seriam facilmente manipulados pelos meios de prova produzidos em julgamento é bastante presente, o que reforça o papel de destaque das *exclusionary rules*, como destaca Damaska: “The best place from which to start rethinking the jury rationale of Anglo-American evidentiary procedures is to acknowledge the strains between lay adjudication and the subjection of fact-finding activities to technical legal regulation. Left to themselves, amateur judges are likely to follow a method of fact-finding with which they are familiar – a method, that is, in which the treatment of evidentiary material deviates as little as possible from conventions and strategies used in ordinary life and personal affairs. Even the briefest glance at systems of pure lay adjudication confirms this intuition”. (p. 27). “it is therefore no wonder that the oldest and most widely accepted justification for distinctive Anglo-American evidence rules is the need to compensate for the alleged intellectual and emotional frailties of amateurs cast in the role of occasional judges. The law must provide correctives, we are told, for the proclivity of lay persons to misvalue certain types of information or to reason from the inappropriately. Although this argument is primarily urged as a justification for exclusionary rules, it also applies to evidentiary instructions and a variety of other fact-finding practices” (p. 28). Em outra passagem, o autor destaca ainda a importância das exclusionary rules como um filtro regulador: “In setting out to examine yet another jury-related rationale for common law evidence, it is useful to begin by noticing a paradoxical blend of the articulate and inarticulate, the transparent and the opaque Anglo-American jury trials. Prior to its presentation to the jury, evidence is meticulously scrutinized for its presentation to the jury, evidence is meticulously scrutinized for its probative potencial and carefully filtered through the screen of exclusionary rules”.

as *hearsay rules*³³³, que constituem uma das principais marcas das *exclusionary rules* do *Common Law*³³⁴, possuem a finalidade de restringir a produção de testemunhos indiretos que dificultem o exercício do *cross-examination*, tendo um claro objetivo epistemológico, pois o melhor modo de descobrir se uma testemunha está mentindo será por meio do exame cruzado³³⁵.

No entanto, como enfatizado por DAMASKA, a construção de filtros de admissibilidade da prova pelo sistema do *Common Law* não significa propriamente que a seletiva para admissão de provas no sistema continental (*Civil Law*) seja inexistente, isto é, que bastaria ser relevante para ser admitida³³⁶. Na realidade, como reforçado pelo comparativista, os sistemas jurídicos continentais conferem institutos com propósitos semelhantes ao encontrado no *Common Law*, sendo que um exame comparado não deve ficar adstrito aos rótulos como *hearsay rules*³³⁷, mas precisa considerar igualmente

DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*, New Haven-London: Yale University Press. 1997, p. 27, 28 e 41.

³³³ Para efeitos do exemplo mencionado, utilizaremos o conceito de *hearsay rules* de John Wigmore: “Under the name of the Hearsay Rule will here be understood that rule which prohibits the use of a person’s assertion, as equivalent to testimony to the fact asserted, unless the assertor is brought to testify in court on the stand, where he may be probed and cross-examined as to the grounds of his assertion and of his qualifications to make it”. WIGMORE, John. *The history of the hearsay rule*, In: Harvard Law Review, Cambridge, n. 07, pp. 437-458, 1904, p. 437.

³³⁴ “We should hence not be surprised to find that exclusionary rules are widely considered a hallmark of Anglo-American evidence”. DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*, New Haven-London: Yale University Press. 1997, p. 12. Nas palavras de Wigmore sobre a *hearsay rule*: “Such, in brief, seems to have been the course of development of that most characteristic rule of the Anglo-American law of evidence,- a rule which may be esteemed, next to jury-trial, the greatest contribution of that eminently practical legal system to the world's jurisprudence of procedure” WIGMORE, John. *The history of the hearsay rule*, In: Harvard Law Review, Cambridge, n. 07, pp. 437-458, 1904, p. 458.

³³⁵ “A razão de estarem os testemunhos baseados em boatos excluídos das provas admissíveis no processo residem no fato de que qualquer afirmação feita em juízo deve ser passível de um questionamento pelo advogado da parte adversa, ou seja, a obrigatoriedade da *cross-examination*; ora, no caso do por ouvir dizer, o que se traz aos autos é a afirmativa de um terceiro, cuja credibilidade e veracidade não podem ser aferidos por um questionamento da parte contrária, nem pelo juiz nem pelo júri. Ademais, qualquer fato probatório, em particular perante o júri, deve ser produzido em audiência, e não é possível produzir uma afirmação que se ouviu de outrem, a não ser pelo autor dessa afirmação, em pessoa”. SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: Introdução ao direito dos EUA*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146-147.

³³⁶ “In both the civil law and the common law systems the judge must first decide what evidence will be examined at trial. It is here that we encounter one of the most often repeated generalizations in comparative discussion of the law of evidence. It is said that while common law systems are mainly concerned with the issue of admissibility, civil law systems admit all evidence that is logically relevant. It is tempting to hypothesize from this that on the common law side in four comparison the prosecutor experiences greater difficulties than his continental counterpart in transforming his informational sources into admissible evidence. As usual, closer examination tends to lead to qualifications and refinements. Do they destroy the generalization?” DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, In: University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, n. 121, pp. 506-589, 1972-1973, p. 513.

³³⁷ “No matter how important the difference between the two systems due to the absence in civil law of these exclusionary rules, the distance may easily be overstated and even misunderstood. Various devices leading to the exclusion of relevant evidence were developed on the Continent so that not all evidence

mecanismos como a oralidade e a imediação para admissibilidade da prova, afinal manifesta uma preferência pelo contato direto do juiz com a fonte de prova, em detrimento de fontes remotas, como os elementos informativos obtidos em fase de investigação preliminar³³⁸.

Além das limitações de admissibilidade da prova para construção de um conjunto formado apenas por fontes de prova relevantes para a elucidação mais aproximada do caso penal, existem limitações que buscam resguardar valores e interesses dignos de proteção, como intimidade ou dignidade da pessoa humana³³⁹.

Desta forma, conforme a divisão proposta por DAMASKA, as regras de exclusão podem ser destinadas para dois fins distintos: para rejeitar a introdução de determinadas informações irrelevantes, impertinentes ou que possam conduzir para julgamentos equivocados, não sendo lógica ou epistemologicamente aceitáveis (*intrinsic exclusionary rules*)³⁴⁰, ou; para evitar ingresso de provas que foram obtidas com violação de direitos fundamentais, tendo um fundo político extraprocessual (*extrinsic exclusionary rules*)³⁴¹³⁴².

that is to a continental lawyer relevant is ipso facto admissible. The comparatist must detect these devices disguised by different labels and ascertain exclusionary side-effects of procedural rules designed by continentals to achieve other purposes". DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, In: University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, n. 121, pp. 506-589, 1972-1973, p. 516.

³³⁸ "Another continental device exerting an exclusionary effect is the so called "principle of immediacy."(...) The realization that "original" evidence is more probative than evidence filtered through intermediary sources led to the adoption in modern continental procedures of the principle that evidentiary sources be examined by the decisionmaker in their original rather than derivative form". (DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, In: University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, n. 121, pp. 506-589, 1972-1973, p. 517).

³³⁹ "Considerando que o processo se encontra orientado para a busca da verdade, maiores serão as chances de êxito quanto mais completo for o material probatório à sua disposição, de modo que as limitações probatórias devem incidir apenas quando estritamente necessário para a salvaguarda de outros valores igualmente relevantes. Sendo claro que a verdade não é o único valor do processo – e que, portanto, não deve ser obtida às custas do prejuízo de demais direitos -, a proibição das provas ilícitas, a proteção ao sigilo profissional, a proteção da privacidade e o direito à não autoincriminação, entre outros, são limites que poderão obstaculizar seu alcance". NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. In: FREIRE, Alexandre, PEIXOTO, Ravi e, MACÊDO, Lucas Buriel de (org). DIDIER Jr., Fredie (coord). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 55-82, p. 55.

³⁴⁰ "Intrinsic exclusionary rules. Rules typical of common law can be found only among those that reject probative information, on the belief that its elimination will enhance the accuracy of fact-finding. Consider threshold demands on the probative force of evidence". DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*, New Haven-London: Yale University Press. 1997, p. 14.

³⁴¹ Segundo Damaska: "Extrinsic exclusionary rules. Rules rejecting probative information for the sake of values unrelated to the pursuit of truth are clearly not limited to the world of Anglo-American justice. A piquant example is testimonial privileges: not only are they widespread on the Continent, but they often

Portanto, embora o direito à prova deve ser assegurado e a ideia de liberdade probatória próxima do entendimento de Jeremy Bentham se mostre apropriada³⁴³, igualmente, as limitações probatórias constituem elemento essencial para equilíbrio do jogo processual³⁴⁴.

Para efeitos do presente trabalho e para apresentação das limitações probatórias, como fizemos uma breve exposição dos limites epistemológicos, passaremos a nos ocupar das exclusões das provas consideradas como impertinentes ou irrelevantes, ou seja, dos limites lógicos e, em um próximo momento, das provas ilícitas.

Conforme dito anteriormente, a relevância será preponderante para determinação de admissibilidade da prova, partindo de um princípio epistêmico bastante

assume broader forms – much more encompassing than in the law of any common law country”. Em seguida, na mesma categoria, o autor destaca ainda o tratamento dado para as provas obtidas por meios ilícitos: “Rules prohibiting the use of illegally obtained evidence are also not limited to common law countries. The very idea of refusing to employ such evidence first appeared on the Continent and was widely accepted – strange to report-in the inquisitorial criminal process of the ancien régime. Until quite recently, however, the prevailing rationale for this prohibition was that information tainted by the improper manner of acquisition compromises the information’s reliability”. DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*, New Haven-London: Yale University Press. 1997, p. 13-14. A terminologia extrinsic rules de Damaska parece ter influência de Wigmore, quando este trata de tais regras: “(...)the presente group, - those rules which rest on the desire to consider the requirements of Extrinsic policy. They forbid the admission of various sorts of evidence because some consideration extrinsic to the investigation of truth is regarded as more important and overpowering”. WIGMORE, John Henry. *Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law: Including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*. Evidence in trials at common law. 1905, p. 2174.

³⁴² Por sua vez, Antonio Magalhães Gomes Filho sugere um terceiro fundamento, que combinaria ambos interesses: o respeito às garantias processuais. Segundo seu entendimento, “existe atualmente um verdadeiro consenso em torno da importância de preservar certos valores de civilidade nas atividades de aplicação jurisdicional do direito, tanto assim que as constituições atuais de vários países têm incluído em seus textos, dentre os direitos fundamentais do indivíduo, as diversas garantias do processo justo (“*due process of law*”), que obviamente devem estar presentes na atividade probatória. E mais: o efetivo respeito a essas garantias também assegura a qualidade das informações admitidas no julgamento”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Métodos proibidos e prova obtida ilicitamente: relatório geral*. Apresentado no XIV Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual em Heidelberg (Alemanha) – 25-30 de julho de 2011, p. 6.

³⁴³ Apesar de não declarar expressamente, Jordi Ferrer Beltrán aparenta adotar a teoria de Bentham acerca da inclusão probatória: “*Una decisión sobre los hechos será válida si está fundada en los elementos de juicio disponibles. Será, en cambio, verdadera si se corresponde con los hechos del mundo. Pues bien, el aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio (o de la información, en palabras de STEIN) aumenta la probabilidad de que la decisión válida sea también verdadera. Y ello es fundamento suficiente para justificar el principio de inclusión*”. FERRER BELTRAN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, Carmen (org). *Estándares de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 32.

³⁴⁴ De acordo com a ponderação de Antonio Magalhães Gomes Filho: “Nessa linha, como já afirmamos antes, num processo de partes, as restrições do direito à prova de uma delas assegura, em última análise, o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada; dito de outro modo: ao direito à prova corresponde, como verso da mesma medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

óbvio de que todas as informações úteis para apuração de um enunciado se revelam importantes e devem ingressar no processo, na esteira da máxima “*frustra probatur quod probatum non relevant*”³⁴⁵. Assim, para que a atividade probatória esteja concentrada apenas na produção de provas úteis para apuração dos fatos, a eliminação preliminar de provas desnecessárias corresponde a função do princípio da relevância³⁴⁶, conforme previsto na *Rule 402* das *Federal Rules of Evidence* estadunidense³⁴⁷.

Seguindo a linha de TARUFFO, a utilidade da prova para percepção de sua relevância e consequente inclusão não deriva de um sentido meramente econômico, pois as provas serão admitidas apenas quando epistemicamente puderem trazer informações que sejam relacionadas com os fatos do processo e que possam contribuir para a escorreita apuração dos eventos tratados³⁴⁸.

Entretanto, o jurista italiano faz uma ressalva sobre a inadmissibilidade das provas supérfluas, uma vez que sua inadmissibilidade estaria fundamentada na exclusão de uma prova considerada relevante, mas por ser desnecessária diante da comprovação de determinadas alegações por conta de outras provas já produzidas. Neste cenário, a inadmissibilidade de provas redundantes e que somente podem trazer elementos já

³⁴⁵ “No contexto do processo as regras epistêmicas, há pouco lembradas encontram um claro equivalente no princípio da relevância, segundo o qual todas as provas potencialmente úteis para a apuração da verdade dos fatos deveriam ser admitidas em juízo. A propósito, observe-se que a relevância de uma prova não é questão de grau: uma prova é relevante ou não é. Tradicionalmente atribui-se a esse princípio uma função de economia processual (*frustra probatur quod probatum non relevant*), já que sua aplicação evitaria o desenvolvimento de atividades processuais inúteis”. TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad.: RAMOS, Vítor de Paula. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 167. No mesmo sentido: “*l’ammissione d’una prova irrilevante è atto non tanto invalido quanto inutile, in base alla legge economica del frustra probatur*”. CORDERO, Franco. *Note sul procedimento probatorio*, in *Tre studi della prova penale*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 54.

³⁴⁶ “se una prova è irrilevante, infatti, non ha senso chiedersi se essa sia o no giuridicamente ammissibile, poiché la sua acquisizione sarebbe comunque inutile: di conseguenza il criterio di ammissibilità opera soltanto nel senso di escludere dal processo prove che sarebbero rilevanti per l’accertamento dei fatti”. TARUFFO, Michelle. *La prova dei fatti giuridici – nozioni generali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 337-338.

³⁴⁷ Rule 402. General admissibility of relevant evidence. Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: The United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible. Disponível em: <https://bit.ly/2QEhy7V>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁴⁸ “Naturalmente o conceito de utilidade não é aqui compreendido em sentido meramente econômico: uma informação é epistemicamente útil se parece idônea a fornecer elementos de conhecimento que digam respeito, direta ou indiretamente, aos fatos da causa, e não se traz vantagens proporcionais aos custos para sua descoberta e obtenção. É com base em considerações desse gênero que o princípio da relevância faz-se presente, como critério fundamental de seleção de todas as provas admissíveis, em todos os ordenamentos jurídicos processuais; é precisamente formulado na *Rule 401* das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses, que prevê que é relevante a prova que tem <<any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable that it would be without evidence>>”. TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad.: Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 168.

presentes nos autos por outros meios de prova seria justificada por economia processual³⁴⁹.

Por sua vez, BADARÓ discorda de que uma prova supérflua seja igual uma prova irrelevante, apesar de ambas serem inúteis. Em seu entendimento, a inadmissibilidade da prova supérflua é subsidiário e acontece após um juízo positivo de pertinência e relevância sobre a prova dita supérflua, isto é, será considerada supérflua apenas quando constatada sua relevância, afinal o resultado cognoscitivo abrigado por ela foi introduzido antes por outra prova, de modo que não se mostra mais necessária. Logo, como a prova irrelevante é aquela que não aborda questões relacionadas com o objeto do processo, a prova supérflua se distingue por ter relação com os fatos discutidos nos autos³⁵⁰.

³⁴⁹ “Ainda sob o prisma epistêmico, pode-se pensar somente em uma atenuação <<econômica>> racional ao princípio de relevância compreendido em seu significado inclusivo. Pode-se excluir, assim, a produção de uma prova que isoladamente considerada é relevante, quando restar evidente que essa resultará supérflua porque redundante, ou seja, quando produzida não fizer outra coisa senão produzir ulteriores elementos de confirmação de conclusões já alcançadas e adequadamente justificadas por outras provas. A prova supérflua é inútil porque não acrescenta novidade alguma àquilo que já se conhece; portanto, as atividades necessárias para sua produção não são oportunas”. TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad.:Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 168. Nesta esteira, o inciso I do art. 443 do Código de Processo Civil prevê que o juiz indeferirá inquirição de testemunhas sobre fatos já provados por documento ou confissão da parte. Igualmente, a *Rule 403* das *Federal Rules of Evidence* afasta a admissibilidade de provas que apresentam “*cumulative evidence*”, assim como o art. 209 do *Codice de procedura civile* italiano: “Il giudice istruttore dichiara chiusa l’assunzione quando sono eseguiti i mezzi ammessi o quando, dichiarata la decadenza di cui all’articolo precedente, non vi sono altri mezzi da assumere, oppure quando egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione”.

³⁵⁰ “Há quem inclua entre os limites lógicos a não produção de prova supérflua, ante sua evidente inutilidade. Não é possível concordar com tal posicionamento. A prova supérflua, assim como a prova irrelevante, é uma prova inútil. Mas, a razão da sua vedação não é lógica. A não produção de prova manifestadamente supérflua tem por finalidade tutelar o princípio de economia processual, na medida em que tais provas levariam a um resultado cognoscitivo já produzido, ou que poderia ser obtido por meio diverso. Nesse caso, a elaboração da prova teria custos consideráveis e não serviria para nada além de produzir uma prova cujo conteúdo já foi amplamente constatado por outros meios de prova já produzidos. Não se trata de um critério originário de inadmissão da prova, mas de fator que operará já no curso da instrução, depois de haver atividade probatória já realizada. Por outro lado, a inadmissibilidade da prova supérflua é um critério subsidiário, que só deve ser considerado, depois de um juízo positivo de pertinência e relevância sobre o próprio meio de prova que se reputa supérfluo. Ou seja, a superfluidade pode levar à exclusão de um meio de prova, ainda que seja pertinente. Por ex., no caso de uma briga em um palco de uma casa de espetáculo, não teria sentido ouvir as centenas de pessoas presentes, para que depusessem sobre quem foi o autor da agressão. Em suma, a prova supérflua não se confunde com a prova irrelevante *lato sensu*, embora ambas sejam provas inúteis. A prova supérflua é aquela que tem o mesmo objeto de outra prova já produzida no processo. A prova irrelevante é a que tem por objeto fatos que não integram o fato jurídico ou fato principal que constitui a *regiudicanda*. No primeiro caso há relação de objeto da prova com objeto da prova, no segundo, de objeto da prova com objeto do processo”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, in José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord), *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260, p. 224-225.

Quando analisa a *Rule 403* das *Federal Rules of Evidence*, TARUFFO tece críticas quanto aos demais critérios de exclusão de provas sob viés econômico, como nos casos de “*by consideration of undue delay*” e “*waste of time*”, pois a previsão atribui poderes largamente discricionários aos juiz, dependendo exclusivamente da prudência do mesmo para que não sejam excluídas provas importantes para apuração dos fatos somente visando a eficiência do processo³⁵¹. Entretanto, para ZUCKERMAN, uma das limitações da *free proof* e que deve ser sopesada pelo juízo para admissibilidade da prova é o custo e o gasto de tempo com sua produção³⁵².

Com efeito, em sinal de aproximação do entendimento estadunidense, tanto o §1º do art. 400 do Código de Processo Penal dispõe que o juiz poderá indeferir provas protelatórias, como o parágrafo único do art. 370 do Código de Processo Civil. No entanto, em sinal de demonstração da falta de apreço pela terminologia adequada, as provas protelatórias se enquadrariam, na realidade, na categoria das irrelevantes, pois não se prestam para reconstrução aproximada dos fatos, mas somente procrastinar indevidamente a instrução. Em suma, adota-se também o critério econômico para a exclusão.

No tocante aos critérios de relevância e pertinência, BADARÓ analisa que não existe uma consonância doutrinária nacional ou internacional sobre a conceituação de cada uma das categorias³⁵³. Sintetizando diversos entendimentos, BADARÓ destaca

³⁵¹ “O caso mais interessante é representado justamente pela *Rule 403* há pouco mencionada, na parte em que essa admite que o juiz exclua uma prova relevante não somente quando essa parecer *cumulative*, mas também *by consideration of undue delay* e *waste of time*. Em substância, atribui-se ao juiz um poder largamente discricionário, não ancorado nem mesmo em uma valoração comparativa entre os inconvenientes que a produção de uma prova comportaria e as vantagens que essa geraria em termos de apuração da verdade (de excluir provas relevantes por razões que dizem respeito unicamente à eficiência do processo).” TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 169.

³⁵² “One of the most obvious constraints is that of resources.(...) The constraints of cost and time have several consequences in the context of judicial proceedings. Litigants cannot be allowed to take disproportionate amounts of the court’s time, because this will deny the same facility to othes. The rich litigant must not be allowed to waste time and augment cost so as to exhaust the poorer litigant or the coffers of the state. Lastly, the purpose of adjudication is not only to ascertain the facts but also to resolve the charge as promptly as possible so as to put to rest public concern about criminal activity. Promptness is necessary if wrongs are to be effectively remedied, if social tensions are to be relieved, and if crime is to be effectively combated.(...) It follows that in determining whether a certain piece of evidence should be admitted into the trial the judge has, first, to consider whether the evidence bears a logical relationship to the issue and, if it does, whether it makes a sufficient contribution to what is already known to justify the loss of time and the trouble that its reception might cause”. ZUCKERMAN, A.A.S. *The principles of criminal evidence*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 48-50.

³⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, in José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord), *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260.

que há três linhas de pensamento. Alguns consideram que existe uma relação de identidade entre pertinência e relevância, o que leva à uma inútil duplicação conceitual³⁵⁴.

Por sua vez, outros partilham da posição de que existe uma relação de continente e conteúdo entre pertinência e relevância, ou seja, o fato pertinente seria aquele relacionado com o fato jurídico ou fato secundário e o relevante seria o fato pertinente com influência para a decisão. Entretanto, quando levado em conta que são critérios de inadmissibilidade da prova, se todo fato pertinente também for relevante, mas nem todo fato pertinente for relevante, bastaria determinar o que seria irrelevância, tornando a impertinência sem necessidade de definição³⁵⁵.

Uma terceira corrente parte da ideia de que a pertinência como a relação entre o fato principal e o fato que se pretende demonstrar com o meio de prova, enquanto a relevância seria a idoneidade concreta da prova já produzida em demonstrar o fato principal³⁵⁶. Segundo BADARÓ, a noção de idoneidade concreta pode acarretar em abertura demasiada para subjetivismo do juiz, afinal a idoneidade concreta não é um limite lógico. Ademais, ainda que determinada afirmação seja verdadeira, pode ser irrelevante para determinado ponto da discussão. Na realidade, a análise da relevância não deve envolver um juízo valorativo sobre o convencimento do julgador, mas precisa fazer um exercício hipotético *ex ante* de relação entre o fato que se pretende provar com o meio requerido e o fato que constitui a imputação penal. Em outros termos, o juiz não pode admitir (como relevante) um meio de prova com base em uma valoração prognóstica sobre a idoneidade para demonstrar a existência dos fatos que se pretende provar.

³⁵⁴ Este parece ser o entendimento de Echandia, uma vez que o autor trata ambos conceitos como sinônimos. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 2ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Ed., 1972, v. I. p 342-343.

³⁵⁵ Como exemplo, leia-se a posição de Dinamarco: “A pertinência, às vezes indicada também como predicado indispensável aos fatos cuja alegação deva ser objeto da prova, é aspecto da própria relevância e não merece tratamento autônomo. É impertinente o fato que não diga respeito à causa, i.é, que não guarda pertinência com ela ou não lhe diga respeito. Todo fato impertinente é irrelevante e a irrelevância é que, em si mesma, exclui o fato do objeto da prova”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2005, p. 68.

³⁵⁶ “Il giudice decide l’ammissione della prova in base a quattro criteri (art. 190, comma 1). La prova deve essere pertinente, e cioè essa deve tendere a dimostrare l’esistenza del fatto storico enunciato nel l’imputazione o l’esistenza di uno dei fatti indicati nell’art. 187 (ad es., la credibilità di un testimone). La prova non deve essere vietata dalla legge (come esempio di divieto si può citare l’art. 220, comma 2). Inoltre, la prova non deve essere superflua, e cioè non deve tendere ad ottenere un dato conoscitivo già acquisito. Infine, la prova deve essere rilevante, e cioè tale che il suo probabile risultato sia idoneo a dimostrare l’esistenza del fatto da provare”. TONINI, Paolo. *La prova penale, quarta edizione*. Padova: Cedam, 2000, p. 44-45.

Para BADARÓ, apesar de que os critérios de relevância e pertinência precisam ser distinguidos, a terceira categoria não se mostra passível de acolhimento. Em sua definição, BADARÓ afirma que haverá pertinência quando houver um juízo de identidade entre o fato que se pretende provar por algum meio de prova e o fato que integra a imputação penal (fato jurídico ou principal). No campo do direito processual penal, a pertinência existirá quando o meio de prova tratar do fato típico, antijurídico e culpável, sua autoria e demais fatos que possam ser levados em conta para efeitos de dosimetria da pena. Por seu turno, “o fato que se pretende provar será relevante quando, na hipótese de ser demonstrado pelo resultado probatório, permita inferir, com base nas máximas de experiência normalmente aceitas, a ocorrência ou inoocorrência de um aspecto fático da imputação ou causa de pedir (sendo, pois, um fato secundário ou circunstancial”³⁵⁷.

Por fim, BADARÓ define fato pertinente como “aquele, abstratamente, tem por objeto o fato principal ou jurídico”³⁵⁸ e o fato relevante como “aquele que tem por objeto um fato secundário ou circunstancial, que por inferência, se relaciona com o fato principal”³⁵⁹.

Aparentemente, BADARÓ se mostra próximo do entendimento de GOMES FILHO³⁶⁰. Acerca dos critérios de exclusão da prova por motivos lógicos, GOMES FILHO traz os conceitos de *relevancy* e *materiality* adotados no *Common Law* como meio para definir relevância e pertinência, dando tratamento distinto entre os dois termos. *Materiality* se refere à ligação entre a prova ofertada e os fatos principal a ser provado e não analisa a idoneidade da prova, mas apenas sua pertinência com fato principal. O teste de *relevancy* busca avaliar se a prova oferecida é apta para demonstrar

³⁵⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, in José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord), Garantismo Processual. *Brasília: Gazeta Jurídica*, 2016, p. 219-260, p. 258.

³⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, in José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord), Garantismo Processual. *Brasília: Gazeta Jurídica*, 2016, p. 219-260, p. 258.

³⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, in José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord), Garantismo Processual. *Brasília: Gazeta Jurídica*, 2016, p. 219-260, p. 258.

³⁶⁰ “De qualquer forma, uma coisa é clara: em qualquer sistema que se analise, e independente das variações terminológicas encontradas, o juízo de admissibilidade da prova exige uma relação lógica entre o *thema probandum* e o tema que o meio de prova poderá demonstrar. Isto é, o meio de prova deve ter a aptidão de demonstrar um fato que se relaciona com o *thema probandum*, seja diretamente (*materiality*, no conceito anglo-americano), ou mesmo indiretamente (*relevancy*, no conceito de *Common Law*), mas de forma a influenciar decisivamente no resultado do processo (*pertinência*, na acepção dos países de *Civil Law*)”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 408.

a existência ou inexistência de um outro fato, por meio do qual possa ser realizada uma inferência lógica³⁶¹. Nos dois casos, não se busca prever o êxito ou efetividade do meio de prova apresentado, mas apenas sua idoneidade para atingir o desiderato, sendo que apenas posteriormente será possível apontar se restou positivo ou negativo o fato principal ou secundário³⁶².

Ainda sobre os limites lógicos para admissibilidade, os critérios de admissibilidade da prova devem ser pautados por um regime de inclusão, isto é, o direito à prova das partes inclui a admissão dos meios de prova requeridos, podendo ser excluído somente quando houver manifesta irrelevância e impertinência. Assim, apesar do risco de um excesso na admissão dos meios de prova, em caso de dúvida de sua relevância e pertinência, é preferível que seja admitida: *in dubio pro probatione*³⁶³.

No tocante a vedação das provas ilícitas, como enfatizado em diversas ocasiões, o anseio é de que seja compatibilizado o direito à prova com outros direitos e valores considerados fundamentais e que merecem proteção pelo sistema jurídico³⁶⁴.

³⁶¹ “Embora frequentemente empregados indistintamente, com a utilização do termo *relevancy* para indicar também a *materiality*, esses dois critérios não se confundem: a expressão *materiality* diz respeito à conexão entre a prova oferecida e os fatos controvertidos; não concerne à idoneidade da prova, mas tão somente à sua pertinência com os fatos controvertidos; já através do teste de *relevancy*, verifica-se a prova oferecida tem aptidão para estabelecer a existência ou inexistência, verdade ou falsidade, de um outro fato, através do qual seja possível realizar uma inferência lógica; sua aplicação é, portanto, tipicamente relacionada a prova indireta”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

³⁶² “Em ambos os casos, não é necessário um prognóstico quanto ao êxito ou a efetividade do meio de prova. Deve se considerar que, por hipótese, os meios de prova gerem o resultado pretendido pela parte que o requereu e, a partir de tal premissa, concluir se ele demonstraria positiva ou negativamente o fato principal (*materiality*) ou o fato secundário (*relevancy*)”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*, in José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord), *Garantismo Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260, p. 254.

³⁶³ “El juez debe obrar con suma prudencia cuando se trate de rechazar pruebas por este motivo, y em caso de duda debe aceptarlas, ya que en la sentencia podrá calificar su mérito definitivamente”. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 2ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavallia Ed., 1972, v. I, p. 206.

³⁶⁴ “A atividade probatória está voltada ao conhecimento de fatos pelo juiz, mas sua função não se exaure aí, pois, se assim fosse, permitido seria ao julgador utilizar-se de dados de sua ciência particular, ou buscar, por qualquer forma, as informações necessárias para chegar a conclusões próprias a respeito dos acontecimentos. Na realidade, as provas desempenham um papel mais importante, que é o de fixar os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social; nisso consiste sua função legitimadora das decisões judiciais à qual já nos referimos. Daí resulta a indeclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc. -, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse status na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados no seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91-92.

Com efeito, a proscrição das provas ilícitas decorre do interesse de harmonizar a inclusão probatória com os direitos fundamentais e não deslegitimar o poder punitivo com adoção de métodos que lesionem valores protegidos por normas materiais³⁶⁵, ainda que coloque em risco a descoberta aproximada do ocorrido³⁶⁶.

Em seu inciso LVI do art. 5º, a Constituição Federal estabeleceu que as provas ilícitas são inadmissíveis no processo, ou seja, sequer poderiam ingressar ao processo. O direito fundamental da inadmissibilidade de provas ilícitas constitui uma norma-regra³⁶⁷ que almeja manter o compromisso político-ideológico do Estado de restringir o direito à prova quando forem adotados expedientes ilícitos ou contrários aos parâmetros legais.

Primeiramente, enquanto o “suporte fático amplo” do direito à prova decorre dos direitos de ação e do contraditório e ampla defesa dispostos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (uma vez que a plenitude de defesa com os meios e recursos a ela inerentes demanda maior amplitude possível dos direitos à informação, à bilateralidade da audiência e à prova legitimamente obtida ou produzida), a norma do inciso LVI é criada como uma exceção à norma-princípio da previsão antecedente. Em

³⁶⁵ “(...)seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levasse em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 97. No célebre caso *Olmstead vs. U.S.* 277 U.S. 470 (1928), o Justice Holmes manifestou igual reprovação: “It is desirable that criminals should be detected, and, to that end, that all available evidence should be used. It also is desirable that the Government should not itself foster and pay for other crime, when they are the means by which the evidence is to be obtained. If it pays its officers for having got evidence by crime I do not see why it may not as well pay them for getting it in the same way, and I can attach no importance to protestations of disapproval if it knowingly accepts and pays and announces that, in future it will pay for the fruits. We have to choose, and, for my part, I think it a less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part.” United States of America. United States Supreme Court. *Olmstead vs. U.S.* 277 U.S. 470 (1928). Disponível em: <https://bit.ly/2UUNC5V>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁶⁶ Ao tratar sobre as proibições de prova, Beling destaca: Diferente é o caso da proibição de prova. Ela introduz no direito probatório um elemento externo ao não permitir possibilidade alguma de que se provem os fatos de certa forma. A proibição de prova fecha um caminho que se pode ser efetivamente viável e levar com segurança à meta, fecha-o porque não tem que segui-lo, algo assim como se o proprietário de um terreno nos Alpes fechasse uma via escalada, pois não quer que alguns alpinistas perturbem o reino das cabras da montanha. Portanto, a proibição de prova não guarda relação com a utilidade ou falta de utilidade de uma produção de prova aos fins processuais ou com a liberdade ou a carência dela na valorização da prova, não atribui ou subtrai força probatória a uma prova. Suas razões se encontram em outro campo”. BELING, Ernst Ludwig von. As proibições de prova como limite para a averiguação da verdade no processo penal. Trad.: Nestor Eduardo ArarunaSantiagp. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord). *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: gazeta jurídica. 2013, p. 5.

³⁶⁷ Takayanagi considera o direito fundamental previsto no inc. LVI do art. 5º da Constituição Federal como uma norma-regra. TAKANAYAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da Lei 11.690/08*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

outras palavras, o direito à prova é um direito à prova legitimamente obtida ou produzida em contraditório na instrução processual³⁶⁸.

Por sua vez, “regra” é uma norma inflexível, descrita de forma direta e que não permite outras inferências do seu texto³⁶⁹. No caso do inciso LVI, ainda devemos nos valer de três critérios para determinar se a norma é uma regra ou princípio: análise do tipo de conteúdo (normativo-axiológico), pela estrutura normativa e pelo seu modo de aplicação³⁷⁰.

Pela perspectiva do conteúdo normativo, o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal pode ser considerada como uma regra por prescrever uma determinada conduta (“dever-ser”), ou seja, abriga em seu âmago uma descrição objetiva-descritiva de um comportamento a ser adotado, no sentido de que é vedada a admissão de provas que forem obtidas contra a legalidade. Como estrutura normativa, a regra estabelece um acontecimento e uma consequência (efeito jurídico)³⁷¹. Mais precisamente, a norma constitucional proíbe a admissão de provas ilícitas no processo, não abrindo margem para exceções.

³⁶⁸ “Para que a garantia da plenitude da defesa seja uma realidade, ao direito à informação e atuação, e ao contraditório, deve ser somado o direito à prova, mais especificamente o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, que, por certo, se faz ínsito à contraditoriedade da instrução criminal”. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 164.

³⁶⁹ Para não se perder em várias definições, por todos, Robert Alexy e Ronald Dworkin, respectivamente: “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 91. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 39.

³⁷⁰ Estes são os critérios propostos por Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos: “É de proveito aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras, especialmente no que diz respeito às potencialidades que oferecem para a atuação do intérprete constitucional. Sem embargo da multiplicidade de concepções na matéria, há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis, três deles são aqui destacados: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação”. BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In.: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 25-65, p. 35.

³⁷¹ “Com relação à estrutura normativa, tem-se que o relato de uma regra específica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Embora a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica – pois a ele cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real -, a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado. Se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto prescrito”. BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In.: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003, p. 25-65, p. 36.

No tocante ao modo de aplicação, como as regras são proposições normativas definitivas aplicáveis sob a forma de tudo-ou-nada, se os fatos ocorrerem de acordo com o previsto, ou seja, se houver subsunção entre a situação concreta ao previsto pela norma, deve acontecer sua incidência direta e automática. Assim, a regra constitucional explícita que em nenhum caso será admissível provas ilícitas nos processos, tendo em vista a escolha do constituinte de afastar a ilicitude da persecução penal, mantendo sua legitimidade³⁷².

A definição do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal como norma-regra termina por influir nas consequências: por ser um mandamento aplicável direta e automaticamente sob a forma de “*all or nothing*”, o conflito com outra regra culminará com a perda de validade ou, possivelmente, pode ser caso de uma cláusula de exceção³⁷³. Mas, sobretudo, se um direito é garantido por uma regra, está protegido por uma norma não suscetível de ponderação³⁷⁴.

Ainda sobre o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, mostra-se necessário definir o sentido do termo “provas” previsto na norma-regra. Segundo GOMES FILHO, são “inadmissíveis os elementos de prova resultantes de atos de obtenção praticados com violação de direitos”³⁷⁵. Por outro lado, GRINOVER considera que o constituinte se referia a “fonte de prova colhida, infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, que visam à proteção das liberdades públicas e, especialmente, dos direitos de personalidade, incluindo o direito à intimidade”³⁷⁶.

³⁷² “No modo de aplicação, quando se trata de regra, existe um enquadramento do fato descrito no relato normativo com enunciação da consequência jurídica daí resultante, pois se aplica a “subsunção”. Nesse sentido, a regra constitucional descrita deve ser aplicada em todos os casos relativos à prova se houver ilicitude na sua produção. O enunciado normativo permite compreender que o legislador constitucional estabeleceu a obrigatoriedade de uma persecução penal isenta de qualquer ilegalidade”. TAKANAYAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da Lei 11.690/08*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014 p. 134.

³⁷³ “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 92.

³⁷⁴ BOROWSKI, Martin. *La estructura del los derechos fundamentales*. Trad.: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia. 2003, p. 77.

³⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (org) São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.

³⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas e a Constituição. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1996, p. 136-137.

Com efeito, em um primeiro momento, não parece existir equívoco entre os entendimentos, afinal, das fontes de prova resultam os elementos de prova. Entretanto, em um olhar mais atento, percebe-se que uma fonte de prova ilícita resulta em elemento de prova ilícito, mas um elemento de prova ilícito não decorre unicamente pela ilicitude de uma fonte de prova.

Pode acontecer de uma fonte de prova lícita ingressar no processo por meios de provas legítimas e, no curso do processo, ocorrer uma ilegalidade durante a obtenção do elemento de prova. Assim, haverá uma fonte de prova lícita, mas elementos de prova ilícitos. Como se nota, o momento da obtenção da fonte de prova é distinto do da obtenção dos elementos de prova.

Caso a norma-regra constitucional se referisse à fonte de prova, esses elementos poderiam ser levados em conta na formação da convicção do julgador. Todavia, se o fim da previsão é estabelecer a sanção processual de inadmissibilidade de provas ilícitas, vedando qualquer efeito no processo, não se mostra possível acolher o entendimento de que se trata de fontes de prova. Por seu turno, elementos de prova se revela mais adequado³⁷⁷. Desta forma, apenas poderá ser levado ao juiz os elementos de conhecimento que tenha sido obtido de acordo com a lei.

Em clássica distinção feita pela doutrina brasileira, proposta por GRINOVER e fundada em NUVOLONE³⁷⁸, as provas contrárias à lei integram o gênero das provas ilegais que, por sua vez, dividem-se em duas espécies: provas ilícitas e provas ilegítimas. Em linhas gerais, a prova ilícita é aquela obtida com violação de

³⁷⁷ Neste sentido: OLIVEIRA, Adriana Almeida de. *A inadmissibilidade da prova ilícita: menos formalismo e mais efetividade*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016, p. 72.

³⁷⁸“La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un’illegalità; ma mentre, nel primo caso [divieto ha natura esclusivamente processuale], sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso [divieto ha natura sostanziale] sarà anche un atto illecito”. NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1966, p. 470.

determinado direito material³⁷⁹, enquanto a prova ilegítima é a obtida com violação de regras processuais³⁸⁰.

A distinção se mostra propícia para separar os diferentes padrões de ilegalidade. Enquanto a ilicitude probatória nasce no momento de obtenção da prova, via de regra, em fase de investigação preliminar, a ilegitimidade da prova aconteceria na inobservância de norma processual³⁸¹, ou seja, com a prova já obtida, é inserida no processo para colaborar com a formação do convencimento do julgador³⁸².

Por serem fenômenos diferentes, igualmente são distintos os efeitos provocados pela ilegalidade. Levando em conta que na prova ilícita teve a prática de uma violação de direito material, a sanção aplicada é de sua completa desconsideração, devendo ser tratada como uma não-prova (sem existência jurídica) e, portanto, não

³⁷⁹ “O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição”. ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 96.

³⁸⁰ “A tônica de Nuvoione, no campo das proibições da prova, é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial, quando embora servindo mediatemente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade: mas, enquanto no primeiro caso será um “ato ilegítimo”, no segundo caso será um “ato ilícito”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2ª ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982, p. 97.

³⁸¹ “A par da distinção no plano da natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita presuppõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este”. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. em face das Leis 9296/96 e 10.271/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 43.

³⁸² “O grande mérito dessa distinção é o de evitar a confusão entre os diferentes padrões de ilegalidade. A ilicitude probatória está jungida ao momento de obtenção da prova, vale dizer a sua descoberta. Via de regra, tal ocorre na fase investigatória. Afinal, é justamente nessa fase que reside a apuração, a pesquisa, o rastreamento do fato criminoso e de sua autoria. É, portanto, na fase da persecução que os poderes dos agentes públicos se manifestam com toda a sua força e energia. É quando a proteção dos direitos fundamentais da liberdade é mais sensível. (...) Ainda dentro dessa perspectiva de delimitação conceitual entre as provas ilícitas e ilegítimas, o último grupo supõe uma ilegalidade nos atos de produção probatória. Há um desrespeito do padrão da legalidade, o qual se verifica no momento em que a prova, já obtida, é introduzida no processo para integrar o acervo probatório sobre o qual o julgador formará o seu convencimento. O momento da produção é, portanto, logicamente posterior àquele em que a prova é obtida. É um momento, por essência, processual, quando os riscos de desrespeito aos preceitos processuais são maiores”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord). *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013, p. 100.

podendo ser admitida³⁸³. Por seu turno, a prova ilegítima sofrerá a pena de nulidade, devendo a produção da prova ser refeita, até porque a prova foi obtida, mas o defeito se encontrou em sua produção (ingresso) no processo, ao contrário da prova ilícita que tem seu vício no momento da obtenção e é irrepitível³⁸⁴.

Assim, a distinção entre efeitos encontra uma justificativa quanto a convalidação e possibilidade de repetição, afinal, atribuir o mesmo tratamento poderia ensejar no saneamento de provas obtidas com violação de direitos materiais, uma vez que o art. 573 do Código de Processo Penal prevê possibilidade de renovação de atos acometidos pela nulidade³⁸⁵.

Caso a prova ilícita tenha ingressado no processo, diante da ausência de reconhecimento de sua ilicitude em um primeiro momento, o §3º do art. 157 do Código de Processo Penal estabelece a sanção de desentranhamento. Neste ponto, começa a ficar menos clara a distinção prática entre a prova ilícita e prova ilegítima, especialmente com a atual redação do caput do art. 157 do Código de Processo Penal, cuja previsão dispõe: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”³⁸⁶.

³⁸³ “(...)as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição, e agora pela lei, inadmissíveis, não são tidas como provas. Trata-se de não ato, de não prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não tem aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia”. GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 138.

³⁸⁴ “Dessa forma, enquanto a prova ilícita sequer pode ser admitida, a ilegítima é admissível, porém, torna-se inválida. O ato de produção pode ser repetido, até mesmo porque a prova já foi obtida e a questão liga-se aos meios adequados para a sua introdução no processo. Já quanto à prova inadmissível, não será possível a sua repetição. Afinal, o vício liga-se à obtenção, vale dizer, à descoberta da prova. E, caso tenha sido inadvertidamente admitida, deverá ser extirpada dos autos e inutilizada, uma vez preclusa a respectiva decisão”. ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 188, 2008, p. 2. No mesmo sentido: “A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas”. LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 403.

³⁸⁵ “O principal argumento encontrado para a manutenção da distinção entre prova ilícita e nulidade como fenômenos completamente distintos reside na problemática da convalidação. Assegurar um mesmo tratamento processual equivaleria, portanto, a aceitar uma possível sanatória relativamente às provas ilícitas, o que efetivamente seria inadequado constitucionalmente”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 366.

³⁸⁶ Conforme crítica de Gomes Filho: “Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, caput, do CPP”. GOMES FILHO, Antonio

Tanto a prova ilícita, como a prova ilegítima não poderão ser valoradas pelo juiz no momento de formação de seu convencimento, diante da ilegalidade que as macula³⁸⁷. Apesar de ser dito que a prova ilícita é inadmissível, via de regra, o reconhecimento de sua ilicitude ocorre *a posteriori*, quando a mesma ingressou no processo quando ainda se reconhecia sua licitude. Assim, tanto a prova ilícita que tem sua natureza reconhecida após ingresso no processo e a prova ilegítima terminam por ser desentranhadas, como se aplicasse o tratamento dado para as nulidades³⁸⁸.

Vale mencionar ainda que, segundo parte da doutrina brasileira, prova nula não se confunde com prova ilícita. Entretanto, as distinções se dariam em razão de um critério temporal, pois a primeira teria reconhecida sua condição após sua entrada, enquanto a última sequer seria aportada no processo, de modo que não se exigiria um pronunciamento judicial posterior, mas atuaria em momento prévio³⁸⁹.

No entanto, o critério temporal se mostra insuficiente para explicar a diferenciação. Basicamente, seja a prova ilícita ou a nula, ambas precisam de reconhecimento judicial para seu desentranhamento por conta de sua mácula. Na realidade, na maior parte dos casos, o desentranhamento pela ilicitude de uma prova

Magalhães. Prova. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord) São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 266.

³⁸⁷ “De outro lado, do ponto de vista do material que poderá ser valorado para a formação do convencimento judicial, não terá maiores reflexos a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, na medida em que, tanto a prova obtida ilicitamente quanto a prova produzida ilegitimamente não poderá ser valorada pelo juiz”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 412. Ainda, na mesma obra: “Por fim, e mais relevante, é de considerar que as linhas que demarcam a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, se abstratamente consideradas bem demarcadas, na prática, muitas vezes se mostram apagadas ou inseguras. Isso porque, em muitos casos, há violações de dispositivos constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 414.

³⁸⁸ “Não há como negar que a inadmissibilidade impede o ingresso, no processo, de uma prova ilícita, o que não ocorre na teoria das nulidades. Porém, na grande maioria dos casos, o reconhecimento da ilicitude da prova ocorre *a posteriori*, quando o meio proibido já ingressou no processo (por exemplo, reconhece-se a ilicitude de uma interceptação telefônica, depois de já realizada a operação técnica e juntado aos autos o laudo de gravação ou os registros das conversas). Neste caso, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova não será a inadmissibilidade (impedir o ingresso), mas o seu desentranhamento (excluir do que não deveria ter ingressado). Do ponto de vista da dinâmica procedimental, sob o aspecto cronológico da imposição da sanção, não haverá diferença prática entre o o desentranhamento (e não a inadmissibilidade) e a nulidade”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 412-413.

³⁸⁹ “En derecho procesal se puede decir que la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento”. MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1980, p. 141.

ocorre por força da arguição do defensor após sua inserção no processo, de modo que pouco contribui a previsão de que será inadmissível quando foi admitida anteriormente³⁹⁰.

Com efeito, o que se percebe é uma aproximação entre a teoria das nulidades e das provas ilícitas, como ilustrado por GLOECKNER³⁹¹. Ao enfrentar a distinção entre provas ilegítimas e ilícitas baseadas no critério temporal, GLOECKNER destaca que a prova ilícita mantém íntima relação com o regime das nulidades, sofrendo a sanção de invalidade e, uma vez inválida, serão aplicados os efeitos da nulidade³⁹². Portanto, existe um tratamento unitário no sentido de reconhecer tanto nulidade como inadmissibilidade como “sanções processuais”, isto é, a prova ilícita constitui espécie pertencente à teoria do ato processual penal defeituoso³⁹³.

Enquanto considerado que a prova ilícita funciona como espécie do gênero prova nula, os mesmos efeitos da nulidade são aplicáveis, ou seja, o desentranhamento ou perda de eficácia do ato nulo se torna o meio a ser adotada para preservação da

³⁹⁰ Criticando o critério temporal, Gloeckner afirma: “Não é possível concordar com a doutrina nesse ponto. Em primeiro lugar, é por demais singelo e insuficiente o critério do momento temporal da produção de prova a fim de se inscrever, no registro da natureza jurídica do instituto, tratar-se de prova ilícita ou nula. E isto por uma razão deveras elementar. A arguição de ilicitude da prova necessita, assim como a nulidade, de uma declaração judicial a fim de se reconhecer a sua invalidade. (...) Não é possível e seria por demais ingênuo pensar-se que a prova ilícita assumia status ontológico fora do processo. A prova é fenômeno tipicamente processual. A prova é ilícita em relação ao processo penal ou inclusive à investigação. O art. 157, §3º do Código de Processo Penal prevê a retirada dos autos da prova ilícita (nula-inválida). De que adiantaria recomendações do legislador para que o juiz não admita determinados meios de prova quando é justamente, na maior parte dos casos o defensor, já após a instauração do processo, que chama a atenção para a aludida circunstância? Se a prova nula é aquela transportada para o processo, a prova ilícita teria a sua função praticamente esvaziada, posto que estaria limitada à sua proibição de ingresso nos autos processuais. Trata-se de uma concepção pueril sobre o processo, que não se resume aos autos processuais”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 368-369.

³⁹¹ “Pode-se afirmar que a teoria da prova ilícita se enquadra dentro do gênero nulidade. O efeito do reconhecimento de uma prova como ilícita é a sua imprestabilidade para gerar efeitos. Esta imprestabilidade decorrerá de uma decisão declaratória da nulidade (invalidade) da realização da prova”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 365.

³⁹² “A prova ilícita, desta maneira, não se restringe ao momento valorativo do juiz quanto ao seu ingresso no processo. A prova ilícita é uma espécie de prova nula, regida por princípios reitores dotados de tamanha especificidade que é possível atribuir-se à ilicitude de um status jurídico autônomo independente da nulidade. Todavia, não é possível esquecer-se que a prova ilícita mantém íntima conexão com um ato processual inválido (defeito quanto aos meios de produção, sejam eles quanto ao objeto, sejam eles concernentes ao modo de obtenção da prova). A invalidade da prova (correspondente à ilicitude da prova quanto aos meios, objeto e produção) acarreta, quando houver declaração judicial nesse sentido, a nulidade”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 369.

³⁹³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 369-270.

garantia do acusado de ser julgado por um juízo imparcial e longe da contaminação de uma prova que possa prejudicar a atividade valorativa³⁹⁴.

De tal modo, percebe-se uma necessidade de maior aproximação da *inutilizzabilità* do Código de Processo Penal italiano³⁹⁵. Em seu art. 191, o *Codice de procedura penale* estabelece que “*le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono esse utilizzate*”. No caso, apesar de não ser vista como nulidade da prova, termina por se equiparar, tendo em vista que são afastados os efeitos da prova ilícita, assim como no caso da prova nula, no momento da sentença, ou seja, na fase de atividade de valoração pelo julgador³⁹⁶. Levando em consideração que as regras de exclusão da prova se destinam selecionar os melhores elementos probatórios para valoração pelo juiz na formação de seu convencimento, independentemente da prova ser obtida ilicitamente ou ter sido produzida ilegitimamente, a repercussão deverá ser a mesma, isto é, a prova não terá eficácia³⁹⁷.

Embora a discussão sobre a distinção entre provas obtidas com violação de direitos materiais e as provas ilegitimamente produzidas esteja presente no processo

³⁹⁴ “Como se pode perceber, quanto à ineficácia das provas ilícitas ou daquelas reputadas nulas, se se quiser manter a divisão terminológica, há um e mesmo efeito: o de tornar imprestável o ato, exigindo-se a sua não valoração em grau de sentença. Tanto o ato nulo quanto a prova considerada ilícita receberão a pecha de não sujeita à produção de efeitos (ineficácia). Assim como a nulidade, a prova ilícita, por ser a prova fenômeno que ocorre somente no seio do processo, podendo ser considerada ato processual por excelência, está sujeita a uma declaração judicial, mesmo que seja relativa à sua inadmissibilidade”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 373.

³⁹⁵ “Em suma, mais relevante que distinguir entre nulidade e inadmissibilidade, é prever a inutilizabilidade da prova ilícita, impossibilitando sua valoração”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 414.

³⁹⁶ “L’inutilizzabilità è un tipo di invalidità ha la caratteristica di colpire non l'atto in sé, bensì il suo valore probatorio. L'atto pur valido dal punto di vista formale (ad esempio, non è affetto da nullità), È colpito nel suo aspetto sostanziale, poiché l'inutilizzabilità impedisce ad esso di produrre il suo effetto principale, che è quello di essere posto a base di una decisione del giudice. TONINI, Paolo. *La prova penale*. Quarta edizione. Padova: CEDAM. 2000, p. 58-59. Em sentido semelhante: “Para abordar o complexo tema das consequências da prova ilícita, a Itália cunhou o conceito da inutilizzabilità, que é um tipo de invalidez que atua diretamente, não sobre o ato, mas sim especificamente sobre seu valor probatório. Através dele, a ilicitude probatória se separa da nulidade, circunscrevendo-se à admissão e valoração dos meios de prova, de modo que o ato ou os atos, mesmo que válidos do ponto de vista substancial, não podem produzir seu efeito principal, que é claramente o de fundamentar uma decisão jurídica (art. 191 do CPP)”. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Trad.: Nereu JoséGiacomolli. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 113-114.

³⁹⁷ “De outro lado, do ponto de vista do material que poderá ser valorado para a formação do convencimento judicial, não terá maiores reflexos a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, na medida em que, tanto a prova obtida ilicitamente quanto a prova produzida ilegitimamente não poderá ser valorada pelo juiz. Não se pode ignorar que as regras sobre admissão e produção da prova têm por escopo último uma correta seleção do material que poderá ser valorado pelo juiz para a formação de seu convencimento”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 412.

penal, ARMENTA DEU ressalta que pode ser identificada uma tendência de restringir o conceito de prova ilícita apenas para situações de violação de direitos constitucionais, terminando por dar tratamento probatório diverso para outras formas de ilicitude, como nulidade ou irregularidade³⁹⁸. Na visão de MIRANDA ESTRAMPES, a corrente doutrinária espanhola que entende como prova ilícita apenas aquelas obtidas com violações de direitos fundamentais seria de uma posição restritiva³⁹⁹, influenciada pelo art. 11 da *Ley Orgánica del Poder Judicial Español*, cuja teor dispõe: “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

De toda forma, a perda de eficácia da prova obtida de modo contrário ao previsto em norma constitucional ou legal se mostra presente nos ordenamentos jurídicos, podendo receber tratamentos distintos, mas com a mesma finalidade de limitar o acesso das provas ao processo e possibilitar a melhor formação do convencimento do julgador e, sobretudo, para preservação dos direitos fundamentais e assegurar o *fair play* processual.

Entretanto, aos poucos, surgiram exceções à admissibilidade das provas ilícitas, como em razão do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade)⁴⁰⁰. Em um pensamento nitidamente guiado para lógica da eficiência do punitivismo e para supremacia de um dito interesse público sobre o individual, o princípio da proporcionalidade serviria para atenuar os efeitos absolutos da inadmissibilidade das

³⁹⁸ “Contudo, se identifica uma tendência geral a restringir o conceito de prova ilícita às situações de vulneração de direitos constitucionais, considerando, principalmente, um critério pragmático que permita pelo menos garantir o respeito a tais direitos, ainda que para isso deva remeter-se o resto das ilicitudes probatórias a outros tratamentos, como a nulidade ou a irregularidade”. ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Trad.: Nereu JoséGiacomolli. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 96.

³⁹⁹ “Una última postura, que podemos calificar de restrictiva en contraposición con las expuestas en el apartado anterior, es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con la violación de derechos fundamentales. Es de destacar que un importante sector de nuestra doctrina se decanta por esta última concepción”. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª ed. rev., y ampl. Barcelona: Bosch, 2004, p. 22-23.

⁴⁰⁰ “A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes”. GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 127.

provas obtidas ilicitamente, nas hipóteses de excepcional gravidade do delito e quando se mostrar dificultosa a descoberta de outras provas que permitam chegar a “verdade real”, devendo ser feito um sopesamento entre os interesse público a persecução penal e as garantias do cidadão⁴⁰¹.

Para COSTA ANDRADE, a adoção do princípio da ponderação de interesses para admissibilidade de provas ilícitas em situações excepcionais em que seja permitido o sacrifício de direitos fundamentais em nome da persecução penal do Estado surge na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão⁴⁰².

De acordo com GOMES FILHO, a admissibilidade de provas ilícitas para afastar a proteção deficiente do aparato punitivo penal do Estado apenas em situações

⁴⁰¹ “Se, de um lado, devem ser preservados direitos e garantias individuais, outras garantias e princípios constitucionais também devem ser protegidos; daí pensarmos que, sem dúvida, deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, não só *pro reo*, mas excepcionalmente, como ocorre em outros países, mormente quando concorrerem garantias e princípios constitucionais iguais ou mais relevantes, poderá tal princípio ser utilizado *pro societate*, fazendo-se a ponderação de interesses em cada em concreto [sic]”. LIMA, Marcellus Polastri. As provas vedadas no processo penal brasileiro – vedação de produção e eventual possibilidade de sua utilização. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. 192.

⁴⁰² “De acordo com o entendimento praticamente pacífico dos tribunais superiores, e à luz do *princípio da ponderação de interesses*, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade. Este o entendimento a que o BGH se tem mostrado sistematicamente fiel e que conheceria com a decisão do primeiro caso do diário (Tagebuchfall, 1964) uma das primeiras e mais consistentes formulações.(...)Por outro lado, e em termos mais compreensivos, as decisões sobre os casos do diário levaram o Tribunal Federal a pronunciar-se abertamente por um princípio geral de ponderação que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício. <<Uma proibição de valoração – lê-se no aresto de 1964 – só pode ser reconhecida no contexto de uma ponderação entre o interesse na tutela da esfera de segredo, garantido como direito pessoal e fundamental, e o interesse do Estado na perseguição penal. Os esforços compreensíveis na conformação racional-funcional do processo penal comportam seguramente o perigo de menor atenção ou mesmo do sacrifício desnecessário dos direitos irrenunciáveis de liberdade do arguido (...) Só que a isso se contrapõe um perigo não menos perturbador: a preocupação pela garantia sem limites dos direitos de liberdade no processo penal induz uma acentuação doutrinariamente extremada destes direitos e, por essa via, impede ou paraliza (*lähmt*) a conformação e funcionamento de uma ordenação do processo penal racional-teleológica e adequada a uma eficaz realização da justiça penal>>”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 28-29. Entretanto, a doutrina alemã criticou esta posição: “Apesar de ter por si o aplauso maioritário dos autores, esta concepção está longe de dominar pacificamente o panorama doutrinário. Contra ela faz-se, com efeito, ouvir um conjunto significativo de vozes contestando quer a sua correção axiológico-material e normativa ou a adequação dogmática, quer a pertinência da fundamentação e enquadramento jurídico-constitucional. Nesta linha, autores como GRÜNWARD, HASSEMER, WOLTER ou AMELUNG, vêm pondo em evidência que a doutrina da ponderação, com o sentido e alcance sumariamente assinalados, para além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de Direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006, p. 34.

de crimes mais graves termina por relegar toda doutrina de limitações probatórias para casos de “menor gravidade”, resultando na consideração dos direitos fundamentais somente na última hipótese. Por sua vez, a rotulagem inicial dos crimes praticados (feito por meras suspeitas por agentes de persecução) terminaria ainda prejudicando os investigados em delitos tidos como mais graves, afinal, existiria uma escusa para desconsideração de seus direitos fundamentais⁴⁰³.

Igualmente, GLOECKNER denuncia que a “gazua” do princípio da proporcionalidade busca justificar o ingresso de provas obtidas ilicitamente criando uma ruptura entre direitos individuais e coletivos, com prevalência sempre do último, por força de uma manipulação discursiva baseada em um pretense ranking de bens passíveis de proteção⁴⁰⁴. Entretanto, a obsessão pelo dogma da verdade real constitui retrocesso aos obscuros ideais inquisitoriais, descabidos em um processo penal acusatório⁴⁰⁵.

⁴⁰³ “No primeiro caso, as críticas à adoção de tal critério são muito fortes e justificadas, pois a admissão de violação de direitos fundamentais para a obtenção de provas, visando a punição de crimes mais graves, significaria legitimar a realização da justiça penal a todo custo e preço, no sentido contrário dos motivos que inspiraram, nos sistemas jurídicos de “*Civil Law*”, o reconhecimento das regras de exclusão. Na verdade, aceitar essa possibilidade levaria a admitir uma banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais grave haveria sempre uma frustração da tutela dos direitos fundamentais envolvidos. A esse argumento deve-se acrescentar que essa disparidade de tratamento conduziria a uma sistemática violação da presunção de inocência dos acusados de infrações mais graves, pois à simples suspeita da prática criminosa já se seguiriam efeitos negativos no âmbito do processo, especialmente quanto aos direitos constitucionais protegidos pelas proibições de prova mencionadas. Ademais, a qualificação dos fatos, como mais ou menos graves, no início das investigações, acabaria fatalmente por abrir um espaço incontrolável ao arbítrio dos agentes policiais na obtenção de provas incriminadoras”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Métodos proibidos e prova obtida ilicitamente: relatório geral*. Apresentado no XIV Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual em Heidelberg (Alemanha) – 25-30 de julho de 2011, p. 14.

⁴⁰⁴ “O eficientismo persecutório estatal ganha incremento a partir do momento em que se desdobra o avanço do princípio da proporcionalidade como “pau para toda obra”. O princípio da proporcionalidade, como na proibição de proteção deficiente, agora é utilizado como recurso retórico à satisfação de interesses coletivos. Como resultado, não seria de se esperar coisa diversa do que o alicerce doutrinário emprestado à prova ilícita “*pro societate*”. Justificativas como a dificuldade probatória, o direito à segurança da sociedade e a necessidade de se evitar a impunidade ameaçam esboroar o sentido e alcance protetivo da cláusula de inadmissibilidade de meio probatório obtido mediante lesão a direitos fundamentais. A alegação de bens de igual ranking poderia servir de manipulação discursiva para que tais meios de prova ingressassem no processo. Entretanto, não se pode compactuar com tal postura. Em primeiro plano, pela absoluta ingenuidade dos argumentos, que rendem homenagem a uma fissura entre direitos individuais e coletivos, com nítida preferência pelos segundos. A duas, pela circunstância incontornável e ineliminável de conformação do processo acusatório à esfera estreita da legalidade, que não pode ser violada por construtos artificiais como os da proporcionalidade “*pro societate*”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 401.

⁴⁰⁵ “Admitir-se o ingresso e a manutenção de provas reputadas como ilícitas no processo penal é um retorno obscurantista ao dogma da verdade real e seus corolários inquisitoriais alicerçados na premissa narcísica de obtenção de um fato passado imune a incertezas”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 400.

Em parte, a construção do uso do princípio da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas aparece na doutrina em situações favoráveis ao imputado⁴⁰⁶, pois, a “ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”⁴⁰⁷. No entanto, conforme GLOECKNER, não é necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade para aproveitar uma prova ilícita favorável ao imputado, pois enquanto a prova ilícita constitui espécie do gênero ato processual nulo e como forma é garantia no processo penal, o reconhecimento da nulidade deve ser afastado sempre que a decisão judicial for favorável ao acusado, em nome do princípio da escusa absolutória⁴⁰⁸.

Seguindo com o tratamento das provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, a reforma implementada pela Lei 11.690/08 no Código de processo penal estabeleceu a prova ilícita por derivação nos parágrafos do art. 157.

Em linhas gerais, a prova ilícita por derivação ocorre quando a mácula que vicia determinada prova contamina os elementos probatórios angariados posteriormente, desde que conexos com a prova originariamente ilícita. Desta forma, a prova ilícita que contaminou as seguintes deve ser desentranhada, bem como aquelas decorrentes⁴⁰⁹.

A teoria dos frutos da árvore envenenada surge na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, no *leading case* *Silverthorn Lumber Co v. U.S.* No caso, a Suprema

⁴⁰⁶ O uso do princípio da proporcionalidade para admissão da prova ilícita *pro reo* ou *pro societate* é exposta por Fernandes: “As duas situações retratadas impelem a que se analise o princípio da proporcionalidade sob dois prismas. Na primeira – prova ilícita *pro reo* – a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inc. LVI do art. 5º da Constituição Federal cede terreno a outro preceito constitucional, o que assegura a todo réu a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV); estão em confronto duas normas constitucionais de conteúdo processual, sendo a segunda de caráter prevalente. Na outra situação – violação de correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e para evitar a prática de sequestro de juiz de direito, com perigo para a vida do magistrado – a proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito; aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

⁴⁰⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 406.

⁴⁰⁸ “Trata-se do princípio que se denominará como escusa absolutória. O princípio da escusa absolutória refere-se à circunstância de que sempre que a decisão judicial puder ser concedida em favor do acusado, o magistrado deve evitar a declaração de nulidade”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 375.

⁴⁰⁹ “Voltando ao princípio da contaminação, o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve”. LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 409.

Corte reconheceu a ilicitude da prova apreendida com violação de direitos fundamentais e também anulou as consideradas derivadas da originária viciada. Entretanto, no voto do Justice Holmes, iniciou-se a construção da excepcionalidade quando existissem provas independentes da originária, isto é, quando não houvesse liame de causalidade entre a prova ilícita e as demais presentes no processo⁴¹⁰.

Mas, a expressão Teoria dos frutos da árvore envenenada nasce no caso *Nardone v. United States*, de 1939, no voto do Justice Frankfurter⁴¹¹. A analogia bastante simples, mas acertada, implica na perda de eficácia das provas obtidas a partir de uma viciada, ainda que as demais tenham sido licitamente obtidas.

Com a reforma legislativa de 2008, os parágrafos §1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal consagraram as hipóteses de afastamento da contaminação da prova ilícita. Mas, em demonstração da imaturidade dogmática, a redação legislativa confundiu a definição de “fonte independente”, sendo que o §2º dispõe sobre a “descoberta inevitável”.

De fato, as tentativas salvacionistas da prova ilícita eram sentidas desde antes da reforma, sobretudo por intermédio do princípio da proporcionalidade, explicado acima. Desta vez, a importação de construções jurisprudenciais da Suprema Corte

⁴¹⁰ “O ponto mais distante a que chegaram os americanos se deu no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), quando se consolida a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, uma metáfora para explicar que se a prova é ilícita, também deveria ser tudo o que dela fosse consequência e, assim, os resultados obtidos, ainda que indiretos, derivados, como os frutos de uma árvore envenenada. O escopo é nítido: excluir tudo para evitar a tentação de se querer colher alguma prova ilicitamente na esperança de que, mesmo não sendo admissível no processo, pudesse levar a outras provas. No caso, decidiu-se que se não poderia usar o conhecimento decorrente de uma busca ilegal para, a partir dele, notificar as pessoas a entregarem os mesmos documentos ilegalmente vistos e, assim, chegar naquele resultado, isto é, o conhecimento, só que agora pela aparente via da legalidade. No famoso voto do Justice Holmes (um dos nomes mais importantes do chamado Realismo Jurídico Norte-americano) ficou demarcada a posição, mas também a abertura para aquilo que viria depois, ou seja, a eterna discussão, em cada caso concreto onde aparece o problema, sobre a admissão ou não da prova ilícita nos casos que estivessem fora da chamada “exclusionary rule” e, assim, deixando-se ao juiz a discricionariedade da produção e avaliação. E tudo porque afirmou, no mesmo estilo pragmático, que tal prova não era admissível, mas nem por isso seriam os fatos dos quais o conhecimento teria vindo dessa forma “sacred and inaccessible”, isto é, invioláveis e inacessíveis”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A prova ilícita no processo penal: crítica a luz da Constituição da República de 1988*. In: *Delictae*, vol. 1, nº 1, jul.-dez. 2016, p. 247-277, p. 255-256.

⁴¹¹ “Once that is established – as was plainly done here – the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree”. Em outra passagem: “To forbid the direct use of methods thus characterized, but to put no curb on their full indirect use, would only invite the very methods deemed “inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty”. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939). Disponível em: <https://bit.ly/2UNCub4>. Acesso em: 30 jun. 2018.

estadunidense levou a sedimentação no nosso terreno normativo⁴¹², mas ainda não terminou em pacificação do problema.

A limitação da fonte autônoma ou independente (*independent source limitation*) já surgia no voto do Justice Holmes, no caso *Silverthorn Lumber Co. v U.S.*, mas não apresentava qualquer construção. Em seu voto, Holmes declara que nada impede a valoração de provas obtidas independentemente da fonte originária ilícita, isto é, se inexistente nexos de causalidade entre a prova maculada e as demais, estas últimas não estariam contaminadas, uma vez que derivadas de fonte autônoma⁴¹³.

Desde *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu a limitação da fonte independente, como em *Murray v. U.S.* e *Segura v. U.S.*⁴¹⁴. Em linhas gerais, “a teoria da fonte independente (*independent source*) parte da ideia de que, havendo duas fontes das quais pode ser obtida a prova, sendo uma admissível e outra ilícita, é de se considerar como admissível e não contaminada a derivada”⁴¹⁵.

Como pode ser percebido, a limitação da fonte independente não exorciza a prova obtida ilicitamente, mas permite ao juiz formar seu convencimento em outras provas que não apresentam causalidade com a originária viciada. Em outros termos, não

⁴¹² “A inadmissibilidade também se estende às provas derivadas, vale dizer, aquelas que estão ligadas por um nexos causal às provas ilícitas. É a consagração da teoria dos frutos da árvore envenenada cunhada pela Suprema Corte norte-americana ao longo de várias décadas. E aqui repousa o grande perigo da reforma: a sedimentação, no terreno normativo, de uma construção jurisprudencial que, pelas características daquele sistema jurídico, é pautada pela mobilidade própria da riqueza dada pela casuística”. ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 188. Jul. 2008.

⁴¹³ “A limitação da fonte autônoma ou independente que prevê a quebra do nexos de causalidade da ilicitude originária e derivada, como sustentado no tópico acerca da *fruits of the poisonous tree* foi concebida pela Suprema Corte Americana no caso *Silverthorne vs. EUA*. O juiz Holmes em seu voto anunciava que a ilicitude da prova não poderia ser considerada uma cláusula sagrada. Se a sentença se baseasse em elementos de convicção outros que não aqueles produtos de uma ilicitude originária, não seria caso de anulação de todo o processo. Em síntese, se a prova independente fosse obtida de forma autônoma daquelas viciadas, não haveria razão para se falar em nulidade processual. O vício das provas ilícitas não contamina aquelas obtidas de forma independente”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 401.

⁴¹⁴ “No caso *Murray v US* (1988), a polícia efetuou, ilegalmente, diligência na casa de um suspeito de contrabando, sem mandado, mas o obteve posteriormente, com base nos indícios que já possuía, tendo retornado ao local e apreendido o objeto do contrabando. No caso *Segura v US* (1984), os policiais permaneceram na casa do suspeito, por horas, sem mandado, enquanto este era providenciado, com base em informações anteriores à diligência ilegal. Considerou-se não ter havido ligação entre a prova obtida e a ilicitude praticada, isto é, que a prova foi obtida por um meio independente à ilegalidade inicial”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44.

⁴¹⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008, p. 133.

autoriza ao juiz formar sua convicção em provas ilícitas, mas apenas permite que a atividade valorativa seja realizada nas provas lícitas que não tenham nexos causais com a ilícita.

Todavia, há nítidos problemas em sua adoção no sistema brasileiro. Claramente, a limitação da fonte independente intenta proteger o conjunto probatório para uma condenação, quando for possível legitimar com base apenas nas provas não contaminadas pela ilicitude. No entanto, a ruptura causal entre as provas ilícitas e lícitas não afasta o julgador, que será o mesmo que teve contato com a prova ilícita. Ademais, como a Constituição Federal dispõe que a prova ilícita é inadmissível, o reconhecimento de sua invalidade deveria ocorrer no ingresso nos autos e não no momento de valoração da sentença. Assim, determinada prova ilícita poderá permanecer nos processos por toda instrução e depois descartada formalmente na sentença por força de sua antijuridicidade no momento da obtenção, mas que teve suas informações levadas em consideração na formação do convencimento.

Ainda, considerando o teor do §2º do art. 157 do Código de Processo Penal, deve ser feito um juízo hipotético para avaliar se determinadas provas poderiam ser obtidas por fonte diversa da ilícita, ou seja, deve ser feita uma avaliação sobre as fontes geradoras da prova derivada e a contaminação deixará de existir se alguma prova pudesse levar à obtenção daquele fato sem necessidade da ilícita. Neste aspecto, o risco de tolerância exacerbada pela prática jurisprudencial era denunciado por ZILLI e terminou por realmente acontecer, com a manutenção do raciocínio de proteção do conjunto probatório com desconsideração do nexo causal da ilicitude⁴¹⁶.

No entanto, a crítica de ZILLI aparenta desconsiderar a confusão terminológica do referido dispositivo. Como dito anteriormente, a imprecisão descritiva do §2º do art. 157 do Código de Processo Penal terminou por descrever a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) como se fosse a limitação da fonte independente.

⁴¹⁶ “A segunda hipótese envolve a chamada “fonte independente” que, como examinado, é fator de constantes controvérsias no direito norte-americano. Nesse ponto, a redação dada pelo legislador não é clara. Propõe a adoção de um raciocínio hipotético. Com efeito, a fonte é reputada independente quando, por si só, pudesse conduzir ao objeto da prova. O legislador sugere, portanto, uma avaliação judicial sobre as fontes geradoras da prova derivada. E caso configurada alguma que pudesse levar à obtenção daquele fato, independentemente da prova originariamente ilícita, a contaminação deixará de existir. A operação proposta é perigosa podendo levar a um alargamento da tolerância judicial das provas derivadas desvirtuando o sentido da teoria”. ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. In: IBCCRIM. Boletim 188. Jul. 2008.

A limitação da descoberta inevitável surge com o *leading case* *Nix v. Williams* (1984) da Suprema Corte norte-americana, conhecido caso em que houve confissão de investigado em interrogatório ilegal do local em que havia enterrado o cadáver da vítima. Como tinha deixado o corpo enterrado sob baixa superfície de neve, a mudança climática levaria à descoberta do cadáver de toda forma, mesmo sem necessidade da confissão. Embora as declarações do investigado poderiam ser excluídas, considerou-se que a materialidade seria localizada, tendo em vista as buscas que estavam sendo realizadas⁴¹⁷.

Com efeito, existe uma proximidade teórica entre a limitação da fonte independente e a da descoberta inevitável, mas a última se revela mais preocupante. Em linhas gerais, enquanto na fonte independente a prova derivada tem duas origens (uma lícita e outra ilícita), a supressão da ilícita não acarreta na exclusão da lícita e esta pode ser utilizada pela ausência de causalidade. Na descoberta inevitável, não se nega que a prova tenha uma origem ilícita, mas, hipoteticamente, de acordo com as circunstâncias do caso, é possível concluir que seria inevitavelmente obtida de forma lícita⁴¹⁸. Assim, bastam meras conjecturas de probabilidade de colheita para expurgar o vício da prova ilícita, culminando em possibilidade de admissão e de sua valoração no momento da sentença⁴¹⁹.

⁴¹⁷ “No caso *Nix v Williams* (1984), a Suprema Corte Americana firmou a necessidade de demonstração da descoberta inevitável; ficou assentado ser da acusação o encargo de demonstrar; com fatos e circunstâncias concretas, a inevitabilidade da descoberta, e não por meio de conjecturas. No caso concreto, a polícia ouviu o suspeito quando este já tinha advogado e havia acordado para que não fosse ouvido. Nesse “interrogatório” ilegal, o suspeito confessou um homicídio e levou a polícia ao local onde havia enterrado o corpo da vítima. A Suprema Corte excluiu as declarações do acusado, mas aceitou a materialidade (achado do corpo), pois este, inevitavelmente, seria descoberto, pois estava enterrado na neve, superficialmente, em local onde, com o derretimento da neve, o corpo seria chado, diante das buscas que estavam sendo efetuadas”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

⁴¹⁸ “Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada tem concretamente 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 a fonte ilícita”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord) São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 268.

⁴¹⁹ “Nesta senda, importante referir que os cursos causais hipotéticos são meras ficções de fatos que nunca aconteceram no mundo real, não se tratando de indagação de um acontecimento histórico efetivamente ocorrido, cuja afirmação se pode chegar a um juízo de certeza. Na realidade, na maioria dos casos é impossível afirmar as hipóteses alternativas segundo dados reais, o que determina a exclusão da prova adquirida, sob pena de se conduzir ao perigoso raciocínio da dúvida ser interpretada “em favor da prova”. SILVA, Jardel Luís da. Considerações acerca das proibições de prova no processo penal. In:

Induvidoso que incumbe ao órgão de acusação demonstrar, de forma cabal, que estaria na iminência de obter, lícitamente, as provas, no caso da descoberta inevitável, sob risco de ampliar ainda mais os problemas da limitação⁴²⁰.

Entretanto, admissão de uma prova ilícita fundado apenas na hipótese de uma eventual obtenção da prova por meios lícitos fulmina a presunção de inocência, afinal, resta contraditório sustentar a presunção de inocência de um indivíduo e concomitantemente resguardar a pretensão acusatória com base em prova que sequer foi produzida⁴²¹. Ainda, a descoberta inevitável figura como uma burla a inadmissibilidade das provas ilícitas, prevista constitucionalmente, de forma que, com acerto, GOMES FILHO, da forma como está redigido, o §2º do art. 157 do Código de Processo Penal é inconstitucional⁴²².

Neste ponto, a crítica de GLOECKNER se mostra acertada quanto aos perigos de um juízo hipotético para exorcizar a prova ilícita, permitindo sua admissibilidade e valoração no momento da sentença, baseado apenas na conjectura de uma possível obtenção lícita, o que terminaria por funcionar como uma excludente (hipotética) do nexa causal da contaminação⁴²³.

GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (org). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. 1ª ed. Curitiba: IEA, 2015, p. 195-214, p. 206.

⁴²⁰ “Ao que parece a acusação, a par da aludida limitação, deveria oferecer prova de que estaria na iminência da posse de provas hábeis a suprir a prova ilícita. Por meio de indícios deve a acusação demonstrar que se chegaria àquela prova ilícita, cabendo arrolar e discriminar todas as evidências que se permitiriam chegar-se à conclusão pela inevitabilidade. Não se pode admitir a limitação da descoberta inevitável quando a acusação não reunir evidências suficientemente fortes a sugerir a obtenção da prova de uma ou outra forma juridicamente idônea”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 410.

⁴²¹ “A vinculação da admissibilidade da prova ilícita a uma hipótese de futura obtenção da prova passa por cima principalmente da presunção de inocência. Como se sustentar que alguém ao mesmo tempo possa ser considerado inocente e ao mesmo tempo, resguardar-se pretensão acusatória embasada em hipótese de futura prova que sequer foi produzida? O que ocorre é uma subversão do princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, que é afastado pela mera hipótese de provável colheita do material probatório”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 412.

⁴²² “Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável. Assim mesmo, como antes anotado, na situação de inevitable discovery, são as circunstâncias especiais do caso concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido de garantia. Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157, §2º, é inconstitucional”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 269-270.

⁴²³ “Valora-se a prova ilícita – o que não é admitido – utilizando-se como exceção a justificativa de que a ilicitude poderia ter sido evitada. Eis aí o suporte da descoberta inevitável. Resulta inadmissível que se possa afastar uma ilicitude presente por uma licitude futura! O direito penal e o processo penal não podem

CAPÍTULO 2

2 DNA e identidade genética

2.1 Identidade e evolução histórica dos métodos de identificação criminal

O conceito de identidade se originou na filosofia e serve para descrever algo ou alguém que é diferente de outros, porém idêntico a si mesmo. Comumente se fala “identidade”, no singular, porém, são identidades, no plural, pois estas são diversas: identidade cultural, identidade visual, identidade sexual, identidade religiosa, identidade criminal, identidade social etc. Pois, a identidade é uma espécie de elemento que facilita o reconhecimento de uma pessoa ou um povo, designando os aspectos que o caracteriza como um nativo ou uma sociedade, sendo construída de forma individual e coletiva.

Existem vários fatores que influenciam a formação de identidades humanas, afetando as suas interações num sistema social – tradições, idade, costumes, gênero, classe social, nacionalidade, etc. Por isso, é fundamental perceber que a noção de identidade não está relacionada apenas com indivíduos, mas também com grupos a que pertencem e aos outros grupos sociais. Pois, a identidade contempla simultaneamente a inclusão e a exclusão, porque elementos de um mesmo grupo têm a mesma identidade e, ao mesmo tempo, são diferentes de pessoas de outros grupos.

Antropologicamente, a expressão “identidade” (do latim, *identitas*) significa um conjunto de aspectos materiais, conscientes, simbólicos, inconscientes e subjetivos que constituem um indivíduo ou um grupo de indivíduos (ou que caracterizam uma etnia). Tais aspectos servem para distinguir o sujeito ou a coletividade em relação ao outro indivíduo ou outrem, pois a identidade é formada dialeticamente entre indivíduo e sociedade, cujas mudanças, na maioria das vezes, ocorrem de forma inconsciente num processo que inclui a identificação própria e a identificação reconhecida por outros.

operar a partir de meras hipóteses. Se no direito penal há o rechaço aos cursos causais hipotéticos como excludentes do nexos causal, da mesma forma, no processo penal, não se pode fechar os olhos para a ilicitude presente e concreta que seria afastada por uma licitude hipotética a ensejar o rompimento da causalidade da ilicitude. Seria como pensar numa espécie de excludente do curso causal de ilicitude montada sob uma forma hipotética. Seria possível até mesmo descrevê-la como um curso causal hipotético negativo de ilicitude”. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 412.

Mas, sociologicamente, pode existir uma identidade falsa, por exemplo, a “identidade virtual”, quando esta é criada por usuários das redes sociais (p.ex., *Facebook, Twitter, WhatsApp* etc.), objetivando ocultar ou maquiar a sua própria identidade, características, intenções etc. Esses perfis são chamados de “*fakes*”, termo em inglês que significa mentiras, falsidades, usados para simular uma identidade falsa, onde os usuários criam um personagem com características diferentes da sua real identidade, para conquistar um maior número de seguidores, ou para cometer crimes.

Juridicamente, a falsa identidade constitui crime previsto no artigo 307 do Código Penal brasileiro: “Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”. A pena pode ser detenção de três meses a um ano, ou multa, se a prática em questão não fizer parte de um crime com maior gravidade. Em psicologia, a expressão “*alter ego*”, que significa “o outro eu” ou a segunda personalidade, é a pessoa que se revela através de diversas identidades se constituindo numa psicopatologia denominada *Transtorno Dissociativo de Identidade*.

[...] as identidades surgem da narrativização do eu, mas a natureza necessariamente ficcional desse processo não diminui, de forma alguma, sua eficácia discursiva, material ou política, mesmo que a sensação de pertencimento, ou seja, a suturação à história por meio da qual as identidades surgem, esteja, em parte, no imaginário (assim como no simbólico) e, portanto, sempre em parte, construída na fantasia ou, a ao menos, no interior de um campo fantasmático. É precisamente porque as identidades são construídas dentro e não fora do discurso que nós precisamos compreendê-las como produzidas em locais históricos e institucionais específicos, no interior de formações de práticas discursivas específicas, por estratégias e iniciativas específicas⁴²⁴.

Portanto, a identidade é a consciência que uma pessoa tem de si própria e do mundo que a cerca, que a torna num indivíduo diferente dos outros. Mesmo considerando que haja aspectos constituintes da identidade que tenham uma base hereditária ou inata, o meio sociocultural exerce forte influência na conformação da especificidade identitária de cada indivíduo. Por isso, diz-se, comumente, que uma pessoa “anda a procura da sua identidade”.

⁴²⁴HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. In: T. Silva (org). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 12ª Edição – Petrópolis: Vozes, 2014, p. 109.

Segundo HABERMAS⁴²⁵ “a auto identificação predicativa que determinada pessoa efetua é, em certa medida, condição para que essa pessoa possa ser identificada genericamente e numericamente pelas demais”. Especificamente, a sociedade brasileira é produto de uma mistura de etnias (o branco europeu, o negro africano e o índio nativo) que contribuíram para caracterizar a sua singularidade em relação a outras sociedades. Todavia, a singularidade não a torna melhor nem pior que outras sociedades, mas demarcaas suas diferenças.

A identidade e a diferença andam juntas. Assim, sempre que uma pessoa ou povo afirma a sua identidade também está estabelecendo a sua diferença em relação a outrem. A identidade é aquilo que se é ou que se assume ser, enquanto a diferença é construída por sua própria manifestação nos fluxos de representações das identidades. Desse modo, a identidade parece ser concebida como uma positividade ("aquilo que sou"), se mostrando como uma característica independente ou um episódio autônomo. Nessa perspectiva, a identidade só tem como referência a si própria: ela é autocontida e autossuficiente.

É precisamente porque as identidades são construídas dentro e não fora do discurso que nós precisamos compreendê-las como produzidas em locais históricos e institucionais específicos, no interior de formações e práticas discursivas específicas, por estratégias e iniciativas específicas⁴²⁶.

Assim, a formação da identidade passa por uma variedade de sentimentos e ações racionais e irracionais, conscientes e inconscientes nas escolhas pessoais que o sujeito faz para a construção da sua identificação. É a subjetividade que permite explicar o motivo de um sujeito se apegar a uma identidade peculiar e não a outras, bem como compreender a imagem que temos sobre o nos e o eu. Desse modo,

[...] as identidades são, portanto, forjadas a partir das diferenças e estas passam a instituir desigualdades, na medida em que, os

⁴²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid, Taurus, Vol II, 1988, p. 147.

⁴²⁶ HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. In: T. Silva (org). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 12ª Edição – Petrópolis: Vozes, 2014, p. 109.

sujeitos adotam classificações de pertencimento que se incluem e se excluem mais ou menos continuamente⁴²⁷.

A noção de identidade está relacionada a algo próprio de uma pessoa, ou a uma realidade interior que pode ficar mascarada pelas atitudes ou comportamentos sociais que, na realidade, não são aqueles próprios da pessoa. Pois, a identidade é a consciência que uma pessoa tem dela própria e que a torna em alguém diferente de outrem. Embora muitos dos aspectos que constituem a identidade sejam hereditários ou inatos, o meio sociocultural exerce muita influência sobre a conformação da especificidade identitária de cada indivíduo.

Utilizo o termo identidade para significar o ponto de encontro, o ponto de sutura, entre por um lado, os discursos e as práticas que tentam nos interpelar, nos falar ou nos convocar para que assumamos nossos lugares como sujeitos sociais de discursos particulares e, por outro lado, os processos que produzem subjetividades, que nos constroem como sujeitos aos quais se pode falar⁴²⁸.

Por exemplo, o conceito de identidade sexual tem relação direta com o autoconceito de uma pessoa sobre sexualidade e gênero para se desenvolver na vida social, onde natureza e cultura perpassam a liberdade de escolha. Sociologicamente, toda e qualquer identidade é construída por meio de conteúdos simbólicos em negociações e relações de poder, ou seja, a identidade é um fenômeno social.

A construção de identidades vale-se da matéria-prima fornecida pela história, geografia, biologia, instituições produtivas e reprodutivas, pela memória coletiva e por fantasias pessoais, pelos aparatos de poder e revelações de cunho religioso. Porém, todos esses materiais são processados pelos indivíduos, grupos sociais e sociedades, que organizam seu significado em função

⁴²⁷ GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. *Cultura, identidades e diferenças*, p. 7. <https://bit.ly/2QYPPOT>. 2002. Acesso em: 25 mai. 2018.

⁴²⁸ HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. In: T. Silva (org). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 12ª Edição – Petrópolis: Vozes, 2014, p. 112.

de tendências sociais e projetos culturais enraizados em sua estrutura social, bem como em sua visão tempo/espaço⁴²⁹.

WOODWARD⁴³⁰ amplia essa visão, apontando que a construção da identidade é tanto simbólica quanto social. Para a autora, “uma das formas pelas quais as identidades estabelecem suas reivindicações é por meio do apelo a antecedentes históricos”. Desse modo, sempre que ouvimos discursos de exaltação à identidade de uma pessoa (homem ou mulher) ou de um povo, trata-se de uma maneira pela qual os narradores trazem o passado para o presente por meio de uma memória longínqua, numa demonstração de afetividade e bem-querença ao local de pertencimento e de ancoragens de parentescos.

Contudo, os discursos reivindicatórios e as representações de identidades se sustentam em argumentações construídas no social e no simbólico. Pois,

[...] O social e o simbólico referem-se a dois processos diferentes, mas cada um deles é necessário para a construção e a manutenção das identidades. A marcação simbólica é o meio pelo qual damos sentido a práticas e a relações sociais, definindo, por exemplo, quem é excluído e quem é incluído. É por meio da diferenciação social que essas classificações da diferença são vividas nas relações sociais⁴³¹.

As representações apresentadas através das narrativas são constituídas por alguns elementos de histórias de vida dos narradores nativos, que, intencionalmente, selecionam e se utilizam de aspectos discursivos, buscando uma conformidade para si e para seu grupo de pertencimento.

⁴²⁹ CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. Vol. 2.: Paz e Terra, 2008, p. 23.

⁴³⁰ WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*/Tomaz Tadeu da Silva (org). Stuart Hall, Kathryn Woodward. 15ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 10-15.

⁴³¹ WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. In: *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*/Tomaz Tadeu da Silva (org). Stuart Hall, Kathryn Woodward. 15ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 14.

[...] a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza. [...] As culturas nacionais são compostas não apenas de instituições culturais, mas também de símbolos e representações. Uma cultura nacional é um discurso um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto nossas ações quanto a concepção que temos de nós mesmos⁴³².

No caso das culturas nacionais, ao produzir sentidos sobre a ideia de "nação", aqueles nos ajudam como referenciais para podermos construir as nossas identidades. Pois, como alerta HALL⁴³³, esses sentidos estão no imaginário social e são incutidos nos nativos através de estórias, fábulas, mitos e outras narrativas que são contadas sobre a nação, “memórias que conectam seu presente com seu passado e imagens que dela são construídas”.

Para BARTH⁴³⁴, os processos identitários não se desenrolam fora de contexto e, pode-se deduzir que uma comunidade, como grupo social, se estrutura em estratégias dicotomizadas para a construção social de uma identidade, pois, mesmo que ajam as aproximações, as diferenças tendem a permanecer independentemente dos contatos interétnicos. Culturalmente, as distinções (ou diferenças) étnicas não dependem de uma ausência de interação social e aceitação, já que são, frequentemente, as próprias estruturas sobre as quais são erguidos os sistemas sociais englobantes. De acordo com BARTH, “os atores usam identidades étnicas para categorizarem a si mesmos e aos outros”.

2.2 Evolução histórica dos métodos de identificação criminal

Historicamente, a identificação é um fato bastante presente no cotidiano da sociedade contemporânea, na medida em que todos os atos da vida em sociedade, desde o preenchimento de formulários, ingresso nos mais variados lugares ou simples

⁴³²HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. In: T. Silva (org). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 12ª Edição – Petrópolis: Vozes, 2014, p. 110.

⁴³³HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. In: T. Silva (org). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 12ª Edição – Petrópolis: Vozes, 2014, p. 111.

⁴³⁴BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: BARTH, Fredrik. *Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras/ Philippe Poutignat, Jocelyne Streiff*: FENART. Trad.: Elcio Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011, p. 194.

requerimentos exige a apresentação de um documento oficial de identificação. Assim, não seria exagero afirmar que na atualidade cada indivíduo tem sobre si, reiteradamente, a necessidade e exigência legal (ou estatal) de demonstrar a sua identidade, de modo que é imperioso demonstrar que o indivíduo é ele próprio. Noutras palavras, provar que "você é você".

A identificação de pessoas e coisas surgiu nos primórdios da humanidade, na pré-história o homem já identificava sua moradia bem como seus instrumentos pessoais de época⁴³⁵. No mais, é de conhecimento histórico que com o advento da escravidão, fruto do interesse mercantilista dos países do centro do globo, surgiu então a necessidade comercial de identificação em seres humanos como uma espécie de propriedade que visava à proteção de seus respectivos bens que estivessem gravados e identificados.

Nesse processo não custou muito alcançar a prática de identificação dos indesejáveis. Uma delas, a mutilação, se baseava na amputação de determinadas partes do corpo a depender do crime cometido conforme as leis locais. Na antiguidade, já se previa a amputação das mãos em casos de delitos que atentassem contra o patrimônio, da língua quando se tratava de calúnia, do órgão genital nos crimes sexuais ou em determinadas culturas mutilava-se o nariz da mulher adúltera.

Nos séculos XVII e XVIII, em países como a Espanha e os Estados Unidos da América ocorria a ablação das orelhas⁴³⁶ e em território russo e francês a amputação das narinas⁴³⁷. Todavia, a prática social de identificar, categorizar e rotular as pessoas – em normais e anormais, fortes e fracas, belas e feias e/ou por não possuírem um corpo perfeito – não foi uma prática violenta apenas de sociedades primitivas consideradas “atrasadas”, onde as explicações estavam baseadas na ausência de conhecimentos científicos e no escasso controle do homem em relação aos meios de produção.

⁴³⁵ FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 137.

⁴³⁶ No decorrer da história da humanidade, alguns tiranos que detinham o poder, passaram a adotar a amputação de alguma parte do corpo (orelha, pé, dedo, mão) como uma prática punitiva que lhes permitia identificar não só o lugar social ocupado pela vítima, como também identificar o tipo de transgressão às normas e leis.

⁴³⁷ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: <https://bit.ly/2PKjXJa>. Acesso em: 13 nov. 2017.

Nas sociedades contemporâneas existem muitas outras formas, nem sempre por mutilações, de identificar ou estigmatizar⁴³⁸ alguém por apresentar uma deficiência física ou um comportamento foras das expectativas da sociedade. Por um lado, muitas práticas discriminatórias continuam sendo utilizadas por vários grupos de pessoas pertencentes às diversas sociedades, principalmente aquelas onde o avanço científico-tecnológico está concentrado em grandes conglomerados financeiros com poder de controlar o mercado mundial. Por outro lado, religiosamente, o mundo ocidental é marcado e demarcado pelo poder da pedagogia cristã, que, com seus eficazes métodos de continência (moderação) e de abstinência (supressão), controla e disciplina as práticas sexuais⁴³⁹.

O ferrete⁴⁴⁰ – um instrumento de ferro posto em brasa e destinado a marcar madeira, couro, escravos, criminosos e animais – foi utilizado na Grécia antiga e na era moderna na França e nos Estados Unidos da América para marcar com ferro em brasas partes dos corpos dos indivíduos, tais como a fronte, os ombros e as coxas, cuja finalidade era identificar e/ou punir. Essa ferramenta de metal, normalmente ferro, é aquecida até que fique vermelha e é, então, prensada contra o corpo ou objeto a gravar. Distingue-se a gravação de madeira e pessoas com pirógrafo, agulhas aquecidas etc. para gravações a mão livre.

Em terras francesas do século XVI, os tidos como ladrões e vagabundos eram marcados em sua face, a ferro em brasa, com uma flor-de-lis. Mais à frente, até o século XIX, os indesejáveis eram marcados em suas costas com as letras "V", "W", "GAL" e "F" - conhecidas como *letras de fogo* -, onde a letra "V" identificava os etiquetados como ladrões primários, a letra "W" os reincidentes, as letras "GAL" os condenados às galês e a letra "F" destinava-se a identificar os falsários. Já nos Estados Unidos da América do século XVIII, os homicidas eram marcados com a letra "M" - *murderer* - sobre seus polegares esquerdos e os traidores - *treachery* - com a letra "T"⁴⁴¹.

⁴³⁸ GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação de identidade deteriorada*. São Paulo: Zahar, 1980.

⁴³⁹ CHAÚÍ, M. *Repressão sexual. Essa nossa (desconhecida)*. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

⁴⁴⁰ Este tipo de violência de marcar com ferro em brasa (ferrete - França), desapareceu na maioria dos países na primeira metade do século XVIII quando a civilização desenvolveu um sistema de lei criminal e uma maior importância do indivíduo na sociedade.

⁴⁴¹ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: <https://bit.ly/2PKjXJa>. Acesso em: 13 nov. 2016.

Em seguida chega-se ao método da tatuagem, também sendo conhecido como *Sistema Cromodérmico*. Esta técnica, utilizada como meio de identificação, foi proposta no ano de 1832, pelo filósofo inglês Jeremy Bentham. BENTHAM⁴⁴², nascido em Londres em fevereiro do ano de 1748, tinha como proposta inicial a de tatuar na parte interna do antebraço direito letras que guardavam como objetivo a identificação civil de uma pessoa e números para a identificação criminal. Cabe destacar que o primeiro instrumento elétrico para tatuagem foi patenteado no ano de 1891 nos Estados Unidos da América.

No final do século XIX a tatuagem esteve presente nas altas classes inglesas em ambos os sexos⁴⁴³. Contudo, a proposta de BENTHAM – ou seja, do emprego da tatuagem para identificação tanto civil como criminal – não prosperou por conta de uma série de inconveniências como a estigmatização, por ser um método doloroso e de fácil adulteração⁴⁴⁴.

Como curiosidade arqueológica é importante sublinhar que as primeiras ocorrências de tatuagens utilizadas para fins criminais remontam ao antigo Egito entre 4000 e 2000 a.C. Pesquisadores encontraram, no Vale do Rio Nilo, múmias com sinais que se assemelhavam a tatuagens. De acordo com especialistas, os corpos eram de prisioneiros que haviam sido marcados para não empreenderem fuga. Assim, também, se faziam os romanos, tatuando os criminosos e escravos. Além disso, no século XIX, desertores do exército britânico e ex-presidiários americanos eram identificados por meio de tatuagens, bem como os internos em prisões siberianas e de campos de concentração nazistas.

No Brasil, como é de conhecimento empírico, a história e o enredo não foram muito diferentes. No início do século XX, a identificação já era obrigatória em determinados casos, sobretudo nos delitos ligados ao "andar de baixo", tais como a mendicância e a vadiagem⁴⁴⁵. Neste sentido, a exclusão e a indiferença são as notas características da sociedade brasileira, erigida nos ditames do patriarcado e do

⁴⁴² Considerado um dos pais do utilitarismo inglês, seu pensamento influenciou fortemente o direito contemporâneo. Para mais detalhes de suas ideias ver: BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁴⁴³ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: <https://bit.ly/2PKjXJa>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁴⁴⁴ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: <https://bit.ly/2PKjXJa>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁴⁴⁵ CUNHA, Olívia Maria Gomes da. *Intenção e gesto: pessoa, cor e a produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro, 1927-1942*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002, p. 147.

autoritarismo colonial, ou seja, uma sociedade em que desde o seu nascedouro a desigualdade sobeja⁴⁴⁶.

Em terras nacionais é vasta a gama de autoridades que à época aderiu ao cientificismo que conjugava o direito penal e a medicina, criando uma espécie de criminologia daquele período. É possível sublinhar como o grande expoente o médico, sociólogo e criminalista Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906), na mesma linha o jurista e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Augusto Olympio Viveiros de Castro (1867-1927), o parlamentar e magistrado Esmeraldino Olimpio Torres Bandeira (1865-1928), o criminalista Candido Nazianzeno Nogueira da Motta (1870-1942), e ainda, o jurisconsulto e delegado de polícia do Distrito Federal Astolfo Rezende (1870-1945) e o conhecido jurista e professor catedrático de filosofia do direito na Faculdade de Direito de São Paulo Pedro Lessa (1859-1929)⁴⁴⁷.

Além disso, o enredo em que se desenrolou a história da identificação criminal demonstra em sua gênese uma opção de classe em que se conectou de forma equivocada o fenômeno da criminalidade a pobreza, na medida em que LOCARD, funcionário da polícia técnica francesa, propôs o inventário de 60 (sessenta) profissões, onde a nota característica de sua maioria era o fato de serem desenvolvidas pela grande massa do proletariado, de modo que, segundo este, seria moral e cientificamente aceitável a utilização de certas deformidades e doenças, que decorriam das atividades de trabalho, como método de identificação policial. Exemplo disso seriam as úlceras nas pernas dos mineiros, as marcas na região central da mão esquerda dos estampadores ou as rugas na mão direita dos sapateiros. Aqui, fica perfeitamente grifado o emprego do discurso médico-policial aproximando-se da insalubridade do trabalho, com vistas a desenhar uma gramática, supostamente científica, de controle penal⁴⁴⁸.

Em outras palavras, esta é a malsinada fusão da política criminal da época com um discurso pretensiosamente biológico/científico a serviço dos interesses da ideologia

⁴⁴⁶ A respeito da temática ver: LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense/Publifolha, 2000 e FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia Nacional/Publifolha, 2000.

⁴⁴⁷ TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p. 28-29.

⁴⁴⁸ BATISTA, Nilo. Prefácio. In: TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p. XVIII-XIX.

de defesa social⁴⁴⁹. BARATA RIBEIRO, Senador da República que no ano de 1906 questionava o etiquetamento estatal no processo de seletividade do aparelho repressor, ponderava a respeito das vicissitudes dos exames denominados antropométricos (que ficaram conhecidos por bertilhonagem⁴⁵⁰), procedimento este que antecedeu a identificação dactiloscópica, desenvolvida pelo croata naturalizado argentino, JUAN VUCETICH.

A técnica VUCETICH, considerada um avanço de extremo relevo a época, se espalhou pelo mundo e é amplamente utilizada até os dias atuais, sobretudo no cotidiano do foro policial, bem como nos institutos estaduais de identificação. Cabe nota, que o principal oponente do Senador BARATA RIBEIRO, em calorosos debates, era o senador OLIVEIRA FIGUEIREDO, aguerrido defensor da manutenção do sentido preventivo dos métodos de identificação⁴⁵¹.

Outro registro histórico que deve ser destacado foi o primeiro Congresso de Antropologia Criminal, ocorrido em Roma no mês de novembro do ano de 1885, onde se reuniu em torno de 150 (cento e cinquenta) estudiosos, tais como, criminalistas, médicos, juristas e membros da polícia, onde foram debatidos temas como o atavismo, a loucura, a prostituição, as formas de enfrentamento ao anarquismo, as greves, o socialismo, bem como questões como, por exemplo, a histeria, epilepsia, o crime e as revoluções⁴⁵².

Com o passar dos anos outras técnicas de identificação, menos desumanas e agressivas da dignidade, foram desenvolvidas. Uma delas consistia no denominado *assinamento sumário* que consistia em um processo de anotações de características,

⁴⁴⁹ A respeito do tema ver: SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Defesa Social, uma visão crítica*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

⁴⁵⁰ "Com o fim da utilização dos métodos bárbaros de identificação, e apesar da ciência continuar seguindo na busca de outros métodos seguros, a polícia passou a ter dificuldades em estabelecer com segurança a identidade dos criminosos. Os policiais passaram a depender de sua memória e de registros muitas vezes desorganizados e incompletos. As identificações se tornaram, em alguns casos, difíceis e até impossíveis. As dúvidas, erros e confusões foram aumentando. Para resolver esse problema, Bertillon criou a antropometria, um sistema baseado numa visão estatístico-social, cuja técnica deveria possibilitar a mensuração do corpo humano e suas partes. A partir dessas bases, a questão agora era (i) escolher regiões do corpo consideradas imutáveis, achar uma (ii) técnica capaz de medi-las com exatidão, e finalmente organizá-las em um (iii) sistema de classificação que facilitasse a operação de reconhecimento. (...) a bertilhonagem foi o primeiro processo científico de identificação, sendo adotado em vários países por mais de três (03) décadas até que fosse definitivamente substituído pela datiloscopia". In.: SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Curitiba: CRV, 2015, p. 30-31.

⁴⁵¹ CUNHA, Olívia Maria Gomes da. *Intenção e gesto: pessoa, cor e a produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro, 1927-1942*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, p. 150-151, 2002.

⁴⁵² TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, p. 12, 2002.

tais como, a estatura, a compleição física, a idade, a cor dos olhos e a raça, como também alguma alteração ou sinais que chamassem a atenção e pudessem caracterizar o indivíduo⁴⁵³.

A diante, ocorreu a descoberta da fotografia que passou a ser empregada no Brasil a partir do final do século XIX, sendo corriqueira sua utilização até os dias atuais nos já conhecidos álbuns de suspeitos ou nos precários reconhecimentos fotográficos, muitas vezes efetuados em sede policial, onde inúmeras vezes não se observam seus aspectos deficientes, tais como as possibilidades das pessoas alterarem a sua fisionomia seja pelo tempo ou por meio de intervenções cirúrgicas⁴⁵⁴. Ainda, pode-se dizer que o retrato falado é uma variação e avanço no processo de identificação, onde pessoas apontam características relevantes que possam descrever e apontar o sujeito que tem sua face desenhada pelo experto.

Outra forma de identificação que também é utilizada nos dias atuais, sendo desenvolvida e lançada no final do século XIX, é a odontológica, baseada na arcada dentária, onde se faz o emprego de diversos dados como, sinais de implantação de dentes, anomalias, alterações patológicas ou desgastes, sendo este um processo fundamental quando se trata de cadáveres em estágios avançados de decomposição ou carbonizados⁴⁵⁵.

Além disso, foram criadas outras formas de identificação que pelo desenvolvimento tecnológico passaram ao largo das mais conhecidas, mas que valem a citação a título de registro. Uma delas é a oftalmoscópica onde se buscava a identidade do indivíduo por meio de fotografias do fundo dos olhos, onde se diferenciava as características e variabilidades do nervo ótico com sua específica disposição de vasos sanguíneos. Outra técnica que chama a atenção é a radiológica, onde se extraía imagens ósseas de cada indivíduo. Por certo, esta última somente apresentava eficácia em

⁴⁵³ FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 141-147.

⁴⁵⁴ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: <https://bit.ly/2PKjXJa>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁴⁵⁵ FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, p. 143, 2003.

peças de plena idade adulta, mas era caracterizada por acentuada capacidade de precisão⁴⁵⁶.

Indo em frente, tem-se o método denominado de flebográfico datado do início do século XX. Referida técnica consistia na utilização daquilo que havia de mais moderno a época, a fotografia. Basicamente, era caracterizada pela análise detida do relevo que se formava pelas veias do corpo de cada sujeito, com especial atenção as ramificações venosas do dorso das mãos ou da frente. É cediço que este procedimento apresentava alguns empecilhos, como por exemplo, a impossibilidade de ser realizado em indivíduos da raça negra⁴⁵⁷.

Já os sistemas palmar, onfalográfico e o poroscópico são identificados, respectivamente, como aquele que analisa os delineamentos palmares, a variações existentes na cicatriz umbilical e por último a imutabilidade e individualização dos poros de cada indivíduo, levando em conta as respectivas singularidades das glândulas sudoríparas⁴⁵⁸.

O método craniográfico era desenvolvido de modo que se procedia o inventário de perfis cranianos e as respectivas medidas das angulações formadas pelos dedos indicador e médio, especificamente da mão direita, sendo este procedimento realizado por uma aparelhagem específica de época. No entanto, estudiosos apontaram uma série de problemas no desenvolvimento e emprego desta técnica, de maneira em que a mesma trazia uma demasiada margem de erros, sendo inviabilizado seu uso por conta desta impossibilidade de precisão, dado este essencial quando a singularidade é tema basilar na identificação pessoal⁴⁵⁹.

O *método oftométrico* era conhecido como um processo que tinha por base a coloração e métrica dos olhos, sendo que, por intermédio de um moderno aparelho de época, era alcançável determinar a curvatura das respectivas córneas, a cor da íris e

⁴⁵⁶ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: <<https://bit.ly/2PKjXJa>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁴⁵⁷ FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 143.

⁴⁵⁸ FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 144.

⁴⁵⁹ FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003, p. 144.

demais dados de características biológicas, onde com o emprego de uma tabela era possível promover a individualização de forma que naquele recorte histórico se demonstrava muito avançada e singular⁴⁶⁰.

Mais à frente, com o desenvolvimento de pesquisas e o vertiginoso avanço científico, sobretudo na segunda metade do século XX, chega-se, em específico, ao método de identificação pela íris, pois é sabido que esta é formada no início da gravidez, sofrendo poucas alterações até os 03 (três) anos de idade. Ademais, cada indivíduo possui determinadas peculiaridades em sua íris, não se repetindo nem mesmo em gêmeos univitelinos e, ainda, diferenciando em cada pessoa a íris do olho direito do olho esquerdo⁴⁶¹ o que traz em si um diferencial e uma vantagem considerável no que tange ao processo de identificação humana.

Ademais, podem-se apontar como outras técnicas de identificação aquelas que são realizadas tendo como base material a voz de cada indivíduo e também vasos sanguíneos que formam as veias das mãos. É necessário destacar que no caso da primeira, alguns cuidados precisam ser observados para que o método mantenha a sua idoneidade e fidelidade, sendo capaz de identificar o sujeito da voz com a menor margem de erro possível, com isso, devem-se observar os equipamentos manuseados na técnica, bem como o ambiente e a mídia onde será armazenado o material. Já o segundo método, relacionado a identificação biométrica das veias das mãos apresenta destacada vantagem, de maneira que se torna de extrema dificuldade forjar as informações, alterando/manipulando o objeto em análise, no caso os vasos sanguíneos⁴⁶², de cunho pessoalíssimo.

Com isso, é de singela observação o desenvolvimento humano nas técnicas de identificação pessoal que, por certo, influenciaram as formas de persecução penal conforme o avanço tecnológico cada vez mais acelerado. Desta maneira, a partir do momento em que os sujeitos tornaram-se cientificamente capazes, dominando as técnicas adequadas, de perquirir as minúcias do DNA rompeu-se mais uma fronteira do

⁴⁶⁰ ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em: < <https://bit.ly/2PKjXJa> >. Acesso em: 13 nov. 2016.

⁴⁶¹ SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Curitiba: CRV, 2015, p. 33.

⁴⁶² SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Curitiba: CRV, 2015, p. 34.

conhecimento humano, onde se consegue explorar as origens da vida, o que vai muito, mas muito além de uma necessidade de identificação, mesmo que de cunho criminal.

Em 1686, o professor de anatomia na Universidade de Bolonha, na Itália, MALPHIGHI⁴⁶³, utilizando o microscópio (recém-inventado), estudou a superfície da pele e notou os cumes elevados na região dos dedos e os descreveu como "da laçada a espirala", porém, não fez qualquer comentário sobre o possível uso das mesmas como ferramentas de identificação.

Em 1823, JOHANNES EVANGELISTA PURKINJI, professor de anatomia na Universidade de Breslau, publicou uma tese onde citava nove padrões de impressões digitais. Mas, como MARCELLO MALPHIGHI, não fez qualquer menção de seu valor como ferramenta de identificação. Por isso, o primeiro método científico de identificação amplamente aceito foi desenvolvido pelo francês ALPHONSE BERTILLON, em 1879. A antropometria ou Bertillonage – em homenagem a seu criador –, acreditava numa combinação de medidas físicas coletadas por procedimentos cuidadosamente prescritos, ou seja, na identificação humana antropométrica, descritiva e dos sinais particulares.

A antropometria – ou somatometria ou Bertillonage –, é a mensuração do corpo humano ou de suas partes. Na Bertillonage, as impressões digitais representam um elemento de identificação a mais, visto que a chave do sistema é baseada na antropometria. Ela faz relação com os ensinamentos da antropologia biológica ou física, que busca analisar questões genéticas e também biológicas do ser humano, fazendo comparações entre si, sendo um instrumento importante para a identificação humana.

Na contemporaneidade, especificamente no campo jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LVIII, dispõe que uma pessoa civilmente identificada não deverá ser submetida à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A identificação criminal de uma pessoa consiste em reunir informações sobre determinada pessoa envolvida numa prática social tipificada como criminosa,

⁴⁶³ MARCELLO MALPIGHI (Crevalcore, 10 de março de 1628 — Roma, 29 de novembro de 1694) foi um médico, anatomista e biólogo italiano. Foi pioneiro na utilização do microscópio, um dos fundadores da fisiologia comparativa e da anatomia microscópica. Várias estruturas fisiológicas foram nomeadas em sua homenagem, como o *corpúsculo de Malpighi* (nos rins humanos) e os *túbulos de Malpighi* (sistema excretor de alguns invertebrados).

objetivando criar uma identidade criminal (registros policiais, folha de antecedentes etc.) para diferenciá-la de demais pessoas no âmbito penal. Assim, através da identificação criminal é possível se levantam dados válidos e confiáveis das características elementares do provável autor de um ilícito penal, na medida em que do mesmo são extraídas informações peculiares (qualificação, características, sinais físicos, modo de agir, objetos de crime etc.), de interesse policial.

É importante salientar que, os dados coletados por ocasião da prisão em flagrante ou indiciamento em inquérito policial – ato pelo qual a autoridade policial atribui a alguém a prática de uma infração penal baseado em indícios de autoria – são inseridos nos bancos de dados dos Estados para auxiliar os órgãos policiais e o Poder Judiciário, principalmente nos casos em que há dúvida sobre a identidade da pessoa que está sendo identificada criminalmente. Além disso, a autoridade policial também, em caso de dúvidas, poderá proceder à colheita de suas impressões digitais (método datiloscópico) e fotografá-lo.

Todavia, para se evitar prejuízos e constrangimentos desnecessários à pessoa incriminada, a lei determina, em respeito à norma constitucional, que o processo datiloscópico e o fotográfico somente ocorrerão nas hipóteses arroladas na Lei nº 12.037/2009 – 1) o documento apresentar rasura, haver indício de falsificação, estar mal conservado ou for insuficiente para identificar a pessoa; 2) o indiciado portar documentos de identidade com informações conflitantes entre si; 3) a identificação criminal for essencial às investigações policiais; 4) constar de registros policiais o uso de outros nomes.

Exceto o que está arrolado na Lei nº 12.037/2009, a identificação criminal por meio dos processos datiloscópicos e fotográficos de determinada pessoa não precisará ser feita, bastando a apresentação documento de identidade (cédula de identidade ou outro documento público que permita a identificação) e, assim, não haverá desrespeito à garantia constitucional. Caso contrário, utilizar-se-á o *Habeas Corpus* em proteção à pessoa que vier a sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.

2.6 Tipagem genética e identificação

As tipagens genéticas e identificações que se fazem através da análise de DNA são um importante instrumento para a distribuição de justiça, podendo torna-la mais eficaz para atingir uma maior economia de tempo e recursos. Empiricamente, tem-se observado o crescente emprego da “prova do DNA” nos tribunais brasileiros, com isso adquire mais importância as análises laboratoriais e a interpretação dos resultados dos exames de DNA.

Há décadas a *genética forense humana* que realiza pela análise do DNA individual tem sido uma importante ferramenta desenvolvida pela ciência moderna e colocada à disposição do sistema de justiça para apontar autorias ou inocentar suspeitos de crimes, o reconhecimento de paternidade etc. Sem dúvidas, a tecnologia da genética forense mantém uma relação muito próxima com a evolução legal e a consolidação de novos mecanismos de prova no cenário jurídico⁴⁶⁴.

Em linhas gerais, a genética forense consiste na aplicação de procedimentos científicos para auxiliar em fatos, ações ou fenômenos de caráter legal (ou criminal). Por exemplo, numa cena de crime existe, possivelmente, uma série de provas físicas que podem ter sido deixadas pelo autor (ou autores) do delito. A análise forense dessa série pode ser um importante elemento de convicção de autoria criminosa, vinculando um criminoso a um crime ou ajudando a reconstruir a sequência de eventos que ocorreram.

No século XX, a descoberta dos antígenos eritrocitários tornou possível a ideia de identificar os indivíduos através de análises sanguíneas. Bem como, alguns fios de cabelo, células da pele ou outros fluidos corporais podem ser deixados no local e se constituírem em elementos das análises de investigações criminais, pois o DNA pode ser recolhido a partir dessas amostras, tendo a capacidade de indicar uma solução ao crime, através da chamada “impressão digital genética”.

⁴⁶⁴ Historicamente, a busca por processos de identificação humana vem desde Jeremy Bentham (1832), quando, nos Estados Unidos da América (EUA), sugeriu o uso de tatuagem como aspecto corpóreo para a identificação civil. Todavia, como o sistema de justiça estava desprovido de recursos científicos à época, inicialmente começou-se a marcação a ferro em pessoas que haviam cometido quaisquer tipos de crimes.

Isso é possível pelo fato de que, geneticamente, todos os indivíduos humanos têm características únicas que os diferenciam dos demais como: estatura, cor dos olhos e cabelo, etc. Nesse aspecto de exclusividade, o DNA também se inclui como uma característica única – a sua “impressão digital genética” –, permitindo distinguir um indivíduo de outros com muito mais precisão e menores chances de erro. Por isso, análise do perfil de DNA é tão importante para os cientistas forenses.

Na Prática Forense, antes de se identificar o perfil genético é realizada a extração do DNA da amostra e emprega-se a técnica de *Reação em Cadeia da Polimerase* (PCR), para amplificar o material genético que será submetido à análise de DNA. Essa técnica, que surgiu em 1985 com KARY MULLIS e colaboradores, possibilita a obtenção de milhões de cópias de um determinado fragmento de DNA, partindo-se de uma pequena quantidade de DNA inicial.

A PCR é uma técnica utilizada diariamente nos laboratórios e possibilita a amplificação de um dado fragmento da amostra de DNA inicial de forma exponencial⁴⁶⁵. Por meio da PCR, um teste genético pode ser iniciado a partir de uma única célula, pois o DNA poderá ser multiplicado *in vitro* numa quantidade suficiente para ser detectado no teste. Assim, pequenas quantidades de amostras recolhidas a partir de uma cena de crime podem ser comparadas com o DNA de outras pessoas, identificando ou descartando suspeitos durante uma investigação⁴⁶⁶.

O ciclo de PCR consiste em três etapas fundamentais: 1) a desnaturação (separação da dupla fita de DNA); 2) o emparelhamento (iniciadores determinam a região a ser copiada) e 3) a extensão (conhecida como alongamento, a enzima *taq polimerase* complementa a fita, formando novamente uma dupla fita) – a forma recombinante da enzima *Taq DNA Polimerase* é ideal para uso em reações de PCR para amplificação de fragmentos de DNA até 5 kb⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ ALBUQUERQUE, T. K. *Identificação humana através de marcadores moleculares*. Caderno La Salle XI, Canoas, v. 2, n. 1, p. 265 – 270, 2004.

⁴⁶⁶ DURTE, Francisco, A. M.; PERES, Augusto, M.; Pena, Sergio D.; DE BARROS, Margareth, P. M.; ROSSI, Elsie O. *A avaliação do DNA com o prova forense*. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2001. Disponível em: <http://www.funpc.gov.br>. Acesso em: 18. abr. 2001.

⁴⁶⁷ A *Taq DNA Polimerase* é uma enzima termoestável isolada da bactéria termofílica *Thermus aquaticus* e expressa em bactérias *Escherichia coli*. Esta enzima recombinante é constituída por uma cadeia polipeptídica com o peso molecular de aproximadamente 94 kDa, apresentando as atividades de 5'→3' DNA polimerase e 5'→3' exonuclease. <https://bit.ly/2SQ8OZ4>. Acesso em: 05 mai. 2018.

Dentre as principais vantagens da técnica de PCR⁴⁶⁸ destacam-se:

- a) a velocidade e facilidade de utilização
- b) a sensibilidade
- c) robustez e possibilidade de amostras degradadas

A PCR também pode ser usada no teste de paternidade, em que existe uma comparação entre os indivíduos, confirmando ou descartando seu parentesco, identificando os pais biológicos da criança. As vantagens de se usar a técnica de PCR é que, em muitas das vezes, a quantidade de DNA disponível para análise é limitada, prejudicando na obtenção dos resultados.

Porém, com a técnica de PCR, o menor vestígio de DNA encontrado – e pode ser encontrado em todas as células vivas do corpo humano – pode ser amplificado, aumentando a quantidade de material e proporcionando a construção do perfil genético em análise.

Em 1999 a Sociedade Brasileira de Medicina Legal (SBML) editou algumas recomendações para realização de exames de paternidade através de DNA em laboratórios particulares numa tentativa de normatização de adesão voluntária. Na mesma época o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) formou um Comitê Técnico Especializado de Biologia Molecular (CTLE 04) para o estudo de parâmetros de sistematização voltados para análise de DNA. Contudo, tais iniciativas também não tiveram muito sucesso no meio forense⁴⁶⁹.

Evidentemente que a metodologia da técnica de PCR revolucionou todas as áreas de diagnóstico e estudos genéticos, bem como a investigação genética pelo mundo, pois uma vez que apenas um fragmento do DNA é isolado e amplificado pela PCR, esta técnica permite a utilização de amostras que contenham DNA degradado. Assim, por meio da PCR é possível a tipagem do DNA em amostras específicas, como

⁴⁶⁸STRACHAN, Tom.; READ, Andrew P. *Genética Molecular Humana*. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

⁴⁶⁹BONACCORSO, Norma Sueli. *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*. 2005. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo-USP. São Paulo, 2005.

amostras antigas e já decompostas, restos mortais de vítimas de incêndios ou acidente e corpos em decomposição.

Os exemplos abaixo mostram alguns fluídos corporais e outros materiais humanos – além da urina, fezes, dentes, sêmen, catarro –, onde o DNA pode ser extraído por meio da técnica de PCR e auxiliar nas investigações criminais⁴⁷⁰:

- a) Na saliva – pois existem células da boca, assim qualquer traço de saliva permite a identificação do DNA;
- b) No sangue – mesmo que a maioria das células vermelhas não contenha, no sangue existem também células brancas que contém DNA e pode ser obtido mesmo de pequenas amostras;
- c) No cabelo – a principal parte está na raiz, pois o comprimento pode até ser utilizado para alguns processos de tipagem, mas não outros.
- d) Na pele – tocar um objeto pode deixar células suficientes para a tipagem de DNA.
- e) Nos ossos – normalmente, estes são utilizados para identificação de corpos, mesmo depois de décadas.

No Brasil, no início da utilização das técnicas de análises de DNA para fins de identificação humana buscou-se a normatização dos exames através de um grupo técnico e consultivo ligado ao Ministério da Saúde chamado GTDNA. Desta iniciativa participaram representantes de alguns laboratórios brasileiros atuantes à época no campo da tipagem humana para investigação de paternidade. Entretanto, os trabalhos deste grupo não tiveram o sucesso e a repercussão desejados.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é o órgão público competente para avaliar os procedimentos técnicos em laboratórios analíticos. De acordo com as suas normatizações, todas as etapas da cadeia de custódia das amostras biológicas devem ser documentadas de modo apropriado, a fim de evitar contaminações e a adequação das condições de trabalho à ISO/IEC 17.025. Em adição, os procedimentos para estabelecer padrões de qualidade, como a

⁴⁷⁰ MUNIZ, Simone dos Santos; SILVA, Paulo Queiroz da. *A utilização de marcadores moleculares de DNA aplicados nas investigações forenses*. Disponível em: <https://bit.ly/2Bsu4x7>. Acesso em: 14 mai. 2018.

calibração de equipamentos e a presença de um segundo analista devem ser implementadas no país para que as análises se equivalham em termos de segurança e credibilidade àquelas realizadas em laboratórios de referência no exterior. Em adição, por fazerem uso de técnicas de engenharia genética, as tipagens genéticas devem obedecer às normas estabelecidas na Lei de Biossegurança N° 8.974/95⁴⁷¹.

Do ponto de vista das aplicações práticas na investigação pericial forense, os exames de DNA são empregados⁴⁷², dentre outros, nos seguintes casos:

- Identificação de suspeitos em casos de violência sexual (estupros, atentado violento ao pudor, atos libidinosos);
- Identificação de cadáveres carbonizados ou em decomposição;
- Identificação de corpos mutilados;
- Identificação de peças ósseas e órgãos humanos;
- Investigação de paternidade;
- Produção de perfis de material genético recuperado através de evidências de natureza biológica presentes em suportes diversos encontrados em locais de crimes (manchas de sangue, manchas de esperma, manchas de saliva, pêlos e outros).

Vale ressaltar, também, que a *Eletroforese* é outro processo usado para extrair os fragmentos de DNA resultantes. Onde a separação e detecção dos fragmentos resultam num padrão único de bandas: a *impressão digital genética*. Este padrão é bastante utilizado em investigações criminais para comparar o DNA do suspeito com DNA encontrado no local do crime.

A eletroforese é uma técnica que possibilita separar moléculas em função da massa, carga, forma e compactação, sendo uma técnica rápida, sensível e precisa. Na separação de DNA, baseia-

⁴⁷¹ PARADELA, Eduardo Ribeiro; FIGUEIREDO, André Luís dos Santos; SMARRA, André Luís Soares. *A identificação humana por DNA: aplicações e limites*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 30, jun. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/2QDp43a>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁴⁷² LIMA, Hélio Buchmuller. *DNA X Criminalidade. Perícia Federal: Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais*, Brasília. Ano IX n° 26, p. 8-11. Junho/2007 a Março/2008. Disponível em: <https://bit.ly/2Er0o6B>. Acesso em: 20 mai. 2012.

se na carga negativa da molécula. Sendo assim, íons livres, moléculas inteiras ou fragmentos de DNA em uma solução são separados por migração em suportes com géis de agarose ou poliacrilamida, pela ação de uma corrente elétrica com diferentes velocidades⁴⁷³. Embora seja uma técnica muito versátil e apresentar baixa dificuldade de realização, a identificação dos fragmentos é feita somente quanto ao tamanho e não quanto à sequência⁴⁷⁴.

Dentro do contexto da justiça criminal, *aimpressão digital genética*, através da extração do DNA, tem muita importância como elemento de prova criminal. BARROS e PISCINO⁴⁷⁵ definem prova como sendo “tudo aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um fato” e, diante da determinação do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, no artigo 158, que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” caracterizam a análise de DNA como uma forma de corpo de delito, assim, dando-lhe destaque dentro da perícia criminal.

Por exemplo, um procedimento de importância forense é, especificamente, a *análise do mtDNA*, que deve se restringir a situações em que não é possível a análise do DNA nuclear (fios de cabelo sem bulbo). Ou seja, quando não existe material genético adequado e/ou suficiente para tipagem de regiões STR do DNA genômico, ou quando o material apresenta elevado nível de degradação – em casos de grandes desastres, incêndios, explosões, queda de aviões, etc. Outros exemplos em que se permite a utilização do *mtDNA*, com fins forense, são casos de exame de maternidade (sem pai declarado) e a identificação de espécies a partir do gene do citocromo B (mtDNA), em casos de crime contra fauna⁴⁷⁶.

⁴⁷³ MUNIZ, Simone dos Santos; SILVA, Paulo Queiroz da. *A utilização de marcadores moleculares de DNA aplicados nas investigações forenses*. Disponível em: <https://bit.ly/2Bsu4x7>. Acesso em: 14 mai. 2018.

⁴⁷⁴ KOCH, Analara; ANDRADE, Fabiana Michelsen de. *A utilização de técnicas de biologia molecular na genética forense: uma revisão*. Rbac, Novo Hamburgo, v. 40, n. 1, p.17-23. 2008.

⁴⁷⁵ BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. *DNA e sua utilização como prova no processo Penal*. Portal Mackenzie. Inserido em 09/09/2008. Disponível em: < <https://bit.ly/2PLR0fP> >. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁴⁷⁶ JACQUES, G. S. *Identificação de espécies animais usando sequências de genes mitocondriais no combate aos crimes contra a fauna*. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Ciências Genômicas e Biotecnologia submetida ao programa de pós-graduação stricto sensu em Ciências Genômicas e Biotecnologia da Universidade Católica de Brasília, 2005.

Mesmo existindo alguns questionamentos quanto ao uso forense do *mtDNA*, através dessa técnica o estudo da evolução humana teve um enorme progresso, pois foi por meio da análise das variações do *mtDNA* que se conseguiu a reconstrução de eventos migratórios de mulheres ancestrais e a consequente divisão de *haplotipos*, consubstanciando a proposição de que a espécie humana apareceu na África a aproximadamente 150.000 anos⁴⁷⁷.

Os STR's (do inglês, Shot Tandem Repeats, ou Repetições Curtas em Tandem), ou ainda chamados de microssatélites, são polimorfismos bastante similares aos VNTR's, porém diferem no tamanho (em geral não ultrapassam 200pb) e no comprimento das unidades de repetição em *tandem*, que variam de 2 a 7 nucleotídeos. Estes locos são de grande frequência no genoma humano, onde cada um possui um enorme número de diferentes alelos, inclusive maior do que o encontrado em VNTRs, o que os credencial ainda mais para os estudos de identificação humana⁴⁷⁸.

Portanto, os STR's são ferramentas eficientes para fins de identificação genética individual humana. Nas primeiras décadas de 1990, registraram-se as primeiras aplicações dos STR's no âmbito forense, principalmente na tipagem dos restos cadavéricos de vítimas homicidas. Atualmente, os STR's são os marcadores forenses por excelência, devido à abundância, elevada variabilidade, fácil aplicabilidade por PCR, funcionando com baixas quantidades de DNA e, principalmente, por serem passíveis de automatização com processos através de detecção por fluorescência⁴⁷⁹.

Todas essas metodologias e técnicas de estudos genéticos têm sido muito importantes dentro para o aperfeiçoamento da investigação forense, principalmente na produção *deprova pericial*, enquanto fase primordial para a elucidação de crimes, que consiste em exame, vistoria ou avaliação, conforme art. 464 do NCPC, Lei 13.105/15.

Aprova pericialé considerada uma peça fundamental nas investigações policiais, por isso deve cumprir uma série de requisitos procedimentais, incluindo os estudos genéticos, a ser realizada de maneira idônea, para assegurar qualidade e

⁴⁷⁷ VIGILANT, L.; STONEKING, M.; HARPENDING, H.; HAWKES, K.; WILSON, A.C. *African populations and the evolution of mitochondrial DNA*. Science. 253, p. 1503-1507, 1991.

⁴⁷⁸ PENA, Sérgio D.J. *Segurança Pública: Determinação de identidade genética pelo DNA*. In: Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C, T & I. Parcerias Estratégicas, v. 20, p. 447 - 460, 2005.

⁴⁷⁹ KASHYAP, V. K.; SITALAXIMIT, T.; CHATTOPADHYAY, P.; TRIVEDI R. *DNA profiling Technologies in Forensic Analysis*. Int. J. Hum. Genet., v. 4, n. 1, p. 11-30, 2004.

legitimidade. Desse modo, entende-se que a prova pericial, consubstanciada por estudos genéticos do DNA, é um elemento essencial e fortalecido cientificamente para o processo penal e, conseqüentemente, à aplicação da justiça.

Para GUEDES⁴⁸⁰, com o conhecimento atual na genética forense, de imediato, existem duas grandes vantagens sobre o uso da tipagem molecular: 1) o DNA possui uma alta estabilidade química mesmo após um longo período de tempo e 2) está presente em todas as células nucleadas do organismo humano, o que facilita a obtenção do mesmo. Inicialmente, as técnicas forenses de identificação humana eram utilizadas apenas para a análise de DNA de evidências biológicas, que contivessem células nucleadas. Porém, hoje, com a implementação do sequenciamento do DNA mitocondrial, essa limitação tem sido superada⁴⁸¹.

Para BARROS e PISCINO entre os meios de prova, a prova pericial ganhou destaque no Código de Processo Penal de 1941, para satisfazer preocupação e a essencialidade do exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios, inclusive genéticos, robustecendo a criminalística – que estuda as medidas para elucidação de fatos delituosos, através de análises de vestígios encontrados em locais de crime.

São recomendações básicas de quesitos para a elaboração do laudo pericial de análise de DNA: identificação do número do inquérito policial ou processo judicial; identificação das partes envolvidas e amostras; informação da etnia (raça) dos envolvidos, quando possível e relevante; citação da metodologia empregada na coleta e armazenamento de materiais e, se necessário, esclarecimento dos cuidados empreendidos para manutenção da cadeia de custódia destes materiais. Em adição, o laudo deve conter informações bibliográficas sobre as metodologias utilizadas para a extração, quantificação e amplificação do DNA; forma de identificação dos alelos obtidos nos testes e fundamentos empregados para os cálculos estatísticos. As frequências estatísticas utilizadas como base para os cálculos também devem ser mencionadas⁴⁸².

⁴⁸⁰ GUEDES, Leo Gds. *Polícia técnica com foco em investigação criminal. DNA forense: aplicações e limitações*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4863, 24 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52322>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁴⁸¹ LEE, H.C.; LADD, C. *Preservation and collection of biological evidence*. Croatian Medical Journal, v. 42, n. 3, p. 225 – 228, 2001.

⁴⁸² COMMISSION OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR FORENSIC HAEMOGENETICS: REPORT. *Concerning recommendations of the DNA / Commission of the International Society for Forensic Haemogenetics relating to the use of the DNA polymorphisms*. [Editorial] Forensic Sci. Int.,

No Processo Penal, a prova pericial enquadra-se como prova material e, por ser advinda de bases científicas, torna-se a prova de maior importância na investigação criminal⁴⁸³.

Conforme CORAINI DE SOUZA e BONACCORSO:

Valendo-se do Princípio de Edmond Locard que considera que “Cada contato deixa um rastro”, é imprescindível a realização da perícia no local da infração para identificação dos vestígios ali encontrados e, conseqüentemente, aumentando a probabilidade de identificação do autor, através do estudo e interpretação deles.

[...] a prova torna-se cada vez mais relevante visto que, no processo penal, é utilizada para a formação do direito e comprovação da autoria do crime ou da inocência do acusado. Outrossim, a análise da prova pelo juiz e, conseqüentemente, da formação da acusação e da defesa, baseadas nos princípios da ampla defesa e do contraditório, garantem a imparcialidade do magistrado analisando os dois lados para a elaboração do julgamento.

No Brasil ainda não há padrões definidos ou órgão responsável pela certificação, fiscalização e regulação dos laboratórios forenses bem como dos procedimentos para análise de amostras de DNA. Há estados onde a instituição responsável é a Polícia Civil, em outros, uma polícia técnica (ou científica) parcialmente desvinculada da autoridade policial jurisprudente daquele local. Além disso, os recursos são disponibilizados em quantidades diferentes para cada estado⁴⁸⁴.

Todavia, muitos estudos inovadores têm surgidos para auxiliarem a investigação criminal, como o que promete identificar características físicas com base em amostras de pigmentação, o que, em tese, pode ajudar a polícia a identificar criminosos. Nesse estudo, por exemplo, uma amostra de sangue pode auxiliar a polícia a

v.42, p. 125-30, 1992; SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA LEGAL: *Recomendações para laboratórios de teste de paternidade*. 1a ed., 1999.

⁴⁸³ CORAINI DE SOUZA; Sara Cristina; BONACCORSO; Norma Sueli. *A Importância da Prova Pericial no Processo Penal*. <https://bit.ly/2PJzfxG>. Acesso em: 08 mai. 2018.

⁴⁸⁴ SILVA, Ana Carolina A.; GONTIJO, Carolina Carvalho. *Acreditação, validação e verificação em práticas forenses*. Disponível em: <https://bit.ly/2AYYjwf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

detectar se o suspeito é uma pessoa com tom de pelo branco ou negro. Outros grupos de estudiosos pesquisam outras maneiras de identificação com base no DNA, através da cor dos olhos, altura, deformações faciais etc., e existe até mesmo a identificação por ancestralidade – saber as origens do indivíduo dono da amostra.

A realidade da investigação forense em países como os Estados Unidos da América, Canadá, Japão, Austrália e em parte da Europa, têm sido crescente quanto ao empregado os bancos de dados de DNA como metodologia auxiliar na investigação criminal e que, aos poucos, também tem se tornado uma realidade no Brasil. Sem dúvida, as tipagens através da análise de DNA se constituem num importantíssimo instrumento para a distribuição de justiça, promovendo a eficácia, a efetividade e celeridade na demanda jurídica. Nesse contexto, as análises laboratoriais e as interpretações dos resultados dos exames de DNA adquirem enorme importância nos tribunais brasileiros⁴⁸⁵.

A lei 12.654 de 28 de maio de 2012, lei criou um banco nacional de DNA para contribuir na elucidação de crimes violentos, visando instituir no Brasil uma unidade central de informações genéticas, gerenciada por uma unidade oficial de perícia criminal. Essa lei é de grande importância para a investigação forense, pois permitirá identificar com mais segurança pessoas que praticaram crimes, bem como evitar que inocentes sejam punidos⁴⁸⁶.

Todavia, muitos laboratórios clínicos estão migrando para a execução de exames genéticos, principalmente porque estes serviços constituem uma lucrativa atividade comercial. Muitas vezes, a oferta desse tipo de serviço não é acompanhada das exigências de qualidade. Historicamente, nos países onde se iniciaram as tecnologias houve um momento de muitas desconfianças para a aceitação dos testes de DNA, que terminou gerando estabelecimento de rigorosos padrões para a execução dos exames genéticos.

⁴⁸⁵ LACERDA, Pedro. *Doação de DNA por criminosos pode ser lei*. Perícia Federal: Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais, Brasília. Ano XVIII, nº 29, p.32-35. Março/2012. Disponível em: <https://bit.ly/2Lr3NDG>. Acesso em: 14 mai. 2018.

⁴⁸⁶ BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nos 12.037, de 1o de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - *Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal*, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2SUVeUl>. Acesso em: 29 mai. 2018.

Conforme MALAGHINI⁴⁸⁷ e BASSO⁴⁸⁸, o banco de vestígios é o local onde são armazenadas as amostras forenses coletadas em local de crime – p.ex. manchas de sangue, manchas de sêmen, pelos cabelos, fragmentos de ossos, dentes, etc. Tais amostras de vestígios criminais, geralmente, são armazenadas sob refrigeração, geladeira ou freezer. Desse modo, evita-se a contaminação da amostra com outros materiais que podem interferir nos resultados do exame, seja inserido outro material genético formando uma mistura, seja inserindo alguma substância que inibirá a replicação do DNA.

Efetivamente, a análise do DNA é um dos grandes progressos técnico-científicos da investigação criminal desde o surgimento das impressões digitais. Assim, a investigação forense se qualifica e se aperfeiçoa à medida em que se desenvolvem novos métodos para determinar o perfil do DNA embasados na tecnologia molecular. O contexto tem muita importância nos estudos de amostras de DNA, pois, para além de poder ser transferido pelas formas mais comuns – p. ex. o sangue –, o DNA humano pode ser encontrado também nas mais diversas superfícies onde tocamos e até mesmo em pessoas com as quais falamos, pois recebem pequenas gotículas de saliva quando falamos.

Por isso, torna-se fundamental que, quando um perfil de DNA for recolhido de um local de crime tem sempre que ser contextualizada, para que possa responder minimamente a questionamentos básicos: quando e como terá o DNA sido depositado naquele local? Como a amostra foi recolhida pelos investigadores no local de crime? Estas questões são essenciais para determinar se aquele DNA poderá, de fato, pertencer ao suspeito, ou de outra forma, não terá sido encontrado por circunstâncias que nada têm a ver com o crime.

Atualmente, mesmo já sendo possível prever as características físicas – p.ex. a cor dos olhos – através do DNA, existe também uma probabilidade associada desta não ser de todo infalível. Desse modo, pelo menos na situação atual, a previsão das características físicas, ou ancestralidade de uma amostra de DNA pode somente ser

⁴⁸⁷ MALAGHINI, M. *Entrevista concedida a Juliana Forlin*. Curitiba, 28 de setembro de 2016.

⁴⁸⁸ BASSO, M. A. *A identificação criminal por meio da coleta de material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12*. 2014, 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação de Direito) - Faculdade de Direito, UFRGS, 2014.

utilizada para reduzir o número de suspeitos, durante a fase de investigação de crime, mas não para incriminar um indivíduo concreto.

Por isso, também, na resolução de um crime por meio de análises de DNA, como noutras perícias, os resultados devem ser considerados sempre num contexto. Pois, mesmo o DNA sendo extremamente informativo, ele tem sempre que corroborar ou ser corroborado por outras evidências, e nunca utilizado e interpretado isoladamente⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹DUARTE, F. A. M.; PEREZ, A.M.; PENA, S.D.; DE BARROS, M.P.M.; ROSSI, E.O. *A avaliação do DNA como prova forense*. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2001.

CAPÍTULO 3

3 Da cadeia de custódia

3.1 O direito de rastrear as fontes de prova como núcleo central da atividade probatória e a relevância da cadeia de custódia da prova

Seguindo na trilha apresentada no capítulo inicial, a prova representa a “alma do processo”, uma vez os mecanismos probatórios são essenciais para a formação da convicção do julgador e para justificar a efetiva prestação jurisdicional perante a população, mostrando ainda que as decisões judiciais não são frutos de fantasiosas conjecturas de uma imaginação fértil, mas que foram tomadas por meio de uma análise racional dos elementos de prova colhidos⁴⁹⁰.

Assim, enquanto fundamental para a aproximada reconstrução dos acontecimentos no bojo do processo ou para indicar o cabimento de determinada alegação das partes, a importância da prova é indiscutível.

Desta forma, para averiguação da verossimilhança da pretensão acusatória formulada, o julgador deve considerar os dados probatórios fornecidos pelos “corpos” detentores de tais elementos, ou seja, a existência de fontes de prova (seja reais ou pessoais) se revela necessária, sendo sua ausência considerada favorável ao imputado, por força da presunção de inocência reitoria no processo penal brasileiro.

Um tema que tem despertado cada vez mais interesse dos operadores do Direito no Direito processual brasileiro é como pode ser assegurada a preservação da fonte de prova (científica), com todas suas características, até o momento de seu exame por um expert, cujo laudo poderá reproduzir conhecimentos relevantes ou pertinentes para o processo⁴⁹¹. Possivelmente impulsionado por uma série de notícias de erros

⁴⁹⁰ “Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos relevante de justificar perante o corpo social a decisão adotada; assim, considerar a prova como a “alma do processo” tanto pode significar a exaltação do seu valor interno – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece sobre os fatos –, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

⁴⁹¹ “As possibilidades técnicas de realização de uma prova pericial estão sujeitas à qualidade das amostras, o que, em muitos casos, é inerente à própria amostra. Porém, muitas vezes, a qualidade depende dos processos de coleta e de armazenagem destas amostras até a chegada ao laboratório para análises”.

judiciários provenientes de perícias impróprias ou inválidas⁴⁹², na temática da prova científica, a importância da chamada “cadeia de custódia” tem se mostrado incontroversa⁴⁹³, especialmente se pensarmos que a preservação de tais fontes de prova acontece fora dos autos, sendo condição essencial para validade do resultado do laudo⁴⁹⁴. Afinal, como bem descreve LOPES Jr., “o tema das provas exige a intervenção de regras de “acreditação”, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório; há que ser “acreditado”, legitimado, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório”⁴⁹⁵.

BONACCORSO, Norma; PERIOLI, Celso. *Centro de custódia. Perito criminal*. Disponível em: www.peritocriminl.net/artigos/custodia.htm. Acesso em: 10 dez. 2007. Apud DEL-CAMPO, Eduardo. Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 233.

⁴⁹² “Of the first 225 wrong full convictions overturned by DNA testing, more than 50% (116 cases) involved unvalidate do rimproper forensic science”. Wrong full convictions involvin gun validate do rimproper forensic Science that were later overturned through DNA testing”. Disponível em: <https://bit.ly/2EtRcOI>. Acesso em: 14 jul. 2018.

⁴⁹³ “No campo das provas uma das questões sensíveis consistiu em estabelecer critérios de um sistema de controles epistêmicos que seja, o sistema, por si, capaz de assegurar a “autenticidade” de determinados elementos probatórios, documentos e objetos, empregados como base dos argumentos das partes para convencer o juiz acerca da existência de fatos penalmente relevantes”. PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In: *Prova penal – Estado democrático de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 13-37, p. 29.

⁴⁹⁴ “Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma. Trata-se de evitar o fenômeno da <<break on the chain of custody>>. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80. Ainda, na mesma obra: “Quando, ademais, o problema desloca-se da preservação de vestígios, documentos e outros objetos para a de suportes digitais, cujos riscos de manipulação são equivalentes aos de confusão entre meios de prova e meios de investigação de prova (fontes de prova), no âmbito de incidência de métodos ocultos de investigação que sobrevivem no ambiente rarefeito das cautelares *inaudita altera pars*, a emergência dos controles sugeridos internacionalmente é indiscutível. A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia”. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 82. No mesmo sentido: “O exame da cadeia de custódia é extremamente importante, haja vista que, não raramente, um objeto de prova poderá e deverá circular entre várias instâncias examinatórias, trafegando por diferentes órgãos, inclusive de polícia judiciária ou inspeção sanitária, até aportar no processo através de relatórios descritivos e interpretativos. Tais elementos-prova serão normalmente produzidos à margem do contraditório, no seio de medidas cautelares *inaudita altera parte*, sujeitas a contraditório diferido”. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 170-171.

⁴⁹⁵ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412.

Com efeito, a preocupação com a rastreabilidade da prova e a perda de sua credibilidade em razão de uma proveniência desconhecida ou manuseio ignorado pelos agentes estatais ocasiona suspeita ou fundada dúvida de eventual manipulação⁴⁹⁶.

Até pouco tempo ignorada no cenário do direito processual brasileiro (mas tratado pela doutrina das perícias criminais⁴⁹⁷), PRADO introduziu o tema em pioneiro trabalho intitulado “Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos”⁴⁹⁸. Segundo defendido por este professor, o resguardo íntegro das fontes de prova permite a demonstração de que não houve qualquer ilicitude em sua obtenção⁴⁹⁹, assim como garante ao processo seu potencial epistêmico⁵⁰⁰. De tal forma, PRADO define a cadeia de custódia da prova

⁴⁹⁶ “A quebra da cadeia de custódia leva à quebra da rastreabilidade da prova. Isso, por sua vez, leva à perda de credibilidade daquele elemento probatório. Afinal, se eu desconheço a proveniência daquela prova, se eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja ela objeto da manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes do Estado ou, até, por eventuais corréus que apresentem acusações recíprocas e versões divergentes. Ainda, sem a intervenção da autoridade jurisdicional e controle das partes processuais, o material probatório indevidamente descartado ou alterado poderia conter prova de defesa capaz de conduzir à absolvição dos acusados”. EDINGER, Carlos. *Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 120, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237-257, p. 252).

⁴⁹⁷ “Finalidade da cadeia de custódia

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de se evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. Importante esclarecer que a cadeia de custódia não está restrita só ao âmbito da perícia criminal, mas envolve desde a delegacia policial, quando apreende algum objeto e já deve observar com rigor tais procedimentos, da cadeia de custódia. Em acréscimo: qualquer policial, seja ele civil ou militar, que for receptor de algum objeto material que possa estar relacionado a alguma ocorrência, deve também – já no seu recebimento ou achado – proceder com os cuidados da aplicação da cadeia de custódia. E essas preocupações vão além da polícia e da perícia, estendendo-se aos momentos de trâmites desses objetos da fase do processo criminal, tanto no ministério público quanto na própria justiça. Os procedimentos da cadeia de custódia devem continuar até o processo ter transitado em julgado. Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado. Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo”. ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2009, p. 165.

⁴⁹⁸ “No direito brasileiro praticamente não há referências doutrinárias à cadeia de custódia, designação pela qual é conhecido o dispositivo que pretende assegurar a integridade dos elementos probatórios, não obstante o seu significado em termos de complexidade da garantia constitucional contra a prova ilícita”. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.

⁴⁹⁹ “O rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser destruída. Sem esse rastreamento, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado.” PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 79.

⁵⁰⁰ “A preservação destes elementos probatórios, portanto, insere-se no âmbito de juridicidade que, observada a inexistência de previsão legal, deve ser suprido pelo juiz para garantir ao processo a sua

como “nada mais que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”⁵⁰¹.

Por sua vez, EDINGER assinala que “a cadeia de custódia é composta de elos, que dizem respeito a um vestígio que, por sua vez, eventualmente, será considerado uma prova. Um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio. É dever do Estado e, também direito do acusado, identificar, de maneira coerente e concreta, cada elo, a partir do momento no qual o vestígio foi encontrado. Assim, fala-se em cadeia de custódia íntegra quando se fala em uma sucessão de elos provados. Cada um deles proporciona a viabilidade do desenvolvimento do seguinte [elo], de forma a proteger a integridade de um vestígio do local do crime ao seu reconhecimento como prova material até o trânsito em julgado”⁵⁰².

Segundo DEL-CAMPO, por mais que os avanços científicos possam contribuir com as ciências forenses no sentido de aprimorar a capacidade de reunir evidências suficientes para a solução das questões levadas à consideração da Justiça, tais evidências, particularmente aquelas relacionadas com a necessidade posterior de exames laboratoriais, só podem ser aceitas como meios de prova se a coleta, o manuseio e a análise das amostras observarem condições mínimas de segurança de modo a garantir a integridade do material a ser examinado e a idoneidade dos meios empregados⁵⁰³.

Em Portaria 82/2014, de 16/07/2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, no 1.1., cadeia de custódia é “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Ainda, a mesma normativa dispõe no preâmbulo que a cadeia de custódia da prova “é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a

qualidade de entidade epistêmica”. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 79.

⁵⁰¹ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 86.

⁵⁰² EDINGER, Carlos. *Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 120, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237-257, p. 242).

⁵⁰³ DEL-CAMPO, Eduardo. *Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica*. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 235.

conclusão do processo judicial”. E finaliza: “[a cadeia de custódia] confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório”⁵⁰⁴.

Embora não tenha assento no Código de Processo Penal⁵⁰⁵, a cadeia de custódia da prova tem especial relevância em um sistema de instrumentalidade constitucional da investigação criminal⁵⁰⁶, sobretudo para prevalência da ampla defesa e contraditório posteriormente em fase judicial. Levando em conta a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal⁵⁰⁷ e o inciso XIV do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil⁵⁰⁸, as agências estatais de persecução penal devem disponibilizar o pleno acesso aos elementos informativos coletados aos imputados criminalmente, distanciando do objetivo único de propiciar base para a narrativa acusatória, como também para fornecer os meios necessários para preparação da defesa técnica⁵⁰⁹ e igualmente possibilitar a identificação de provas ilícitas no percurso da investigação⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ Disponível em: <https://bit.ly/2R8SRjo>. Acesso em: 12 nov. 2018.

⁵⁰⁵ BADARÓ considera que o Código de Processo Penal contempla a necessidade de cadeia de custódia da prova, em uma interpretação sistemática, levando em conta os incisos I e III do art. 6º, quando o diploma legal dispõe como ato de investigação a preservação do local até chegada dos peritos e que sejam colhidas todas as provas indispensáveis para o esclarecimento do fato. BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 526.

⁵⁰⁶ “O processo penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade constitucional, e esse também será o ponto de partida para justificar a investigação preliminar. Ela não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento-maior ao qual presta serviço. (...) Do mesmo modo que o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, a investigação preliminar também atende a um patente interesse da eficácia de direitos fundamentais, para evitar as acusações e os processos infundados”. LOPES Jr., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 101.

⁵⁰⁷ É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁵⁰⁸ Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

⁵⁰⁹ “Tento propor, no ponto, respostas consentâneas com a defesa efetiva, com o contraditório, e com práticas democráticas de investigação e de persecução. Para tanto, afirmo que, mais do que investigar para embasar narrativas acusatórias, o órgão acusador tem um dever de expor, à defesa, os elementos probatórios por ela descobertos. Quanto à vinculação do tema com a defesa efetiva, é pertinente salientar que um de seus consectuários é o direito ao tempo e, principalmente, aos meios necessários para a preparação da defesa técnica. Diogo Malan, sobre esse tema, afirma que “tais meios de preparação da defesa técnica incluem, no mínimo, os direitos: (i) de acesso aos elementos de convicção na posse da polícia judiciária; (ii) ser informado da acusação; (iii) à prova defensiva”. EDINGER, Carlos. *Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 120, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237-257, p. 245). Por seu turno, PRADO destaca: “Por isso, a investigação criminal conformada ao devido processo legal deve ser ponderada em dupla perspectiva: a)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda problematização exposta, tendo em conta a necessidade de se estabelecer determinado regramento naquilo que se relaciona a prova genética, garantindo com isso o exercício do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente agasalhadas e afastando os discursos de violência à serviço do autoritarismo, como a verdade científica e a irrefutabilidade de tudo aquilo que é laboratorialmente construído, apresentam-se alguns pontos a título de considerações finais, buscando com isso, de certo modo, estampar conclusões oriundas da pesquisa enfrentada. Ademais, a metodologia adotada neste expediente será em forma de tópicos, buscando, ponto a ponto, alinhar o raciocínio ora construído. Neste sentido, compreende-se que:

- I. - A velocidade e eficiência são as marcas caracterizadoras do mundo globalizado de incertezas, onde, a tecnologia não somente muda a vida das pessoas em particular, mas também o modo com que elas enxergam seu cotidiano;
- II. - A rápida informação e o desenvolvimento tecnológico ditam as regras do jogo em nome da eficiência e a revolução tecnológica é dirigida a disseminação de informações e não, prioritariamente, para o desenvolvimento da indústria;
- III. - As pesquisas em tecnologias da informação, a genética, as tecnologias espaciais, a bioquímica, a biotecnologia, dentre outras, se consolidou nas últimas duas décadas do Século XX;
- IV. - Em uma sociedade onde a contradição e o conflito são regra, o sistema de justiça criminal se apresenta com uma dinâmica atrasada, onde correndo atrás daquilo que ocorre no cotidiano do mundo da vida;

como meio hábil à formação da justa causa para a ação penal, interditando o recurso à acusação penal nos casos em que esta não supera o filtro das condições mínimas para levar alguém a juízo; b) como exigência de que a própria investigação encontre adequação legal, tendo em vista o conjunto de garantias que controlem e estejam dotadas do potencial de contenção da vocação expansiva do poder de punir”. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

⁵¹⁰ “A defesa, por sua vez, tem o direito de conhecer a totalidade dos citados elementos informativos para rastrear a legalidade da atividade persecutória, pois de outra maneira não haveria como identificar provas ilícitas”. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

- V. - O denominado "tempo morto", torna-se instrumento fundamental e politicamente estratégico na acelerada onda punitiva da sociedade de controle e, ainda, em nome da eficiência, os discursos de velocidade conseguem cada vez mais aderência no sistema de justiça criminal, onde a pressa e eficiência são notas caracterizadoras desta realidade globalizada e excludente;
- VI. - É cediço que a maior parte do progresso tecnológico alcançado advém de atividades de pesquisa e desenvolvimento de empresas privadas, sendo que estas objetivam o aumento de lucros promovendo a descoberta de novos mercados e produtos e, por óbvio, a lógica de mercado não é afastada do estudo do DNA;
- VII. - A formalidade atravanca a necessária velocidade da decisão econômica, acarretando uma gradual desconfiança em relação ao direito e a busca de soluções à margem do Estado-Juiz e, neste cenário, direitos e garantias fundamentais se veem ameaçados;
- VIII. - É perfeitamente compreensível que o princípio da legalidade é o eixo de todo o sistema penal, sendo que é por intermédio da taxatividade que se torna claro, cristalino e objetivo o que a lei determina, servindo está como limite de atuação estatal e proteção de direitos e garantias fundamentais;
- IX. - Toda a administração pública deve ser regida e orientada pelo princípio da legalidade e a taxatividade está implícita no princípio da legalidade;
- X. - A sociedade se encontra diante de uma verdadeira crise do princípio da legalidade, pois na atualidade ocorre a propagação de posições autoritárias, antigarantistas, revestidas de suposta tecnicidade e cientificidade, transformando a sociedade em um ambiente maliciosamente conjugado entre medo e segurança;
- XI. - é sabido que toda ação estatal deve observar os dizeres constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos;
- XII. - Naquilo que consiste aos institutos da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* a preocupação não é menor;
- XIII. - Cabe sublinhar que a dúvida sempre deverá militar a favor do acusado e o "*in dubio pro reo*" guarda estreita relação com o princípio da presunção da inocência;
- XIV. - O princípio da presunção de inocência implica necessariamente o direito de ser tratado como inocente;
- XV. - O princípio do contraditório e da ampla defesa guardam íntima relação com o devido processo legal;

- XVI. - Todo acusado não poderá sofrer as consequências de uma decisão judicial sem participar de forma plena e ativa do jogo do processo em que figura como parte;
- A defesa deve ter as mesmas condições e oportunidades de levantar provas a seu favor, em igualdade e possibilidade de condições com aquele que acusa;
- XVII. - Contraditório e ampla defesa não são sinônimos, mas encontram-se umbilical, constitucional e convencionalmente inseparáveis;
- XVIII. - Não se exige do acusado a colaboração com a construção de absolutamente nada no processo, sendo que a carga probatória é exclusivamente da acusação;
- XIX. - A intimidade e a privacidade são conceitos inerentes a pessoa, sendo relevantes à dignidade humana;
- XX. - O ser humano é um fim em si e deve ser respeitado em sua essência não devendo ser instrumentalizado, vilipendiado ou aviltado em sua dignidade, privacidade ou intimidade, pois o conceito de privacidade está diretamente relacionado ao conceito de liberdade;
- XXI. - Em se tratando de intimidade, privacidade e preservação de dados pessoais, qualquer informação que venha a ser divulgada contra a ciência e autorização de uma pessoa fere sua dignidade;
- XXII. - O debate a respeito da intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais está na ordem do dia, sendo que sua flexibilização caracteriza uma exceção que necessita exaustiva e fundamentada justificativa por intermédio de ordem judicial como garantia constitucional, dentre outras, de controle jurisdicional;
- XXIII. - Neste estágio do desenvolvimento científico, onde o conhecimento a respeito do genoma humano avança velozmente, a intimidade genética e os limites de atuação do Estado no acesso e manejo desta informação são de debate inadiável;
- XXIV. - A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, aponta “que são inadmissíveis ao processo provas obtidas por meios ilícitos”;
- XXV. - Com relação a expressão "*prova*", a polêmica e o imprevisto semântico são regra em terras nacionais;
- XXVI. - Pode-se afirmar que *prova* são os meios e atos utilizados pelas partes no jogo do processo que visa demonstrar os fatos alegados e, ainda, provar é em grande medida a demonstração dos fatos pretéritos a respeito do caso penal em discussão;

- XXVII. - O papel fundamental a que se destina a prova é a construção do convencimento do julgador, sendo que cabe as partes influenciarem na convicção do julgador com o manejo da prova produzida sob o crivo do contraditório;
- XXVIII. - Qualquer iniciativa probatória do magistrado caracteriza afronta as bases mais elementares do processo penal democrático, do sistema acusatório e ao estado de inocência do acusado;
- XXIX. - No mundo contemporâneo a ciência chegou a um patamar nunca visto na história da humanidade e isso fez com que no processo penal surgisse a lógica da verdade científica;
- XXX. - é certo que a prova do processo não pode viver de violências semânticas, alargamentos e flexibilizações indevidas e muito menos de interpretações que procuram salvar o processo a qualquer custo em detrimento dos direitos e garantias individuais do cidadão;
- XXXI. - Já a proporcionalidade está e deverá permanecer como método de limitação e contenção da incidência do poder punitivo no caso concreto, sendo esta metodologicamente subdividida em três níveis;
- XXXII. - O subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito;
- XXXIII. - A proporcionalidade é invocada de maneira totalmente indiscriminada, acarretando um verdadeiro amesquinamento dos direitos e garantias individuais;
- XXXIV. - Na prática, serve como instrumento a serviço de restrições de direitos e garantias fundamentais, o que bem caracteriza uma arbitrariedade do poder punitivo estatal;
- XXXV. - A proporcionalidade deve ser endereçada, também, ao julgador no momento de sua decisão no que tange a determinação de quaisquer medidas que venham a acarretar restrição aos direitos individuais do cidadão;
- XXXVI. - Uma das tarefas essenciais de um processo penal constitucional é a de contenção do poder punitivo, visando assim a proteção dos direitos do indivíduo e o estrito respeito às regras do jogo como notas caracterizadoras que marcam a distinção entre um processo penal de corte acusatório de um com viés inquisitório;
- XXXVII. - Em um processo penal constitucional e convencionalmente orientado a forma é garantia e limite de poder;

- XXXVIII. - Torna-se inafastável a tarefa cotidiana de se realizar a leitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos;
- XXXIX. - é de fácil constatação que a atividade probatória se encontra contaminada por vários fatores que escapam da técnica processual, como elementos políticos, sociais e culturais;
- XL. - No processo são formuladas várias hipóteses históricas, sendo que as provas seriam os materiais em que tais hipóteses são verificadas;
- XLI. - O direito à prova é inserido no plexo de garantias do devido processo legal, sendo uma garantia do acusado;
- XLII. - A doutrina apresenta como essencial a funcionalidade persuasiva da prova, destacando-se como sendo a atividade das partes destinadas precipuamente ao convencimento do julgador e também a reconstrução, com maior proximidade possível, dos fatos ocorridos no passado;
- XLIII. - *A fonte de prova* pode ser vista como o material apto a fornecer resultados relevantes para apreciação do julgador;
- XLIV. - O objeto da prova não são os fatos propriamente ditos, mas as denominadas alegações dos fatos;
- XLV. - Meio de prova seria o instrumento por meio do qual o processo incorpora um elemento que pode servir para a decisão;
- XLVI. - Os meios devem ser vistos como os atos pelos quais as partes introduzem no processo o conhecimento sobre determinados elementos de prova;
- XLVII. - O tema relativo à prova obtida por meios ilícitos foi inserido no capítulo das garantias constitucionais da Constituição de 88, justificando-se no fato de que a forma de colheita das provas processuais penais interfere diretamente na esfera das liberdades individuais;
- XLVIII. - Importante frisar que o indício não pode ser considerado meio de prova, sendo apenas o ponto de partida da persecução;
- XLIX. - O elemento de prova é o material que se extrai da fonte de prova quando ainda não se obteve a valoração pelo julgador;
- L. - A prova não pode ser obtida de qualquer modo, tampouco a qualquer preço, bem como, a atividade probatória deve ser regida pelos princípios do contraditório e igualdade, seguindo um conjunto de garantias constitucionais que visam assegurar a liberdade e espontaneidade das partes;

- LI. - Tanto o juiz quanto o historiador utilizam-se da atividade probatória, para fins de permitir o conhecimento indireto dos fatos e, ademais, parece indiscutível reconhecer que o processo penal é um instrumento de retrospectiva;
- LII. - Cabe destacar que a ideia de utilização da assistência de um perito é um instituto antigo dos processos civil e penal e, na prática, se compreende que o profissional nomeado pelo juiz goza de confiança e credibilidade;
- LIII. - é preciso desenvolver mecanismos que impeçam a contaminação do processo com pseudoperícias, travestidas de suposta cientificidade;
- LIV. - Nadoutrina, majoritariamente, reconhece-se que a perícia tem a natureza jurídica de meio de prova, sendo que a prova pericial consiste na emissão de informações à autoridade judicial por parte de pessoas com especiais conhecimentos em determinada matéria;
- LV. -Entende-se que deva ocorrer o contraditório entre o perito e os assistentes técnicos das partes, podendo estes últimos presenciar as operações, realizar apontamentos e formular requerimentos;
- LVI. - A prática do foro acaba posicionando a prova pericial em um lugar de destaque, especialmente em razão do mito da verdade científica, tendo em vista uma suposta supremacia da prova técnica;
- LVII. - A admissibilidade da perícia não pode ser automática, tampouco prescinde de valoração judicial, pois é fundamental proteger o processo da admissão de perícias equivocadas, realizadas com métodos duvidosos e que são tidas como irrefutáveis, pois é certo que a prova pericial não deve operar somente para a assistência do julgador, mas também do acusador e da defesa;
- LVIII. - Já que todo saber é datado, importante apontar que a própria perícia produz um saber científico relativo e com prazo de validade, não havendo a denominada “*rainha das provas*” no processo penal;
- LIX. - No campo do direito probatório, o tema das provas ilícitas assume especial importância, sobretudo por limitar a atuação do Estado na execução da persecução penal, pois as limitações probatórias constituem elemento essencial para equilíbrio do jogo processual;
- LX. - Entende-se que o conceito de identidade se originou na filosofia e serve para descrever algo ou alguém que é diferente de outros, porém idêntico a si mesmo;

- LXI. - A formação da identidade passa por uma variedade de sentimentos e ações racionais e irracionais, conscientes e inconscientes nas escolhas pessoais que o sujeito faz para a construção da sua identificação;
- LXII. -O desenvolvimento humano nas técnicas de identificação pessoal influenciou as formas de persecução penal conforme o avanço tecnológico;
- LXIII. - Adeterminação de identidade genética constitui um dos produtos mais revolucionários da moderna genética humana e, no Brasil, este instituto surgiu com força a partir da Lei nº 12.654/2012;
- LXIV. - No Brasil a Genética Forense já tem sido utilizada na criminalística para o confronto de vestígios biológicos de indivíduos supostamente envolvidos em uma cena de crime;
- LXV. - Na prática forense, antes de se identificar o perfil genético é realizada a extração do DNA da amostra e emprega-se a técnica de Reação em Cadeia da Polimerase(PCR), para amplificar o material genético que será submetido à análise de DNA;
- LXVI. - A PCR é uma técnica utilizada diariamente nos laboratórios e possibilita a amplificação de um dado fragmento da amostra de DNA inicial de forma exponencial;
- LXVII. - No Brasil o estudo do DNA ainda é muito incipiente e precisa ser aperfeiçoado;
- LXVIII. - O banco de dados de perfis genéticos serve como armazenamento de perfis de DNA e amostras biológicas;
- LXIX. - A cadeia de custódia da prova visa garantir a fiabilidade do elemento probatório, sendo que cabe ao poder estatal a exclusiva carga de demonstrar a integridade dos elos que compõem a cadeia de custódia, sendo desautorizados discursos de estilo "fé pública" ou qualquer espécie de "lavagem da prova ilícita";
- LXX. - Somente poderá ser aceita como meio de prova se a coleta, o manuseio e a análise das amostras observarem condições mínimas de segurança de modo a garantir a integridade do material a ser examinado;
- LXXI. - não obstante a cadeia de custódia não tenha assento no Código de Processo Penal, a mesma possui especial relevância em um sistema de instrumentalidade constitucional da investigação criminal, sobretudo para o exercício e prevalência da ampla defesa e contraditório;

- LXXII. - A cadeia de custódia demanda a esmerada obediência a procedimentos pré-determinados que almejam proteger o corpo de prova e permitir a devida extração de informações necessárias para o processo;
- LXXIII. - A imposição de controle de rastreabilidade para checar a preservação das fontes de prova se mostra necessária por conta da impossibilidade de monitorar os mecanismos de convencimento psicológico do juiz;
- LXXIV. - Na doutrina nacional e estrangeira, os critérios de decisão também recebem os nomes de “modelos de constatação” ou “standards probatórios”, sendo que os *standards* probatórios são mecanismos oriundos da tradição do *Common Law*;
- LXXV. - Os *standards* probatórios constituem critérios ou diretrizes que indicam ao julgador quando pode considerar que logrou obter a prova de um fato;
- LXXVI. - A implementação de um rigoroso sistema de controles epistêmicos para constringer a arbitrariedade jurisdicional implica na construção de requisitos de verificação dos fatos do caso penal, ou seja, de *standards* probatório;
- LXXVII. - Observado que o *standard* compatível com este raciocínio implica em maior rigor probatório com a versão acusatória, qualquer prova que tenha tido sua cadeia de custódia violada deve ser refutada pela perda de credibilidade;
- LXXVIII. - No que tange a prova genética, é importante asseverar que a demonstração de credibilidade probatória é exclusiva do órgão estatal e a determinação, por meio de lei, do procedimento adotado e as respectivas penalidades em caso de descumprimento é uma exigência democrática;
- LXXIX. - Somente assim, estabelecendo legalmente os *standards* da prova genética, é que será possível o exercício do contraditório e da ampla defesa nos termos da Constituição Federal de 1988;
- LXXX. – Por intermédio de configuração legislativa é necessário o regramento de todo o procedimento, desde o primeiro contato com o vestígio no local dos fatos, até a feitura do respectivo laudo, assegurando idoneidade probatória ao elemento;
- LXXXI. – propõe-se que todo agente estatal – via de regra policiais militares, civis e federais – porte em sua vestimenta uma câmera, com áudio e vídeo, que seja capaz de transmitir todo o desenrolar da coleta, em tempo real e via internet, sendo estas cenas armazenadas em banco de dados específico para este fim, podendo ser acessado pelas partes, acusação e defesa;
- LXXXII. – Neste passo, registrar por imagens e áudio a espécie, quantidade, cores, padrões e condições em que se encontravam os lacres, recipientes, sacos

plásticos de coleta e demais utensílios, utilizados na operação, bem como o nome e identificação completa de todos os agentes que participaram da ocorrência como um todo, da coleta até o laudo;

- LXXXIII. - Medir a temperatura ambiente, descrever a luminosidade e filmar – não apenas fotografar - todo o local da ocorrência onde o elemento genético foi encontrado também deve ser um procedimento padrão e legalmente exigido;
- LXXXIV. – é encargo estatal assegurar que a filmagem ocorra sem edições, falhas ou cortes, o que por determinação legal, se porventura tal falha se fizesse presente, acarretaria o imediato descarte do elemento coletado e com isso seria desautorizada sua juntada ou manutenção nos autos, caso tenha ingressado, seja em qual fase do jogo do processo;
- LXXXV. – A não observância de qualquer destes pontos legalmente estabelecidos acarretará a imprestabilidade do elemento colhido e a respectiva inadmissibilidade deste no bojo do processo;
- LXXXVI. - Somente assim, com o estabelecimento e determinação legal destes *standards*, conforme proposto acima, o que significa uma inovação no trato da prova genética, é que será possível o exercício do contraditório e da ampla defesa nos termos da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. Inexistência do princípio da verdade real no processo penal garantista. In: VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariangela Tomé (org) *Eficiência e Garantismo no Processo Penal: Estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.

AFONSO, C. A. *A diversidade mitocondrial no Sudão: Aplicações à genética forense e à genética populacional*. Dissertação (Mestrado) – Medicina Legal. Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar da Universidade do Porto, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALAMY, João Filho. *O Caso dos Irmãos Naves*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961.

ALBERTS, Bruce [et al.]. *Biologia molecular da célula*. 5ª ed. Trad. Ana Letícia de Souza Vanz [et al.]. Porto Alegre: Artmed, 2010.

ALBUQUERQUE, T. K. *Identificação humana através de marcadores moleculares*. Caderno La Salle XI, Canoas, v. 2, n. 1, 2004.

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. *Ciencia y proceso: la prueba de ADN en el proceso penal español*. Tesis doctoral Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Disponível em <encurtador.com.br/fkAT6>. Acesso em: 26 jun. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Vírgilio Afonso da Silva. 2ª ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALLEN, Ronald J. *Factual ambiguity and a theory of evidence*. In: Northwestern University Law Review, v. 88, issue 2.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ALVES, Eliete Goncalves Rodrigues. *Direitos fundamentais e limitações necessárias: aplicação do exame pericial do DNA para a identificação de pessoas – TCC apresentado como requisito a obtenção de título de pós-graduação lato sensu em “Ordem Jurídica e Ministério Público”* – Brasília - DF, 2009.

AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. *Biologia*. Moderna Plus, 2004.

AMODIO, Ennio. *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*. In Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1974.

_____. *Liberio convencimento e tass attività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*. In: Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, nuova serie – Anno XLII. Milano: Dott.-a. Giuffrè, 1999.

ANDERSON, S.; BANKIER, AT.T.; BARREL, B.G.; DE BRUIJN, M.H.L.; COULSON, A.R.; DROUIN, J.; EPERON I.C.; NIERLICH, D.P.; ROE, B.A.; SANGER, F.; SCHREIER, P.H.; SMITH, A.J.H.; STADEN, R.; YOING, I.G. *Sequence and organization of the human mitochondrial genome*. Nature. 290, 1981.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos enl a sentencia penal*. In.: Doxa: cuadernos de Filosofia del derecho, 12, 1992.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Tecnica procesal: proceso de cognicion y juicio verbal*. Madrid: Aguilar, 1958.

_____. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Rubi, 1981.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARANTES, Paulo Eduardo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. São Paulo: Boitempo, 2014.

ARAUJO, Edvaldo de; e PINTO, Tainá A. *Fundamentos para o estudo dos direitos humanos*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAÚJO, Marcos Elias Cláudio de. *Histórico dos processos de identificação*. Disponível em <<https://bit.ly/2PKjXJa>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

ARCANJO, Wanderson G. *O princípio da legalidade e suas contribuições ao Direito Penal brasileiro*. Disponível em <<https://bit.ly/2Eqgai9>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

ARMAGNAGUE, Juan Fernando. *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva Constitución Nacional*. Depalma: Buenos Aires, 1995.

ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Trad. Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

AROCENA, Gustavo A. Acerca del principio de Legalidad Penal y de “Hackers”, “Crackers”, “Defraudadores Informáticos” y otras rarezas. *Revista de derecho penal integrado*. Ano III – Nº 4 – 2002, p. 2.

ASHTON, Peter W. A Common Law e a Equity do Direito Anglo-Saxônico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre. n. 64. out. – dez. 2009.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2ª ed. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AVELINO, Murilo Teixeira. *O juiz e a prova pericial no novo CPC*. Revista de Processo, São Paulo, ano 40, v. 242, abr. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.271/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BACHELARD, Gaston. *L'Activité rationaliste de la physique contemporaine*. Paris: P.U.F, 1965.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Prova e Sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 65, p. 175-208, Mar. 2007.

_____. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elei Pierre Eid (coord). *Garantismo processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Processo penal* [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Processo penal*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Editorial dossiê “*Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos*”. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

_____. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. *Temas atuais de investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. In.: Revista da AJUFERGS/ Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul, n. 1. nov. 2007.

BARRANCO, Noberto J. de La Mata; ULBIÑAS, Desirée Barinas. *La privacidad en el diseño y el diseño de la privacidad, también desde el derecho penal*. San Sebastián: EGUZKILORE, n. 28. 2014.

BARROS, Marco Antônio de; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. *DNA e sua utilização como prova no processo Penal*. Portal Mackenzie. Disponível em < <https://bit.ly/2PLR0fP> >. Acesso em: 17 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In.: Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BARTH, Fredrik. *Grupos étnicos e suas fronteiras*. In.: Teorias da etnicidade: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras. Fredrik Barth / Philippe Poutignat, Jocelyne Streiff-FENART: Trad. Elcio Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Unesp, 2011.

BASSO, M. A. *A identificação criminal por meio da coleta de material genético: benefícios e constitucionalidade da Lei nº 12.654/12*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação de Direito) - Faculdade de Direito, UFRGS, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

_____; *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, v. II.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: Entre o Garantismo e a Efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos tribunais. 2009.

BELING, Ernst Ludwig von. As proibições de prova como limite para a averiguação da verdade no processo penal. Trad. Nestor Eduardo Araruna Santiago. In.: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord). *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: gazeta jurídica. 2013.

BENECKE, Mark. *DNA typing in foensic medicine and in criminal investigations: a current survey*. Naturwissenschaften, v. 84, 1997.

_____. *Forensic DNA samples: collection and handling*. Encyclopedia of Diagnostic and Proteomics, 2005. Disponível em <<https://bit.ly/2A4Ltfn>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

BENTHAM, Jeremy. *A treatise on judicial evidence, extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham, ESQ. by M. Dumont*. London: Messrs. Baldin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row. 1825.

_____. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BERGSON, Henri. *O pensamento e o movente*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

BESNIER, Jean-Michel. Um novo humanismo. In: *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Org.: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

BESSIL, Frederico H. *O punitivismo e o controle da criminalidade*. Porto Alegre: Faculdade Anhanguera-Uniderp (Pós-Graduação em Ciências Penais), 2013.

BEZERRA, Carlos Cesar. *Exame de DNA: técnicas de coleta em locais de crimes*. Revista Política Federal. Brasília-DF, n. 18, 2018.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Hermenéutica del proceso penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.

BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. Trad. Luciana do Amaral Teixeira. 5ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONACCORSI, Daniela Villani. *As provas obtidas por meios ilícitos: uma análise de suas consequências no processo penal moderno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BONACCORSO, Norma Sueli. *Análise forense do DNA*. São Paulo: Sarvier, 2004.

_____. *Aplicação do exame de DNA na elucidação de crimes*. 2005. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BONCHRISTIANO, Carlos Augusto. A aplicação do princípio in dubio pro reo nos tribunais. São Paulo: *Revista de Julgados do Tribunal da Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. v. 29, p. 13 – 27, 1996.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASSEUL, Jacques. *História Económica do Mundo: Das origens aos subprimes*. Trad. Hélder Viçoso. Lisboa: Texto & Grafia, 2011.

BRAZ, José. *Investigação Criminal: A organização, o método e a prova: Os desafios da nova criminalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

BRINKMANN, B., KLINTSCHAR, M., NEUHUBER, F., HUHNE, J. E ROLF, B. *Mutation rate in human microsatellites: Influence of the structure and length of the tandem repeat*. *Am. J. Hum. Genet.* 62, 1998.

BROWN, T. A. *Clonagem Gênica e Análise de DNA: uma introdução*. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*. Fourth Edition. Minnesota: West Publishing, 1988.

BUTLER, J. M. *Fundamentals of Forensic DNA Typing*. Elsevier Academic Press, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

CALLOWAY, C.D.; REYNOLDS, R.L.; HERRIN, Jr. G.L.; ANDERSON, W.W. *The frequency of heteroplasmy in the HVII region of mtDNA differs acrossst issue types and increases with age*. Am. J. Hum. Genet. 66, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. v. II. Trad. Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950.

_____. *La prueba civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1982.

CARVALHO, Jeferson Lemes. *Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal*. Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics, v. 5, 2016.

CASABONA, Carlos María Romeo. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal brasileiro - Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____; *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. vol. LXXIV. Coimbra, 1998.

_____. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

- CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. *Repressão sexual. Essa nossa (desconhecida)*. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prova e lessico processuale: sospeto, inizio, prova, tema, fonte, oggetto di prova. Ammissione, assunzione*. Disponível em <<https://bit.ly/2QA5Qey>>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo, 3ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA. Comitê sobre Tecnologia do DNA na Ciência Forense. *A avaliação do DNA como prova forense*. Ribeirão Preto: FUNPC, 2001. Disponível em <<http://www.funpc.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.
- CORDERO, Franco. *Note sul procedimento probatorio*. In.: Tre studi della prova penale. Milano: Giuffrè, 1963.
- _____. *Procedimiento Penal*. T. I. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.
- _____. *Procedimiento Penal*. T. II. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.
- COSTA, Lauro Mendonça; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. *Linguagem e verdade: correlações lógicas e suas implicações no direito probatório democrático*. In.: DIAS, Ronaldo Brêtas de; SOARES, Carlos Henrique; RÚA, Mónica Maria Bustamante; GIRALDO, Liliana Damaris Pabón; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de (org). *Direito Probatório: temas atuais*. 2 tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 46 n. 183 julho/set. 2009.

_____. *Temas de Direito Penal & Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. *A prova ilícita no processo penal: crítica a luz da Constituição da República de 1988*. In.: *Delictae*, v. 1, nº 1, jul.-dez. 2016.

CUNHA, Olívia Maria Gomes da. *Intenção e gesto: pessoa, cor e a produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro, 1927-1942*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002.

DALLAGNOL, Deltan Martinazo e CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A cadeia de custódia da prova. In.: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*, 1ed. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, In.: *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, 1972-1973.

_____. *Evidence Law Adrift*. New Haven-London: Yale University Press. 1997.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DE ROBERTIS JR., H. P. *Biologia Celular e Molecular*. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2003.

DEL-CAMPO, Eduardo. *Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica*. Dissertação de mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

DELEUZE, Gilles. *Postada sobre las sociedades de control*. In.: FERRER, Christian (org). *El lenguaje libertario*. La Plata: Terramar, 2005.

DENTI, Vittorio. *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*. In.: *Rivista di diritto processuale*. Milano: Giuffrè, 1965.

_____. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. In.: Revista di diritto processuale, n. 27. Padova: CEDAM, 1972.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. v. I. 2ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1972.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

_____. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Vocabulário do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DOLINSKY, Luciana Cresta; PEREIRA, Lissiane Miranda Campelo Veras. *DNA Forense*. Saúde & Ambiente em Revista: Universidade - UNIGRANRIO, Duque de Caxias, v. 2, n. 2, jul-dez 2007.

DONEDA, Danilo. *Um código para a proteção de dados pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DURTE, Francisco, A. M.; PERES, Augusto, M.; Pena, Sergio D.; DE BARROS, Margareth, P. M.; ROSSI, Elsie O. *A avaliação do DNA como prova forense*. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2001. Disponível em <<http://www.funpc.gov.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

EDINGER, Carlos. *Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória*. In.: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 120, v. 24, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ESPINDULA, Alberi. *Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 3ª ed. Campinas: Millenium, 2009.

FAIGMAN, David L. *Judges as amateur scientists*, 86 *B. U. L. Rev.* 1207, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1994.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FELIX, Yuri; BUONICORE, Bruno T. Contraditório e Velocidade: Desafios do processo penal democrático na sociedade complexa. In.: Gustavo Henrique Badaró (org). *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. VI.

_____; *Fiabilidade da prova e a cadeia de custódia: um imperativo democrático* (jurisprudência anotada). Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 25, nº 299, out. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Processo penal constitucional*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Sarandy Amaro; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Princípio do contraditório e da ampla defesa*. II JICEX - Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba, 2013, v. 2, n. 2.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana. In.: VÁZQUEZ, Carmen (org). *Estándares de prueba y prueba científica – ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FIGINI, Adriano Roberto da Luz; SILVA, José Roberto Leitão e; JOBIM, Luiz Fernando; SILVA, Moacyr da. *Identificação humana - Tratado de perícia criminalística*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

FRANCO, Alberto Silva. Na expectativa de um novo paradigma. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. vol. I. Coimbra, 2009.

_____; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 27ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional/Publifolha, 2000.

GALANTINI, Novella. Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie. In.: UBERTIS, Giulio (org). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Dott-A. Giuffrè Editore, 1992.

GARCIA, Nelson Jahr. Apresentação. In: BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição eletrônica. Ridendo Castigat Mores. Disponível em: < <https://bit.ly/2siU3EK> >. Acesso em: 13 jul. 2016.

GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio. *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. *Evolução dos processos de identificação humana: Das características antropométricas ao DNA*. Genética na escola, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, 2009.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho - bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1999.

_____. *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*. Disponível em: <https://bit.ly/2QYLWJN>. Acesso em: 26 jun. 2018.

GAUER, Ruth M. Chittó. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; GAUER, Gabriel J. Chittó; SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Memória, Punição e Justiça: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: Diálogos corrompidos e persistência no monólogo vertical. in: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (org). 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

_____. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIANNELLI, Paul C. *Junk Science: the criminal cases*, 84 J. Crim. L. & Criminology 105, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Madrid: Colex, 2007.

GIOVANELLI, Alexandre; GARRIDO, Rodrigo Gazinoli. *A Perícia Criminal no Brasil como instância legitimadora de práticas policiais inquisitórias*. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília, Marília, edição 7, jun. 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Autoritarismo e Processo Penal: Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. Florianópolis: Tirant Lo Blanche, 2018.

GODINHO, N. M. O. *Banco de dados de DNA: uma ferramenta a serviço da justiça*. Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública, v. 7, n. 2, 2014.

GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação de identidade deteriorada*. São Paulo: Zahar, 1980.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro e com. Niceto Alcalá-Zamora Castillo. Barcelona: Labor S.A., 1936.

_____. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Presunção de Inocência: Princípio e Garantias. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs) São Paulo: DPJ, 2005.

_____. *Prova*. In: *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Métodos proibidos e prova obtida ilicitamente: relatório geral*. Apresentado no XIV Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual em Heidelberg (Alemanha) – 25-30 de julho de 2011.

_____. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 122, p. 43-61, Set-Out. 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONZALEZ, Matilde Zavala de. *Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

GÖSSEL, Karl-Heinz. *En búsqueda de la verdad y la justicia: fundamentos del procedimiento penal estatal com especial referencia a aspectos jurídico-constitucionalies y político-criminales*. México: Editorial Porrúa, 2002.

_____. Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal. In: *El derecho procesal penal en el estado de derecho: obras completas*. Tomo I. Dirigido por Edgardo Alberto Donna. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Rio de Janeiro: 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 09 ago. 2016.

GRESTA, Roberta Maia. Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica. In.: DIAS, Ronaldo Brêtas de; SOARES, Carlos Henrique; RÚA, Mónica Maria Bustamante; GIRALDO, Liliana Damaris Pabón; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de (org). *Direito Probatório: temas atuais*. 2ª tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GRIFFITHS, A. J. F. *et al. Introdução à Genética*. Rio de Janeiro: Guanabara, 2009.

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

_____. As provas ilícitas e a Constituição. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1996.

_____; CINTRA, Antônio Carlos Araújo e; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. *Cultura, identidades e diferenças*. Disponível em: <https://bit.ly/2S6sulj>. Acesso em: 25 mai. 2018.

GUEDES, Leo Gds. *Polícia técnica com foco em investigação criminal. DNA forense: aplicações e limitações*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4863, 24 out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52322>. Acesso em: 30 jun 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In.: DIDIER Jr., Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Provas*. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

HAACK, Susan. *Inquiry and Advocacy, Falibilim and Finality: Culture and inference in Science and the Law*, 2 Law, Prob. & Risk 205, 2003.

_____. *Epistemology legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*. In: Evidence and Inquiry: a pragmatist reconstruction of epistemology. New York: Prometheus Books, 2009.

_____. *A match made on Earth: getting real about Science and the law*, 36 Dalhousie L. J. 39, 2013.

_____. A respeito da verdade, na ciência e no direito. Trad. por André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. In.: *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. v.II. Madrid: Taurus, 1988.

HALL, Stuart. Quem precisa da identidade. In.: T. Silva (org). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. 12ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1979.

JABLONKA, E & LAMB, MJ. *Evolução em quatro dimensões: DNA, comportamento e a história da vida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflito entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JACQUES, G. S. *Identificação de espécies animais usando sequências de genes mitocondriais no combate aos crimes contra a fauna*. Dissertação (Mestrado) - Ciências Genômicas e Biotecnologia submetida ao programa de pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Genômicas e Biotecnologia da Universidade Católica de Brasília, 2005.

JEFFREYS, A.J., WILSON, V. E THEIN, S.L.. *Individual-specific 'fingerprints' of human DNA*. Nature. 316, 1985.

JOBIM, L. F.; JOBIM, M.R.; BRENNER, C. Identificação humana pelo DNA: investigação de paternidade e análise de casos forenses. In.: *Identificação humana. v. I*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2006.

JURS, Andrew W. *Balancing legal process with scientific expertise: expert witness methodology in five nations and suggestions for reform of post-daubert U.S. reliability determinations*. In.: 95 Mrq. L. Rev. 1329, 2011-2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação Da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KASHYAP, V. K.; SITALAXIMIT, T.; CHATTOPADHYAY, P.; TRIVEDI R. *DNA profiling Technologies in Forensic Analysis*. Int. J. Hum. Genet., v. 4, n. 1, 2004.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *O juiz e o historiador na encruzilhada da verossimilhança: ambição de verdade no processo penal*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre, 2008.

KHALED JR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: Para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

KLEIN, Marc. *Expert testimony in pharmaceutical product liability actions*, In.: 45 Food Drug Cosm. L. J. 393, 1990.

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

_____. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. In.: Revista Forense, n. 353. Jan.-fev., 2001.

_____. *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KOCH, Analara; ANDRADE, Fabiana Michelsen de. *A utilização de técnicas de biologia molecular na genética forense: uma revisão*. Novo Hamburgo: Rbac, v. 40, n. 1, 2008.

LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002.

LAUDAN, Larry. *Porqué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. In.: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 28, 2005.

_____. *Verdad, error y proceso penal - Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEE, Henry C.; LADD, Carli. *Preservation and Collection of Biological Evidence*. *Croating Medical Journal*, v. 42, n. 3, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEONE, Giovanni. *Elementi di Diritto e Procedura Penale*. 5ª ed., Napoli: Jovene, 1981.

_____. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. v. II. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

LEWONTIN, R. C. *Biologia como ideologia: a doutrina do DNA*. Trad. F. A. Moura Duarte, Francine Muniz e José Tadeu de Sales. Ribeirão Preto: FUNPEC, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, II, Terza Edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

LIMA, C. W.; GALVÃO, M. F. *Identificação humana*. Academia de Polícia Civil APC, 2008.

LIMA, L. O. *Direito Médico: utilização de poliformismo em análises forenses*. 2006. Disponível em: <http://www.geneticaffccmpa.br>. Acesso em: 18 de abr. 2018.

LIMA, Marcellus Polastri. As provas vedadas no processo penal brasileiro – vedação de produção e eventual possibilidade de sua utilização. In.: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMPERT, Brad. *Beyond the rule in Mohan: a new model for assessing the reliability of scientific evidence*. U. Toronto Fac. L. rev, v. 54, 1996.

LOPES Jr, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito processual penal*. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito processual penal*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; ROSA, Alexandre Morais da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. Disponível em: <https://bit.ly/2KXITMd>. Acesso em: 14 nov. 2018.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

LORETO, E. *Método Científico & Fronteiras do Conhecimento*. Santa Maria: CESMA, 2003.

LORUSSO, Sergio. *La prova scientifica. Prova penale e metodo scientifico*. Torino: Utet Giuridica. 2009.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1980.

MALAGHINI, M. *Entrevista concedida a Juliana Forlin*. Curitiba, 28 de setembro de 2016.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria penal*. v. 1. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. Rio de Janeiro – São Paulo: Companhia Forense, 1961.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. II. Rio de Janeiro-São Paulo: Companhia Forense, 1961.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1999.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MARTINS, Rui Cunha. *A prova alucinada. O ponto cego do direito: Brazilian lessons*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O desamor do contraditório: elementos para uma problemática da prova. *In.: Outros combates pela história*. RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. Coimbra, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2SVwefz>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MATIOLI, S. R. *Biologia molecular e evolução*. São Paulo: Holos, 2001.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDES, Laura Schertel. *O direito fundamental à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: *Revista de Direito do Consumidor*, Ano 20, Nº 79, p. 45, jul./ ago. 2011.

MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. *A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2VoPww1>.

METTLER, LE.; GREGG, TG. *Genética de Populações e Evolução*. São Paulo, Polígono, Universidade de São Paulo, 1973.

MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. *Revista de Processo*, v. 16/1979, p. 155-168, Out-Dez 1979.

MICKLOS, David A.; FREYER, Greg A.; CROTTY, David A. *A ciência do DNA*. Trad. Ana Leonor Chies Santiago-Santos [*et al.*]. Porto Alegre: Artmed, 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Funcion de la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democratico de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2ª ed. rev., y ampl. Barcelona: Bosch, 2004.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 2 ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1998.

MORAES, Ana Luisa Zago de. *Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 132. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./ 2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORENO CATENA, Victor; GIMENO SENDRA, Vicente; CORTES DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed. Madrid: Colex, 1999.

MORIN, Edgard. Complexidade e Liberdade. In: MORIN, Edgard; PRIGOGINE, Ilya. *A sociedade em busca de valores*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

MOTA, Marcel Moraes. *Tutela jurisdicional dos direitos fundamentais e concepções democráticas*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no Processo Penal* (reimpressão). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MUNHOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

NANCE, Dale. *The best evidence principle*. In.: Iowa Law Review, Iowa City, 73, 1987-1988.

NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. Presunção de inocência, standards de prova e racionalidade das decisões sobre os fatos no processo penal. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge e; MADURO, Flávio Mirza (org). *Crise no processo penal contemporâneo: escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

_____. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no processo civil. In: FREIRE, Alexandre, PEIXOTO, Ravi e, MACÊDO, Lucas Buril de (org). DIDIER Jr., Fredie (coord). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NELSON, D. L.; COX, M.M. *Princípios de bioquímica*. 3ª ed. São Paulo: Sarvier, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1966.

OLAZAR, Margarita Ruiz. *Uma metodologia para a descoberta de marcadores genéticos*. Rio de Janeiro: UFRJ/COPPE, 2013.

OLIVEIRA, Adriana Almeida de. *A inadmissibilidade da prova ilícita: menos formalismo e mais efetividade*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016.

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

PENA, Sérgio D. J. *Segurança Pública: determinação de identidade genética pelo DNA*. In.: *Seminários Temáticos para a 3ª Conferência Nacional de C. T I. Parcerias Estratégicas*, v. 20, 18. Abr 2005.

PERLIN, M. W. *Automate STR analysis for DNA databases: NIJ Grant final report*. Pittsburg: Cybergenetis, 2002.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Terza Edizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.

PIZZI, Claudio. *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*. In.: UBERTIS, Giulio (org). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Dott-A. Giuffrè Editore, 1992.

PLESTCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal – O atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. Monografia 41. IBCCRIM. São Paulo, 2007.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2001.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense/Publifolha, 2000.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

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.

_____. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. In.: *Prova penal – Estado democrático de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRIMACK, Richard. *Essentials Of Conservation Biology*. 4ª ed. Sinauer Associates, 2006.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A prova no processo penal. In: *Ministério da Justiça. (org). A Reforma do Processo Penal*. Brasília: Cromos, 2007.

RAMOS, JAIR DE SOUZA. *Os muitos sentidos da identificação criminal*. PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 2003.

RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.

RIDLEY, M. *Evolução*. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância* (coord. Maria Celina Bodin de Moraes). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da Prova Penal. A Prova Científica: Exames, análises ou perícias de ADN? Controle de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas*. 3ª ed., Coimbra: Rei dos Livros, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: Bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: Crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Gabriela Porto. *A construção da verdade no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RÚA, Mónica Maria Bustamante. El estándar de prueba de conocimiento más allá de toda dudarazonable en el proceso penal: una aproximación teórica. In.: DIAS, Ronaldo Brêtas de; SOARES, Carlos Henrique; RÚA, Mónica Maria Bustamante; GIRALDO, Liliana Damaris Pabón; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de (org). *Direito Probatorio: temas atuais*. 2 tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Defesa Social, uma visão crítica*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos - uma crítica constitucional*. São Paulo: Alameda, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: Notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (org). 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAUTHIER, Rafael. *A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12*. Curitiba: CRV, 2015.

SCHITTAR, Domenico Carponi. *Al dilà del ragionevole dubbio e oltre – un tentativo di chiarezza sui principi*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1990.

SEPEL, L. *Genomas e Proteomas*. In.: MOTA, R.; FLORES, R. Z.; SEPEL, L.; SNUSTAD, D. PETER; SIMMONS, MICHAEL J. *Fundamentos de Genética*. 2ª ed. Trad. Paulo Armando Motta. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

SILVA, Emílio de Oliveira e. *Identificação genética para fins criminais: análise dos aspectos processuais do banco de dados de perfil genético implementado pela Lei n. 12.654/12*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SILVA, Jardel Luís da. Considerações acerca das proibições de prova no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA, Mariana (org). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. Curitiba: iEA, 2015.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, L. A. F.; PASSOS, N. S. *DNA forense: coleta de amostras biológicas em locais de crime para estudos do DNA*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIVIEIRO, Fabiana Regina; CASTRO, André Zanatta Fernandes de. Privacidade na era da revolução digital. São Paulo: *Revista do Advogado*. Ano XXXII, abril 2012, n. 115.

SNUSTAD, D. P.; SIMMONS, M.J. *Fundamentos de Genética*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

SOARES NETTO, Luís Eduardo; MENCK, Carlos Frederico Martins. Estabilidade do material genético: mutagênese e reparo. In.: Mاتيoli, Sérgio Russo (ed). *Biologia Molecular e Evolução*. Ribeirão Preto: Holos, 2001.

SOARES, Carlos Henrique. Reflexiones filosóficas sobre la prueba y verdade en el proceso democrático. In.: DIAS, Ronaldo Brêtas de; SOARES, Carlos Henrique; RÚA, Mónica Maria Bustamante; GIRALDO, Liliana Damaris Pabón; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de (org). *Direito Probatorio: temas atuais*. 2 tir. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: Introdução ao direito dos EUA*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais: O abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRACHAN, Tom; READ, Andrew P. *Genética Molecular Humana*. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos & rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAKANAYAGI, Fabiano Yuji. *Críticas às exceções legais às provas ilícitas por derivação no processo penal brasileiro e análise da jurisprudência após a reforma da Lei 11.690/08*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

TARUFFO, Michelle. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

_____. *Libero Convincimento del giudice*. I. Enciclopedia Giuridica Treccani. Roma: Treccani, v. XVIII, 1990.

_____. *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

_____. *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*. In.: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno XLVI, n. 3, 1992.

_____. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

- _____. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. *Prova Penal*. Direito & Justiça, Porto Alegre, v.39, n.1. 2013.
- TOLEDO, Francisco de A. *Princípios básicos do direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- TONINI, Paolo. *La prova penale*. Quarta edizione. Padova: Cedam, 2000
- _____. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- TÓRTIMA, Pedro. *Crime e castigo para além do Equador*. Belo Horizonte: Inédita, 2002.
- TOSTES, Sérgio. Convenções Internacionais à luz da soberania nacional. *Revista de Direito Público*, ano VII, n. 30, nov./dez. 2009.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- TWINING, William. *Freedom of proof and the reform of criminal evidence*, 31 Isr. L. Rev. 439. 1997.
- UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In.: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- _____. La ricerca della verità giudiziale. In.: UBERTIS, Giulio (org). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Dott-A. Giuffrè Editore, 1992.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal*. T. I. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VENÂNCIO, Renato P. *Brasil: 500 anos de povoamento/IBGE*. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

VIANNA, Túlio. *Transparência pública, Opacidade privada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIGILANT, L.; STONEKING, M.; HARPENDING, H.; HAWKES, K.; WILSON, A.C. *African populations and the evolution of mitochondrial DNA*. *Science*. 253, 1991.

VIRILIO, Paul; LOTRINGER, Sylvere. *Guerra Pura: militarização do cotidiano*. Trad. Elza Miné e Laymert Garcia. São Paulo: Brasiliense, 1984.

VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

_____. *Velocidade e Política*. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WALSH, J. Simon. *Recent advances in forensic genetics*. *Expert Rev. Mol. Diagn*, v.4, n. 1, 2004.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WATSON, J. D. et al. *DNA Recombinante: genes e genomas*. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

WATSON, J. D.& CRICK, F. H. C (1953). *A structure for deoxyribosenucleic acid*. *Nature*, 171, nº 4356, 1953.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 13ª ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

WIGMORE, John Henry. *Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law: Including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States*. Evidence in trials at common law. 1905.

WIGMORE, John. *The history of the hearsay rule*. In.: Harvard Law Review, Cambridge, n. 07, 1904.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In.: *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Tomaz Tadeu da Silva (org). 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

XIAG, Junhua et al. *A modified simple RFLP-PCR method for single Nucleotide polymorphism (SNP) typing*. *Genetics and Molecular Biology*, v. 29, n. 3, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In.: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (coord). *Proibições probatórias no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2013.

_____. *O pomar e as pragas*. In.: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. n. 188, 2008.

ZUCKERMAN, A.A.S. *The principles of criminal evidence*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Legislação, Links e Julgados

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Concepção do projeto da Biblioteca Virtual: Professora Maria Luiza Marcílio. Disponível em: <https://bit.ly/2C09KTN>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990: Disponível em: <https://bit.ly/1n9Xd06>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 18 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil. Disponível em: <https://bit.ly/IRffY7>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Senado Federal. DECRETO LEGISLATIVO nº 27 de 1992. Disponível em: <https://bit.ly/2SU3Dav>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Presidência da República. DECRETO nº 678 de 1992. Disponível em: <https://bit.ly/2bGzS93>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: <https://bit.ly/18P04KE>. Acesso em: 16 jul. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - 1969: Disponível em: <https://bit.ly/2R6YnnI>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO – 1789. Disponível em: <https://bit.ly/1c4a30C>. Acesso em: 15 jul. 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - 1948. Disponível em: <https://bit.ly/1c4a30C>. Acesso em: 13 jul. 2016.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA - 1776. Disponível em: <https://bit.ly/2GmR7iq>. Acesso em: 13 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus n.º 89.501/GO*. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 dez 2006. Publicação/Fonte: DJ de 16 mar 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2BpEJsb>. Acesso em: 12 jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2R7r6aY>. Acesso em: 31 jan 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2GuMl2r>. Acesso em: 31 jan .2016.

Innocence Project. Disponível em: <https://bit.ly/2EtRcOI>. Acesso em: 14 jul. 2018.

Portaria n.82 de 6 de julho de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2R8SRjo>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Brady v. Maryland, 373 EUA 83 (1963). Disponível em: <https://bit.ly/2URundC>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Em re Winship, 397 US 358 (1970). Disponível em: <https://bit.ly/2UTTjRN>. Acesso em: 16 nov. 2018.

STJ. 6ª T. HC 160.662/RJ. Rel. Min. Assusete Magalhães. Data do julgamento: 18.02.2014. Data da publicação: 17.03.2014.

STJ. 6ª T. HC 348.472/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data do julgamento: 02.06.2016. Data da publicação: 14.06.2016.

STJ. 5ª T. RHC 74655/DF. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento: 06/12/2016. Data da publicação: 15.12.2016.

Com base em banco de DNA, STF absolve condenado por estupro. Disponível em: <https://glo.bo/2BRUKaw>. Acesso em: 18 dez. 2018.

DNA Fake. Disponível em: <https://bit.ly/2FY34cr>. Acesso em: 18 dez. 2018.

APÊNDICE

APÊNDICE – Proposta Legislativa (alteração do Capítulo II – Do exame do corpo de delito, e das perícias em geral - Código de Processo Penal)

Dê-se a seguinte redação ao artigo 160 do Código de Processo Penal:

“Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, identificarão por meio de lacres, recipientes e sacos plásticos de coleta todo o material encontrado e, obrigatoriamente, demonstrarão de forma pormenorizada a cadeia de custódia de cada elemento colhido, bem como a luminosidade, a temperatura e demais características que entenderem pertinente do local dos fatos, registrando por meio de recursos áudio visuais, devidamente armazenado em mídia, todo o procedimento técnico realizado e, ainda, responderão aos quesitos formulados.”

JUSTIFICATIVA

A atual previsão legal trazida no art. 160 do Código de Processo Penal é por demais genérica e insuficiente para garantir a credibilidade probatória dos elementos colhidos na cena da suposta ocorrência delituosa, de maneira que se faz imprescindível a previsão legal da demonstração, obrigatória, da cadeia de custódia, sobretudo da prova genética que necessita maior cuidado na coleta, trato e manuseio.

Dê-se a seguinte redação ao artigo 164 do Código de Processo Penal:

“Art. 164. Os cadáveres serão sempre fotografados e filmados na posição em que forem encontrados, bem como, todas as lesões externas, vestígios e objetos deixados no local dos fatos.”

JUSTIFICATIVA

Para atender o desenvolvimento tecnológico e uma maior rigorosidade pericial, é de suma importância o emprego de recursos visuais no registro das informações e procedimentos. Ademais, a retirada da expressão “na medida do possível”, visa coibir eventuais inconsistências ou subterfúgios que possam influenciar na realização do trabalho pericial.

Dê-se a seguinte redação ao artigo 165 do Código de Processo Penal:

“Art. 165. Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, obrigatoriamente, juntarão ao laudo do exame fotografias, filmagens, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.”

JUSTIFICATIVA

A substituição da expressão “quando possível”, pelo termo “obrigatoriamente”, bem como o emprego de mecanismos de registro visual, objetivam atribuir um maior rigor pericial, estabelecendo vigorosamente um *standard* a ser alcançado pelo profissional científico.

Dê-se a seguinte redação ao artigo 169 do Código de Processo Penal:

“Art. 169. Para efeito de exame do local onde supostamente houver sido praticada a infração, a autoridade, obrigatoriamente

munida de tecnologia de transmissão de dados áudio visuais, fixada em sua vestimenta, providenciará o imediato isolamento e preservação da respectiva área, para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que deverão instruir seus laudos com fotografias, filmagens, desenhos ou esquemas elucidativos.”

JUSTIFICATIVA

A proposta de inserção da obrigatoriedade do emprego de recursos de tecnologia áudio visual, tem como objetivo garantir a credibilidade do material colhido na cena dos fatos, o que faz com que a confiabilidade nos elementos arrecadados reste preservada.

Dê-se a seguinte redação ao artigo 170 do Código de Processo Penal:

“Art. 170. Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Obrigatoriamente, os laudos serão ilustrados e acompanhados de fotografias, microfotografias, filmagens, desenhos ou esquemas.”

JUSTIFICATIVA

A substituição da expressão “sempre que conveniente”, pelo termo “obrigatoriamente”, bem como o emprego de mecanismos de registro visual, objetivam atribuir um maior rigor pericial, estabelecendo vigorosamente um *standard* a ser alcançado pelo perito, profissional científico que elabora o laudo.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br