

Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal

Projeto nº 156/2009 do Senado Federal

Antonio Magalhães Gomes Filho

Sumário

1. Observações introdutórias. 2. A iniciativa das provas no Projeto de Código de Processo Penal. 3. A disciplina da admissão das provas pelo juiz: a vedação das provas inadmissíveis. 4. Segue: o indeferimento das provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes. 5. A vedação das provas ilícitas e seu arquivamento sigiloso em cartório. 6. Livre convencimento e legalidade da prova no Projeto. 7. Prova e contraditório no Projeto de Código de Processo Penal. 8. Livre convencimento e motivação. 9. A valoração dos indícios no Projeto 156/2009. 10. O valor relativo das declarações do coautor ou partícipe da mesma infração penal.

1. Observações introdutórias

A disciplina da prova constitui o ponto central de qualquer sistema processual-penal, na medida em que reflete a orientação de fundo que presidiu as escolhas do legislador diante do dilema entre a busca da verdade e a proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo na tarefa de accertamento do fato apontado como delituoso.

Como é sabido, longe de ser operação técnica e neutra, a atividade probatória judicial está fortemente impregnada por fatores sociais, políticos e culturais, até porque o seu objetivo não é apenas o de estabelecer uma verdade circunscrita ao processo, mas um convencimento sobre os fatos que possa justificar a futura decisão perante a

Professor Titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão constituída pelo Senado Federal para elaboração do Anteprojeto de Código de Processo Penal.

sociedade. Por isso, é fundamental que essa atividade esteja submetida a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas e jurídicas –, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual ele é realizado.

No mundo ocidental contemporâneo, os dois modelos históricos de processo penal conhecidos – *inquisitório* e *acusatório* – distinguem-se exatamente pelo tratamento que deram à atividade probatória: no primeiro, esta é orientada pela procura obsessiva de uma verdade absoluta, conduzida pelo juiz-inquisidor, que não encontrava limites e admitia até mesmo o recurso à tortura como meio legítimo de obtenção das provas; no segundo, prepondera a iniciativa das partes na tarefa de introdução das provas e seu objetivo é apuração de uma verdade própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (GIULIANI, 1962, p. 657-8).

Não é difícil identificar, no CPP brasileiro de 1941, uma orientação visivelmente inquisitória, como assinalado na própria Exposição de Motivos de Francisco Campos: “se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à própria consciência”. Também era emblemática, nesse mesmo sentido, a advertência que era feita ao acusado no interrogatório – hoje revogada pela Lei 10.792/2003 –, de que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 185, na redação original).

É evidente que essa ideologia inquisitória e autoritária do estatuto processual vigente não mais se coaduna com os princípios e garantias afirmados pela Constituição de 1988 que, no seu conjunto e na sua essência, consagram as linhas fundamentais de um modelo acusatório, bastando lembrar a exclusividade do Ministério Público

para propositura da ação penal pública (art. 129, I), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII), a previsão da advocacia e da defensoria pública como funções essenciais à função jurisdicional (art. 133 e 134) etc.

Também é importante registrar que por força do art. 5º, § 2º, da CF, às garantias expressas na Constituição estão incorporadas outras previstas nos tratados internacionais, dentre os quais, especialmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura ao acusado, dentre outros, o direito ao julgamento por um juiz independente e imparcial (art. 8º, 1), de assistência a defensor de sua escolha ou proporcionado pelo Estado (art. 8º, 2, letras d e e), do direito à prova (art. 8º, 2, f).

2. A iniciativa das provas no Projeto de Código de Processo Penal

É nessa linha que o Projeto n. 156/2009, do Senado Federal, para a edição de um novo Código de Processo Penal, ao declarar os princípios fundamentais que devem orientar a aplicação das leis punitivas, afirma desde logo que “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa instrutória do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação” (art. 4º).

Mais adiante, ao estabelecer as disposições gerais sobre a prova, no art. 162 *caput*, a proposta legislativa em exame diz que “as provas serão propostas pelas partes”, acrescentando ainda no parágrafo único do mesmo artigo: “será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º”.

Pretende-se, portanto, superar o modelo do Código vigente, que mesmo com as alterações introduzidas pela Lei 11.690/2008, ainda admite a determinação de ofício de provas antecipadas pelo juiz, o que pode sugerir a atribuição de um poder de inves-

tigação (art. 156, I), e também a iniciativa probatória judicial no curso da instrução (art. 156, II). Limitam-se, pois, os poderes instrutórios do magistrado ao esclarecimento de dúvida surgida no momento da sentença, mesmo assim sem que isso possa converter-se em substituição da atividade própria do órgão da acusação.

Com relação à iniciativa judicial na fase de investigação, não há dúvida que a expressão vedação contida no Projeto é mais consentânea com o sistema de garantias consagrado pela Constituição, na medida em que é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal é, por natureza, parcial e deve ser realizada pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução.

Lembrem-se aqui as discussões surgidas a propósito de previsão da Lei n. 9.034/95, que permitia ao juiz penal realizar pessoalmente diligências de colheita de dados sigilosos, em qualquer fase da persecução; com razão, observou Ada Pellegrini Grinover (1995) que, segundo a Constituição, os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual; essa posição, por sinal, foi adotada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n. 1570-DF, em que ficou assentado que a referida previsão legislativa compromete o princípio da imparcialidade judicial e viola o devido processo legal (RTJ 192/838).

Também vale anotar, nesse tópico, que o Projeto n. 156 vai além, estabelecendo que a determinação de medidas de obtenção de provas pelo *juiz das garantias*, na fase de investigação, torna o magistrado impedido para funcionar na ação penal (art. 17), reforçando assim a ideia de que qualquer atuação judicial relacionada à investigação pode comprometer a imparcialidade.

No que diz respeito à limitação dos chamados poderes instrutórios do juiz ao momento da sentença, a proposta parece

ser excessivamente radical, pois não é razoável imaginar um juiz que se mantenha expectador totalmente passivo diante da atividade probatória das partes, deixando de esclarecer, no próprio momento da produção, as dúvidas e omissões que possam surgir a respeito das provas.

Nesse sentido, é importante observar que até mesmo no sistema *adversarial* anglo-americano, o declínio dos julgamentos pelo júri tem conduzido a uma progressiva concentração de poderes nas mãos do juiz. Este não é mais um simples árbitro da correção do comportamento das partes na introdução das provas, mas alguém que busca informações quando uma questão importante não ficou esclarecida. Como observa Damaska (2003, p. 194-195), a circunstância de ser pessoalmente responsável pela exatidão do acerto dos fatos induz o juiz a empenhar-se na atividade de produção das provas, alterando o clima *adversary* do debate.

Por isso, teria sido mais proveitoso e realista que o Projeto, ao invés de simplesmente suprimir a iniciativa judicial no curso da instrução, tivesse fixado *limites* a essa intervenção, especialmente pela exigência de *motivação*: a obrigatoriedade de apresentação das razões da utilização dos poderes instrutórios representaria, de um lado, forte estímulo à efetiva imparcialidade, impedindo escolhas subjetivas, pois é a exigência de explicitação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos. De outro, pode também a motivação constituir ponto de partida para a descoberta de eventuais motivos subjetivos, que tenham influenciado a intervenção judicial, evidenciando um possível pré-julgamento da causa (GOMES FILHO, 2001, p. 99).

3. A disciplina da admissão das provas pelo juiz: a vedação das provas inadmissíveis

Depois de estabelecer que a proposição das provas caberá às partes, o Projeto deter-

mina que “o juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes” (art. 163).

De nada valeria, com efeito, assegurar a iniciativa probatória dos sujeitos processuais se, ao mesmo tempo, a lei não fizesse referência taxativa e clara aos casos em que o juiz pode rejeitar as provas propostas. Como já observei em trabalho anterior, é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o *núcleo* do direito à prova; assim, somente através da disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, podem estar atendidas as garantias processuais (GOMES FILHO, 1997, p. 88).

A primeira situação referida pelo Projeto é o das provas *vedadas* pelo ordenamento, ou seja, aquelas provas que a Constituição ou a lei ordinária declaram *inadmissíveis* no processo.

A *admissibilidade* da prova constitui um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na decisão sobre os fatos.

Essa valoração prévia pode ter um fundamento *epistemológico*, excluindo provas que poderiam levar o julgador a uma conclusão inexata sobre os fatos, ou pode estar baseada em considerações estranhas à pesquisa da verdade, como ocorre em relação à inadmissibilidade de provas cuja obtenção importe em violação de outros direitos, especialmente aqueles de natureza fundamental, inscritos na Constituição. Assim, no primeiro caso, a vedação tem um caráter *processual*, ao passo que a segunda hipótese diz respeito à tutela do direito *material* (DAMASKA, 1973, p. 513).

Exemplos de vedações fundadas no interesse processual, no direito brasileiro,

são a confissão do acusado para prova da materialidade do delito (art. 158 do CPP atual), as restrições estabelecidas na lei civil quanto à prova do estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, CPP), outras provas, a não ser a certidão de óbito, para prova da morte do acusado (art. 62, CPP).

A inadmissibilidade da prova para a proteção do direito material é, entre nós, estabelecida pelo próprio texto constitucional (art. 5º, LVI) e visa à tutela de valores estranhos à economia interna do processo, revelando que o objetivo de apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica. A prova judiciária, ponderou Paul Foriers, permite estabelecer uma coexistência entre o interesse da sociedade e o interesse da verdade; sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social, ao invés de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos. Seria inconcebível, com efeito, que o Estado, para impor a pena, utilizasse métodos que não levam em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo (FORIERS, 1981, p. 329).

4. *Segue: o indeferimento das provas manifestamente impertinentes ou irrelevantes*

Em segundo lugar, o art. 163 do Projeto prevê também o indeferimento das provas *manifestamente impertinentes ou irrelevantes*.

É que a exclusão de provas não deve ser feita apenas por critérios jurídicos (*admissibilidade*), mas também deve obedecer a exigências de ordem lógica: trata-se, então, de verificar se as provas que se pretende introduzir no processo são úteis ao julgamento ou, ao contrário, representam perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador.

No sistema anglo-americano, a seleção de provas que podem ser levadas ao conhecimento dos jurados sempre constituiu preocupação fundamental da *law of evidence*, que atribui decisiva importância ao critério de *relevancy*. Segundo a acatada definição de Stephen, a palavra *relevante* significa que dois fatos aos quais seja aplicada estão relacionados de tal forma que, de acordo com o curso natural dos eventos, um deles – analisado individualmente ou em relação a outros –, prova, ou torna provável, a passada, presente ou futura existência ou não existência do outro. O teste de relevância não constitui portanto matéria legal, mas questão de lógica e experiência comum; trata-se simplesmente de princípio que proíbe a recepção de dados que não sejam aptos a provar alguma coisa de interesse para o julgamento (STEPHEN, 2003, p. 165).

Na doutrina dos países da Europa continental, a vedação da prova irrelevante traduz-se antes como expressão do princípio de economia processual. Não teria sentido, com efeito, realizar atividades processuais tendentes à incorporação de elementos que de antemão já se revelam absolutamente desnecessários para a demonstração dos fatos (TARUFFO, 1970, p. 87-97; COMOGLIO, 1980, p. 194 e ss.).

Ao lado dessa justificação fundada na economia processual, a necessidade de seleção das provas que se pretende introduzir no processo pelo critério lógico, também deve atender, no Estado de direito democrático, à *função de garantia* ínsita da delimitação dos temas sobre os quais pode versar a prova: o conhecimento judicial implica exercício de poder e, exatamente por isso, não deve significar uma faculdade absoluta de intromissão em assuntos públicos ou privados estranhos aos fatos investigados (NOBILI, 1990, p. 390-391).

Por isso, no processo penal acusatório, a exata fixação do *thema probandum* constitui importante garantia de direitos, pelo que deve ser vedada a investigação sobre temas

que não tenham relação lógica com os fatos relacionados à imputação e à defesa, de forma a impedir que a atividade processual seja transformada em instrumento de uma verdadeira *devassa* na vida dos envolvidos, como era próprio do sistema inquisitório (PICÓ I JUNOY, 1996, p. 53-54).

Essa preocupação garantista orientou a nítida mudança ocorrida no processo penal italiano após a reforma de 1988: no código anterior, segundo o art. 299, incumbia ao juiz instrutor a realização de todos os atos necessários ao *accertamento della verità*, ao passo que na nova codificação são objeto de prova “os fatos que se referem à imputação, à punibilidade e à determinação da pena e da medida de segurança” (art. 187, 1), além dos fatos dos quais depende a aplicação de normas processuais (art. 187, 2) e inerentes à responsabilidade civil decorrente do delito (art. 187, 3).

Ao mesmo tempo, atento à natureza fundamental do direito à prova, o legislador italiano de 1988 introduziu disposição expressa segundo a qual é permitido ao juiz não admitir as provas requeridas pelas partes quando sejam “manifestamente supérfluas ou irrelevantes” (art. 190, 1, parte final). Ao sublinhar o caráter necessariamente “manifesto” da inutilidade da prova, que deve resultar *ictu oculi* a qualquer pessoa, o legislador pretender evitar que a força persuasiva de dados probatórios existentes possa induzir o juiz a negar a produção de outros elementos capazes de alterar um convencimento já formado ou em via de formação (CHIAVARIO, 1998, p. 80-82).

A disposição contida na parte final do art. 163 *caput* do Projeto 156/2009 reproduz, portanto, a fórmula italiana, sublinhando assim que o indeferimento das provas propostas pelas partes por motivos lógicos somente deve ocorrer em casos extremos, quando evidente a falta de conexão entre o fato a ser demonstrado pelo meio de prova requerido e o *thema probandum*. Fora daí, haverá injustificado

cerceamento do direito à prova da acusação ou da defesa.

É oportuno observar aqui que as noções de *impertinência* e *irrelevância*, embora muitas vezes utilizadas indistintamente – até porque a distinção é bastante sutil –, não se confundem: a primeira, mais precisa, aponta para a relação entre aquilo que pode ser demonstrado pela prova e qualquer dos fatos principais da causa, correspondendo à ideia de *materiality* da terminologia anglo-americana; o termo *relevância* é mais amplo, incluindo também a prova que verte sobre um fato secundário, cuja demonstração pode autorizar inferências sobre um fato principal; trata-se assim de conceito especialmente relacionado à prova indireta.

Na prática, a verificação dessa relação (direta ou indireta) entre a prova proposta e os fatos da causa é quase sempre problemática, porquanto supõe uma antecipação hipotética e provisória sobre o êxito de uma prova ainda não produzida; por isso, anota Picó I Juny (1996, p. 55), deve ser excluída do juízo de pertinência a ideia de sua eventual eficácia, pois ele prescinde de qualquer consideração a respeito da concreta possibilidade de que os fatos a provas sejam efetivamente demonstrados. Ou, como observa Taruffo (1984, p. 78), para a admissão da prova, é suficiente ser ela hipoteticamente idônea a trazer, direta ou indiretamente, elementos e conhecimento sobre os fatos que devem ser provados.

5. A vedação das provas ilícitas e seu arquivamento sigiloso em cartório

Em seguida, no art. 164 *caput* e seu parágrafo único, trata o Projeto da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, em conformidade com o que já está previsto na Constituição Federal (art. 5º, LVI).

Nesse ponto, a preocupação da proposta foi justamente a de não se afastar da previsão constitucional, limitando-se a incluir referência expressa, no *caput*, à prova ilícita por derivação (provas obtidas, *direta ou*

indiretamente, por meios ilícitos) e, ainda, ao arquivamento sigiloso em cartório da prova declarada inadmissível (parágrafo único).

É que, na verdade, dentre as disposições introduzidas no texto do Código atual a respeito dessa matéria pela Lei 11.690/2008 algumas eram dispensáveis e outras capazes de gerar confusões e equívocos.

Como tive ocasião de ponderar em comentário à Lei 11.690/2008, a opção pelo tratamento legislativo de tema controverso e sujeito a variadas interpretações não pareceu ter sido a melhor, não só diante de certos equívocos e imprecisões do legislador, mas também porque, em muitos julgados, os tribunais estaduais, federais e superiores já vinham aplicando o preceito constitucional, sem que fosse necessária qualquer regulamentação legislativa (GOMES FILHO, 2008, p. 262).

Assim, ao fornecer uma definição legal do que se deve entender por provas ilícitas – “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” – o *caput* do atual art. 157 do CPP propicia equívocos, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. Na verdade, como sempre sublinharam doutrina e jurisprudência, 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.

Outro grave equívoco da Lei 11.690/2008 consistiu em definir a exceção da chamada *fonte independente*, consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte americana, afastando-se da ideia original, que supõe que o dado probatório possua duas origens, uma ilícita e outra lícita, podendo subsistir como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.

Ora, na parte final do § 1º, do art. 157, a Lei 11.690/2008, ao empregar o verbo no condicional – “puderem ser obtidas” –, dá a entender que basta a simples *possibilidade*

de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial. Não bastasse isso, no § 2º, o legislador pretendeu estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.

Daí porque, ao dizer que “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”, a disposição atualmente vigente abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita possa vir a ser convalidada. Com efeito, pelo que se depreende do texto, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5º, LVI.

Tudo isso justifica a proposital omissão do Projeto n. 156/2009 a respeito desse ponto controvertido, deixando que a jurisprudência – como aliás foi feito até hoje – dê os contornos da previsão constitucional.

Também inova o Projeto com relação ao tratamento que deve ser dado à prova declarada inadmissível, que no texto vigente, igualmente introduzido pela Lei 11.690/2008, deve ser *inutilizada* por decisão judicial (art. 157, § 3º). De forma mais adequada, a proposta sugere que seja ela *arquivada sigilosamente em cartório*.

É que, como também anotei em comentário à lei atual, a impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo) não implica a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém. É perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utili-

zada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, da situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei vigente, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal (GOMES FILHO, 2008, p. 270).

6. Livre convencimento e legalidade da prova no Projeto

No art. 165 e seus dois parágrafos, o Projeto n. 156/2009 introduz importantes disposições a respeito da fase de avaliação das provas pelo juiz, estabelecendo algumas regras que objetivam aclarar o que se deve entender por *livre convencimento*. É que, com efeito, essa fórmula, longe de expressar uma diretriz clara e segura para a valoração das provas, costuma ser fonte de enganos de grave repercussão na atividade da persecução penal.

Isso pode ser explicado, em parte, pela forma equivocada de transposição da liberdade de convicção própria dos julgamentos confiados ao júri popular na Inglaterra – compensada pelo estabelecimento de rigorosas regras de seleção do material probatório próprias da *law of evidence* –, ao denominado *sistema misto* dos ordenamentos continentais, passando a ser confundida com uma verdadeira autorização para o arbítrio dos juízes na determinação dos fatos.

Como antítese do método da *prova legal*, em que o valor de cada prova era previamente estabelecido pelo legislador, o livre convencimento não pode ser confundido, no entanto, com permissão para uma valoração subjetiva e isenta de critérios e controles. Trata-se, ao contrário, de princípio de avaliação de provas que não exclui

regras de admissibilidade na formação do material probatório, nem a submissão aos postulados da lógica e da experiência na apreciação desse mesmo material.

No Estado democrático de direito, em que a imposição de sanções penais somente se legitima se fundada em provas capazes de superar a presunção de inocência do acusado, é inevitável que a atividade probatória seja informada pela obediência à *legalidade*. Nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, proclama que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove *legalmente* sua culpa” (art. 8, n. 2).

As regras probatórias constituem, como observou Giovanni Conso (1970, p. 7-21), *normas de garantia* que decorrem dos preceitos constitucionais, assegurando o caráter racional e controlável da decisão sobre os fatos; afastam, assim, uma liberdade absoluta do juiz que poderia dar ensejo a julgamentos pessoais, ideológicos ou emotivos.

Sem que isso possa significar um retorno ao superado sistema da prova legal, o livre convencimento deve conviver com o indispensável respeito à legalidade probatória, que importa não só a disciplina da admissão e produção do material probatório, mas também deve incluir o estabelecimento de certos parâmetros legais à própria valoração, de forma a evitar julgamentos subjetivos e arbitrários sobre os fatos. Nesse último aspecto, é conveniente lembrar que no próprio sistema anglo-americano existem alguns limites legais para as inferências que devem ser feitas pelos jurados a partir das provas apresentadas, que são objeto de instruções dadas pelo juiz-presidente aos juízes leigos antes do julgamento (DAMASKA, 2003, p. 32-33).

7. Prova e contraditório no Projeto de Código de Processo Penal

É com essa inspiração e nesse sentido que o Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado

Federal, apresenta significativas alterações na disciplina da avaliação das provas.

Desde logo, na sua primeira parte, o art. 165 da referida proposta legislativa declara que “o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial...”. Circunscreve-se, pois, o material decisório à disposição do julgador aos dados objetivos que tiveram ingresso no processo com a participação e o controle das partes. São excluídas, em consequência, quaisquer informações outras a que possa eventualmente ter acesso o juiz, seja porque decorrem de seu conhecimento privado, seja porque obtidas em procedimentos prévios em que não esteja assegurado plenamente o contraditório.

O contraditório é, no dizer de Fazzalari, uma nota essencial ao próprio conceito de *processo* (FAZZALARI, 1989, p. 58). Só são provas, assim, no sentido processual, os dados objetivos de informação introduzidos em procedimento em que se assegure a participação daqueles em cuja esfera jurídica a decisão final produzirá efeitos.

Nesse ponto, o Projeto confirma a distinção entre *prova* e *elemento informativo da investigação* – que já foi feita pela Lei 11.690/2008, na nova redação do art. 155 do CPP atual –, tornando-a ainda mais explícita ao estabelecer, no seu art. 33, que “os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz de garantias”.

Trata-se, com efeito, de conceitos que não se confundem, até porque constituem resultado de atividades que têm finalidades diversas: os *atos de prova* objetivam a introdução de dados probatórios no processo – necessariamente em contraditório –, que servem à formulação de um *juízo de certeza* próprio da sentença; os atos de investigação visam à obtenção de informações que levam

a um mero *juízo de probabilidade* idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 227-228).

A proposta sublinha, assim, que o *livre convencimento* não autoriza uma irrestrita *liberdade de prova*, mas simplesmente a valoração de elementos que o legislador considera aptos à formação do convencimento do juiz, porque produzidos com a observância da garantia fundamental do contraditório.

8. Livre convencimento e motivação

Outra importante mudança de orientação constante do Projeto vem contemplada na parte final do mesmo art. 165: "... indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados".

O livre convencimento do juiz não exclui, é evidente, a obrigatoriedade de motivação de qualquer decisão judicial, assegurada entre nós pelo art. 93, IX, da Constituição. O Código de 1941, ao prever que na sentença o juiz indique singelamente "os motivos de fato" (art. 381, III), não atende completamente ao sentido daquela garantia essencial ao exercício da função jurisdicional, deixando pouco claro o conteúdo da exigência de justificação em relação ao juízo sobre os fatos.

A motivação não pode ser um *discurso aberto*, nem se resume na indicação de motivos que possam explicar a decisão (AMODIO, 1977, p. 206 e 217; ATIENZA, 2000, p. 31), mas consiste na explicitação de razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo. Daí a necessidade de que o exercício da liberdade de convicção pelo juiz venha acompanhado de uma argumentação capaz de reproduzir o raciocínio decisório, de modo a possibilitar o seu efetivo controle pelas partes, pelos órgãos superiores e pelo público em geral.

A proposta legislativa, embora de forma mais concisa, reproduz nesse ponto a

reforma processual penal italiana, de 1988 (arts. 192, § 1º, e 546, § 1º, c), que buscou conciliar a liberdade de valoração com os imperativos de legalidade decorrentes do sistema constitucional de garantias.

Não se trata, portanto, de um retorno à prova legal, que significaria impor ao juiz uma decisão estabelecida *a priori* pelo legislador, mas de assegurar que a liberdade na apreciação das provas seja acompanhada pela enunciação dos elementos probatórios utilizados como base do raciocínio e também pela explícita rejeição daqueles considerados inidôneos -, bem como pela reprodução dos critérios de inferência que permitiram passar dos fatos constatados à afirmação sobre a real ocorrência das hipóteses fáticas afirmadas pelas partes.

9. A valoração dos indícios no Projeto 156/2009

Também é inspirada na legislação italiana de 1988 a disposição contida no art. 165, § 1º, do Projeto n. 156/2009, que estabelece: "A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes".

Na terminologia processual, a palavra *indício* é empregada com dois sentidos diversos, embora relacionados: o primeiro, ligado ao sistema da prova legal - em que o valor do indício não se igualava ao da prova fornecida diretamente por um testemunho ou documento -, significa prova dotada de menor eficácia persuasiva, não apta a estabelecer, por si só, a verdade sobre um fato; modernamente, por indício entende-se a *prova indireta* (ou *crítica*), em contraposição à *prova direta* (ou *histórica*), segundo uma distinção que não está relacionada à eficácia persuasiva, mas à relação entre o fato a ser provado no processo e o objeto da prova; enquanto com a prova direta é possível conhecer o fato que interessa ao processo por um único procedimento inferencial, mediante a prova indireta isso exige uma segunda inferência, o que explica, de certo

modo, a tendência de atribuir-se à última um menor valor persuasivo (GOMES FILHO, 2005, p. 311).

É justamente com atenção a esse déficit de persuasão – com evidente risco para a segurança das conclusões do procedimento probatório –, que a regra proposta pretende estabelecer certos limites ao indiscriminado uso de uma espécie de prova não totalmente confiável no plano lógico. Não se trata, em absoluto, de excluir a prova indiciária do processo penal, mas apenas estabelecer critérios mais seguros para o raciocínio decisório, que deve vir expresso na motivação.

Ao falar em *indícios*, no plural, o Projeto sublinha importante exigência da prova indiciária: de um único indício é até possível inferir um fato, mas a *certeza* sobre um fato investigado no processo penal só pode resultar de todo um conjunto de indícios, o que constitui requisito de sua eficácia probatória (MOURA, 1994, p. 89-91).

Mais do que isso, ao prescrever que os indícios sejam *graves, precisos e concordantes*, a disposição em exame estabelece condições para que a partir de provas indiretas se possa chegar à conclusão sobre a ocorrência do fato.

São *graves* os indícios *consistentes*, ou seja, resistentes a objeções quanto à sua relação lógica com o fato a ser demonstrado; para isso, é necessário que as inferências empregadas sejam realizadas com base em máximas de experiência de validade reconhecida.

Para que se atenda à exigência de *precisão*, é necessário que o fato constatado pela prova indireta tenha um sentido único e definido, autorizando uma única conclusão a respeito do fato que deve ser provado; ao contrário, são imprecisos – e portanto inidôneos – indícios vagos ou equívocos, que podem conduzir a uma interpretação diversa, igualmente verossímil, sobre o fato que constitui objeto da prova.

Exige-se, finalmente, a *concordância* entre os vários indícios, para indicar que todos

os elementos obtidos devem convergir para uma única reconstrução do fato a ser provado, o que não ocorrerá quando algum deles estiver em contraste com outro, ensejando dúvida sobre a correção da inferência realizada (Uberty, 1995, p. 92).

Tudo isso, é evidente, exige um maior empenho argumentativo do juiz para sustentar, na motivação, a correção das operações realizadas para chegar ao acerto da hipótese de fato discutida no processo.

10. O valor relativo das declarações do coautor ou partícipe da mesma infração penal

Preocupou-se o Projeto, por último, com a questão da chamada do corréu, apresentando disposição legislativa nos seguintes termos: “as declarações do co-autor ou partícipe da mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade” (art. 165, § 2º).

De modo semelhante às restrições fundadas em motivos lógicos que recomendam cautelas em relação à prova indiciária, pretendeu-se aqui estabelecer um limite ao livre convencimento do juiz que encontra justificção na duvidosa idoneidade das declarações prestadas por quem tem interesse direto no desfecho do processo.

Ao contrário da testemunha – que por definição é um terceiro desinteressado e presta o depoimento sob juramento de dizer a verdade, sujeitando-se inclusive às penas do falso testemunho –, o coautor ou partícipe dá sua versão sobre os fatos com um objetivo próprio e sem qualquer compromisso com a verdade. Assim, à natural credibilidade que se empresta à prova testemunhal substitui-se uma fundada desconfiança quando se trata de valorar as declarações do corréu.

Acrescente-se, ainda, que o incremento legislativo a institutos como a delação premiada, em que a incriminação feita por um acusado a outro traz efetivas vantagens

no plano penal, aponta para um sério risco de comprometimento da idoneidade dessa fonte de prova, que não pode, por si só, autorizar uma conclusão segura sobre a verdade dos fatos delatados.

Daí a proposta de que, nesse caso, a conclusão definitiva sobre o fato investigado somente seja possível se as declarações incriminatórias do coautor ou partícipe sejam congruentes com outros elementos de prova.

Referências

- AMODIO, Ennio, *Motivazione della sentenza penale*, Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1977, v. 27, p. 181 ss.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia: una introducción al derecho e al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000.
- CHIAVARIO, Mario, *Il diritto alla prova: una garanzia basilare... un concetto tormentato*. In: *Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 1998.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, *Il principio di economia processuale*, Padova, Cedam, 1980.
- CONSO, Giovanni, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 25(1):7-21, 1970
- DAMASKA, Mirjan, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, *University of Pennsylvania law review*, 121:513, 1973.
- _____, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- FORIERS, Paul, *Considérations sur la preuve judiciaire*, in Perelman & Foriers (org.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Direito à prova no processo penal*, São Paulo, RT, 1997.
- _____, *A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001.
- _____, *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, in Yarshell e Moraes (org.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 303-18.
- _____, *Provas Lei 11.690, de 09.06.2008*, in Moura (org.), *As reformas no processo penal*, São Paulo, RT, 2008, p. 246-297.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Que juiz inquisidor é esse?*, *Boletim do IBCCRIM*, n. 30, junho de 1995.
- LOPES JÚNIOR, Aury, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, *A prova por indícios no processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1994.
- NOBILI, Massimo, *Commento [art. 187 do CPP italiano]*, in Chiavario (org.), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1990, v. II.
- PICÓ I JUNY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.
- STEPHEN, James Fitzjames, *Digest of the law of evidence*, 12a. ed., in Peter Murphy, *Evidence, proof and facts: a book of sources*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam, 1970.
- _____, *Il diritto alla prova nel processo civile*, *Rivista di diritto processuale*, 39:74-120, 1984.
- UBERTIS, Giulio, *La prova penale: profili giuridici e epistemologici*, Torino, UTET, 1995.