

**FUNÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS
NA ATIVIDADE PROBATÓRIA**
**FUNCTION OF CONSTITUTIONAL PROCEDURAL GUARANTEES
IN THE PROBATING ACTIVITY**

Recebido em: 01/08/2017

Aprovado em: 08/08/2017

Elizio Lemes de Figueiredo*

RESUMO: A instabilidade trazida pela prática de um delito, especialmente aqueles de repercussão social, ecoa nas garantias constitucionais disponíveis à defesa, muitos militam em favor da relativização destes primados constitucionais. A atividade probatória destina-se à formação da convicção do julgador e deve ser exercida pelas partes nos limites das garantias constitucionais e legislações correlatas. Neste cenário, as garantias constitucionais exercem dupla função, protege os Direitos Fundamentais e ao mesmo tempo limitar o poder do Estado na elaboração e aplicação *jus puniendi*. Estruturada na metodologia de pesquisa bibliográfica, pautada em doutrinas jurídicas Pátria e em decisões dos Tribunais Superiores Pátrios, o presente trabalho tem como foco a função das garantias processuais na atividade probatória.

PALAVRAS CHAVE: Garantias constitucionais; Provas; Processo Penal; Função.

ABSTRACT: The instability brought by the practice of a crime, especially those of social repercussion, echoes in the constitutional guarantees available to the defense, many militate in favor of the relativization of these constitutional primacy. The probative activity is intended to form the conviction of the judge and must be exercised by the parties within the limits of constitutional guarantees and related legislation. In this scenario, constitutional guarantees play a dual role, protect Fundamental Rights and at the same time limit the State's ability to elaborate and enforce *jus puniendi*. Structured in the methodology of bibliographical research, based on legal doctrines and the decisions of the Patria Superior Courts, the present work focuses on the function of procedural guarantees in the probative activity.

* Doutorando no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Ciências Criminais com Ênfase em Direito Penal e em Processo Penal” pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Graduado em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT; Advogado.

KEYWORDS: Constitutional guarantees; Evidences; Criminal proceedings; Function.

1 INTRODUÇÃO

A prática da conduta descrita na norma penal incriminadora abre as portas para o Estado exercer o direito ao *jus puniendi* em desfavor do autor da agressão ao bem jurídico. No mesmo momento, a Constituição Federal coloca à disposição do autor da conduta reprimida penalmente um leque de garantias constitucionais. Duas forças conflitantes em uma relação de nítida supremacia do poder estatal.

O exercício do *jus puniendi* deve conciliar a proteção dos direitos fundamentais, seguindo a orientação de que o Estado e a ordem jurídica estão a serviço do ser humano e a concretização dos fins tutelados pelo Direito penal. Neste ponto, as garantias constitucionais buscam nivelar a relação para evitar abusos e arbitrariedades. Já se foi o tempo da persecução criminal inquisitória, nos dias atuais, a dignidade humana é ponto de partida para qualquer leitura jurídica, principalmente para a seara penal, onde o *status libertatis* vive na berlinda.

A produção de provas é um terreno fértil para as tensões da relação *jus puniendi* e *status libertatis*, a resposta do órgão julgante está em sintonia direta com a atividade probatória. O presente artigo visa lançar um olhar sobre as garantias constitucionais e sua relação com a atividade probatória.

Em primeiro momento pretende-se um estudo das garantias processuais constitucionais, a sua conceituação, sua relação com os Direitos fundamentais e uma breve abordagem das principais garantias constitucionais voltadas à produção probatória. Em seguida, o tema em debate é a atividade probatória penal, sua essencialidade para a instrumentalidade processual e a identificação dos papéis a serem exercidos pelas partes e pelo julgador neste sensível momento processual. Ao final, o cerne do debate é a função das garantias constitucionais na atividade probatória.

2 GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Com o reconhecimento do homem como centro gravitacional da ordem jurídica, processo iniciado pela Revolução Francesa e no âmbito da ordem jurídica brasileira, fortalecido com os primados da atual Constituição Federal, Direitos e garantias fundamentais são faces da mesma moeda, destinam-se à proteção do ser humano, sua dignidade e suas liberdades. Sem o preciosismo teórico e dogmático da distinção entre Direitos e garantias fundamentais, é possível visualizar uma tênue diferença entre os mesmos.

Os Direitos fundamentais comportam diversas terminologias e nesta oportunidade, chama-se à atenção a definição “Direitos Fundamentais do Homem”, onde o foco é o homem, suas necessidades e liberdades, protegendo-o enquanto indivíduo único e ao mesmo tempo, realizando-o como membro de uma coletividade. Para José Afonso da Silva (SILVA, 2006):

“Direitos Fundamentais do Homem” constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo “fundamentais” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não sobrevive; fundamentais “do homem” no sentido de todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente realizados. “Do Homem”, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Em linhas primárias, Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 1999), conceitua Direitos Fundamentais como sendo "a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de Direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional". Na concepção de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2002):

[...] os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. [...] direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa.

Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 1998) vê os Direitos Fundamentais como todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integrados ao texto constitucional, e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

Em singelo aporte, para Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010), os direitos são declaratórios e as garantias são assecuratórias, ambos coexistem e interagem, não constituindo compartimentos estanques no contexto das proteções individuais. A liberdade é um dos essenciais direitos constitucionais e a preservação do *status libertatis* é afiançada pelo habeas corpus, uma das garantias constitucionais.

Para Heráclito Antônio Mossin (MOSSIN, 2014), as garantias constitucionais constituem-se no mecanismo de tutela dos direitos fundamentais do cidadão; tornam efetivo qualquer um dos direitos individuais que formam o conjunto de liberdades em termos gerais, não obstante, também projetam sua proteção no que tange ao funcionamento de todas as instituições estatais. José Afonso da Silva (SILVA, 2006) retrata as garantias constitucionais sob três sentidos:

Ela emprega a expressão “garantias constitucionais” em três sentidos: (a) reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais – assim a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, que não provem de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano, parte-se da ideia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma ideia vinculada à concepção de direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais; (b) prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público ou formalidades prescritas pela Constituição para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis dos seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual; (c) proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia, ou recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura.

As garantias constitucionais não deixam de serem direitos fundamentais e no artigo 5º, da Constituição Federal, estão expressas algumas garantias constitucionais e neste ponto vale duas ressalvas. O rol das garantias expressas no artigo 5º, da Constituição Federal não é *numerus clausus* e existem as garantias constitucionais implícitas, concebidas a partir de uma leitura e interpretação sistêmica da Carta Suprema.

Sem imiscuir na diferença entre “princípio” e “garantia constitucional”, mas, reconhecendo a semelhança entre ambos e que os princípios integram o rol das garantias constitucionais, torna-se necessário um breve debate sobre os principais princípios penais constitucionais de sustentação das garantias constitucionais. Luiz Regis Prado (PRADO, 2014) define os princípios penais da seguinte forma:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os Direitos Fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado Democrático e Social de Direito. Em síntese, servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

Diverso das relações particulares, onde os atos são praticados de forma imediata e direta, a aplicação da pena é monopólio estatal e esta atividade não pode ser exercida nos mesmos moldes do direito privado. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das *regras do jogo* (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal. Nessa linha, os princípios constitucionais devem efetivamente constituir o processo penal (BADARÓ, 2007), restando nítido o caráter instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena.

A Constituição Federal apresenta um rol de garantias constitucionais, explícitos e implícitos, todos marcados pela segurança jurídica da cláusula pétreia e necessária para a tutela dos bens e das liberdades fundamentais ao ser humano. Para o momento interessa apenas as garantias voltadas à produção probatória penal, ou seja, garantia do devido processo legal, garantia do juiz independente e imparcial, garantia do juiz natural, garantias do contraditório e da ampla defesa, garantia da igualdade de partes.

2.1 Garantia do devido processo legal

A garantia constitucional do devido processo legal tem assento no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, segundo o qual, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Os caminhos do devido processo legal procuram levar a uma

prestação jurisdicional justa e devida.

A instrumentalidade do processo penal é o caminho obrigatório para aplicação da pena e concretizar o papel pacificador do Direito penal. A Constituição Federal de 1988 define o processo penal fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz natural e a junção destas garantias formam um lastro jurídico, um princípio base denominado devido processo legal. Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010) descreve o devido processo legal sob o prisma processual:

Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.

Segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2006), o princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF/88), o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, CF/88), fecha o ciclo das garantias processuais. Assim, garante-se o processo, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.

A garantia constitucional do devido processo legal assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador, porquanto deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of law* (SAMPAIO JUNIOR, 2008).’

Para Gilmar Ferreira Mendes (BRASIL, 2006), o devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal,

enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

2.2 Garantia do juiz independente e imparcial

A garantia do juiz independente e imparcial implica muito mais que ter um juiz julgador, a sua aptidão deve ultrapassar os limites frios da lei e julgar os fatos em conexão com os valores axiológicos da Constituição Federal, com a mente voltada à leitura do ordenamento jurídico penal pelas lentes dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado não é e não pode ser instrumento de vingança, a sua precípua finalidade é preservar não apenas os interesses estatais, todos os indivíduos envolvidos na persecução criminal são sujeitos de direitos e destinatários da ordem jurídica.

O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver quando não existirem provas plenas e legais (abandono completo do mito da verdade real) (BADARÓ, 2007).

A Constituição Federal não garante, expressamente, o princípio da independência e da imparcialidade do juiz. Prevê, contudo, uma série de prerrogativas para assegurar a independência dos juízes (artigo 95, *caput*, CF/88): vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos são o “penhor de independência dos juízes”. De outro lado, para garantir o julgamento por um juiz imparcial, estabelece vedações aos magistrados (artigo 95, parágrafo único, CF/88). Além disso, assegura que as partes sejam processadas e julgadas pelo juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, CF/88) (BADARÓ, 2015).

Um juiz parcial é nefasto para as pretensões da tutela da ordem jurídica penal, alimenta ainda mais a sede de vingança e coloca em risco todos à sua volta. A lide deve ser julgada nos limites da livre persuasão racional e qualquer obstáculo a esse vital exercício lógico-jurídico macula a prestação jurisdicional. O cerceamento de liberdade de julgar deve ser combatido pelo próprio julgador, lançando mão das exceções de impedimento ou de suspeição, conforme o caso concreto.

A independência é concebida sob o ângulo da liberdade do Poder Judiciário em

relação aos demais poderes estatais, como estabelece o artigo 2º, da atual Constituição Federal, trata-se da denominada independência externa e a respeito deste tema, Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, 2015) faz o seguinte alerta:

A independência externa, embora normalmente seja considerada em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, também precisa ser analisada em face de outros mecanismos não estatais, com grande poder econômico ou social, em especial a imprensa. Muitos juízes temem a influência da mídia sobre os fatos que julgam e sobre suas decisões. Não é inócuo um que a mídia se transforme em um espaço para “julgamentos paralelos” que podem colocar em risco a serenidade do julgador, uma vez que os resultados de tais julgamentos sejam assimilados pela opinião pública, a partir da opinião publicada nos meios de comunicação.

Ao mesmo tempo, a independência deve ser assegurada no plano interno, para proteger cada juiz perante o seu Órgão Judicante e os das Cortes Superiores, mantendo-o livre das perseguições internas em retaliação às decisões lançadas em desfavor de qualquer interesse e em sintonia com o lastro probatório.

2.3 Garantia do juiz natural

A garantia do juiz natural volta à atenção para o exercício do poder de julgar pelo órgão do Estado previamente investido constitucionalmente do poder jurisdicional e dentro das atribuições fixadas por lei, com definição prévia da competência. Para Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2006) a garantia do juiz natural é portadora de um tríplice significado:

- a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição;
- b) ninguém pode ser processado e julgado por órgão instituído após o fato;
- c) há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Adelino Marcon (MARCON, 2004) considera o Princípio do juiz natural como um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste, na síntese do autor, no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.

A definição e delimitação do campo de atuação do juiz natural são reservadas à Constituição Federal, previstas expressamente na Constituição Federal de 1988, em seu duplo aspecto: positivamente, assegurando o direito ao juiz competente, e sob o enfoque negativo, pela vedação da criação de tribunais de exceção. O artigo 5º, XXXVII, estabelece que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*”. Por outro lado, o inc. LIII do mesmo artigo 5º assegura que “*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*” (BADARÓ, 2015), limite necessário para evitar a formação de tribunal de exceção.

2.4 Garantias do contraditório e da ampla defesa

São duas garantias constitucionais intimamente conectadas e atuam no mesmo plano, com as mesmas finalidades, mas, cada uma delas tem projeções jurídicas próprias. As duas garantias constitucionais tem assento no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo (LOPES JUNIOR, 2016). O contraditório tem o escopo de manter o nível igualitário da balança processual, preservando o equilíbrio entre as partes na necessária bilateralidade processual e a isenção estatal.

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual se está de acordo. Logo, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar já é suficiente exercício do contraditório, vale dizer, não é a expressa manifestação

contrária de uma parte, dirigida a outra, que faz valer o contraditório. Este emerge legítimo, quando se concede a *oportunidade para manifestação* em relação a algo, no processo, mesmo que não seja utilizada (NUCCI, 2010).

O Poder Judiciário e a acusação não são personagens centrais no processo penal, vários atos processuais são destinados ao exercício do contraditório, como a citação, intimação ou notificação, canais de diálogo entre defesa, acusação e o Estado-juiz.

O acusado deve ter participação ativa na sua defesa, ainda que não queira exercer esse direito, para defender o seu *status libertatis* da forma que mais lhe convier, como se vê na Sumula nº 707, do Supremo Tribunal Federal, “*constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo*”.

De nada adiantaria a ciência dos termos da acusação e das provas contrárias sem oportunizar ao acusado o direito de se defender. A ampla defesa corresponde a uma garantia constitucional conferida ao réu para que este possa se valer, sem qualquer espécie de embaraço, de todos aqueles mecanismos processuais indispensáveis à salvaguarda de seus direitos. Isto é, a possibilidade de produzir todo tipo de prova, de fazer quaisquer alegações que sejam, de interpor todos os recursos cabíveis e, enfim, de demonstrar a pertinência de suas pretensões no processo (MOSSIN, 2014).

O domínio da ampla defesa é dividido entre o acusado, no exercício da autodefesa e o seu Defensor, nesse contexto, dispõe o artigo 261, do Código de Processo Penal, que “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”. A dualidade da ampla defesa é retratada por Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2010):

A ampla defesa subdivide-se em autodefesa e defesa técnica, ambas de igual importância e sempre pertinentes a qualquer instância. A autodefesa é promovida pelo próprio acusado, valendo-se de seus argumentos e raciocínio lógico, ainda que despidos de juridicidade. Infere-se o seu uso no primeiro e mais precoce momento em que se pode acusar alguém do cometimento da infração penal, vale dizer, quando preso em flagrante ou indiciado em investigação policial. Eis que surge, para amparar a ampla autodefesa, o direito ao silêncio, sob o prisma do estado de inocência. A seguir, emerge a defesa técnica, sustentada pelo advogado, cuja habilitação é supervisionada pelo Estado e dependente de elevado grau de conhecimento técnico.

O contraditório permite a ampla defesa, na medida em que concede acesso à informação e permite o poder de reação. Ao mesmo tempo a ampla defesa permite o contraditório, ao oportunizar a produção de todos os meios de provas em direito admitidos. As particularidades das duas garantias constitucionais são sintetizadas por Aury LOPES JUNIOR (LOPES JUNIOR, 2016):

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: previstos no art. 5º, LV, da CB, são princípios distintos, mas, dada a íntima relação e interação, estudados juntos. 4.1. O contraditório nos remete às lições de Fazzalari, em suma, de igualdade de tratamento e oportunidades no processo. O contraditório tem dois momentos: informação e reação. É, essencialmente, o direito de ser informado e de participar do processo com igualdade de armas. É possível o contraditório no inquérito policial, mas restrito ao seu primeiro momento (informação). 4.2. O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica: ninguém pode ser acusado ou julgado sem defensor (constituído ou dativo), exercida por advogado habilitado, diante da presunção absoluta de hipossuficiência técnica do réu (arts. 261 do CPP; 5º, LXXIV, e 134 da CB; 8.2 da CADH); b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado. A defesa pessoal subdivide-se ainda em positiva (quando o réu presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determinada prova, v.g. participando do reconhecimento, acareação etc.) ou negativa (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter) do art. 5º, LXIII, da CB; art. 186 do CPP; e 8.2. “g” da CADH. Importante destacar o disposto na Lei n. 12.654/2012 que estabelece a coleta compulsória de material genético do suspeito ou condenado, excepcionando assim o direito de silêncio.

A ampla defesa e o contraditório não são absolutos, em determinados momentos processuais sofrem necessárias restrições para manter o equilíbrio da relação processual, como ocorre na limitação trazida pelo artigo 479, do Código de Processo Penal, segundo o qual, “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

2.5 Garantia da igualdade das partes

Na relação processual, acusação e defesa estão em pé de igualdade, o equilíbrio da relação é necessário para proporcionar reciprocamente os ônus e vantagens da persecução criminal. A igualdade é definida por Luiz Regis Prado (PRADO, 2014):

[...] reconhece como inerente a todo ser humano a mesma dignidade, atribuindo a

todos os mesmos direitos essenciais, independentemente do ofício ou função social que exerçam; negativamente proíbe a utilização de certos critérios de diferenciação no tratamento entre as pessoas em qualquer domínio da ordem jurídica.

O acusado é sujeito de direito e parte da relação processual, atributos suficientes para colocá-lo na condição de destinatário dos fins jurídicos, ainda que a conduta em apuração seja reprimida pela ordem jurídica penal.

Ao mesmo tempo, a acusação não é a proprietária da persecução criminal, apenas exerce o papel constitucional de contribuir para a apuração dos fatos, no exercício do *dominus litis*, sem qualquer grau de superioridade ou de preferência. O campo de atuação do princípio da igualdade na temática penal é descrito por Antonio Garcia-Pablos de Molina (MOLINA, 2012):

O princípio da igualdade, no Direito Penal, tanto cumpre função político-criminal como dogmática. No primeiro plano, obriga o legislador a tratar todos os iguais de maneira igual, os desiguais de forma desigual (exemplo, ao imputável se prevê a imposição de pena, ao inimputável está prevista a medida de segurança; os desiguais devem ser tratados desigualmente). O legislador penal não pode fazer diferenciações injustificadas ou abusivas ou discriminatórias. No âmbito dogmático e interpretativo, tanto o intérprete como o juiz deve enfatizar a mesma regra para todos os casos iguais.

Para José Afonso da Silva (SILVA, 2006) a igualdade constitucional, no âmbito jurisdicional, desdobra-se sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça.

Seguindo a sistemática traçada por José Afonso da Silva, a igualdade constitucional é o cerne do contraditório e da ampla defesa, sua força permite a isonomia processual, assegurando à parte contrária o direito de ser ouvida em igualdade de condições; a igualdade processual, proporcionando os mesmos ônus e bônus entre acusação e defesa; a liberdade processual, concedendo ao acusado a exercer a sua defesa no limite do seu interesse e de apresentação das provas conforme a sua discricionariedade.

2.6 Garantia da presunção da inocência



No processo penal dominado pela garantia da presunção da inocência, a atividade probatória deve tender à verificação dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado (GOMES FILHO, 1991).

O ponto de partida da persecução criminal é o crime e não o acusado, o alvo da produção probatória é a sua culpa e não a sua inocência, premissas simples e muitas vezes minoradas em nome de inúmeras justificativas populistas.

A imputação de um delito coloca em trincheiras opostas o Estado e seu *jus puniendi* e o Réu dotado do *status libertatis*, a presunção da inocência reside exatamente neste momento crucial, para moderar os direitos conflitantes e sua condição de Garantia Constitucional a coloca em prol da segurança da liberdade do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado. Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002) observa que:

[...] a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo.

O tratamento jurídico a ser dado ao acusado, em regra, é de inocente, a carga probatória deve ser suportada pela acusação e diante do seu *status* de inocência, ao final da persecução criminal, a resposta do Estado deve ser proporcional ao lastro probatório. A existência de provas seguras, coerentes, claras e inequívocas de autoria e materialidade da imputação sustentam naturalmente o decreto condenatório. Igualmente, a anemia probatória, por mais insignificante que seja, deve ser interpretada sob a luz do *in dubio pro reo*, conseqüentemente, a absolvição é a única resposta viável e aceitável.

Desde já sobressaem duas faces da garantia da presunção da inocência, a primeira, no curso da persecução criminal o acusado ostenta a condição de inocente e a segunda, a aridez probatória da autoria ou/e da materialidade conduz à sua absolvição. Jaime Vegas Torres (VEGAS TORRES, 2002) é mais abrangente e aponta as três principais manifestações (não excludentes, mas sim integradoras) da presunção de inocência:

a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação

punitiva estatal;

b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);

c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada.

Para Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, 2007), não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias - se é que isto é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retomo a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

A presunção de inocência no procedimento inquisitório era verdadeira ficção sistematicamente necessária a sustentar decisão pela absolvição, haja vista a existência de contraditoriedade. Ao mesmo tempo em que o acusado era presumido inocente, não participava do procedimento escrito e secreto, senão como objeto de prova. O acusado era objeto da coação estatal que contra sua vontade violava a liberdade e sua integridade corporal. Na busca da verdade a qualquer preço, após utilização da tortura e do interrogatório do acusado como meios de prova e não se tendo comprovado a verdade absoluta, optava-se pela alternativa absolutória sintetizada no postulado *in dúbio pro reo* (ROXIN, 2005).

Diante da visível fragilidade do Réu frente ao *jus puniendi*, o sistema inquisitório (MARQUES, 2003) não coaduna com a estrutura jurídica do Estado Democrático e Social de Direito, principalmente na ordem jurídica brasileira, onde a dignidade da pessoa humana é o princípio macro e fundante perfil jurídico-constitucional consagrado pela Constituição Federal de 1988. Já se foi o tempo de concentração das atividades de

perseguir, acusar e decidir em mão única. Para Aduino Suannes (SUANNES, 2004):

Todos somos presumidos inocentes, qualquer seja o fato que nos é atribuído. Em sendo assim – e só pode ser assim – nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige.

Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado.

Infelizmente, em muitas situações pontuais, há uma profunda vala entre o mundo teórico e formal e a vida do acusado, os “juízes plantonistas”, a serviço do populismo penal midiático, simplesmente desprezam as forças garantistas da presunção da inocência e patrocinam campanhas de estigmatização, marcando a vida do indivíduo com a mácula da imputação. Nestas situações nem mesmo a sentença absolutória é suficiente para resgatar a dignidade precocemente perdida. Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2006) trás a seguinte preocupação:

A pessoa submetida ao processo penal perde a sua identidade, sua posição e respeitabilidade social, passando a ser considerada desde logo como delinquente, ainda antes mesmo da sentença e com o simples indiciamento. Em síntese, recebe uma nova identidade, degradada, que altera radicalmente sua situação social. Ademais, se o processo como um todo pode ser considerado uma cerimônia degradante, no seu interior é possível identificar determinados atos que aumentam esse grau de vexação, especialmente as medidas cautelares pessoais e a publicidade abusiva dos atos de investigação ou do processo.

A presunção da inocência vem sendo positivada desde a Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resultante da Revolução Francesa, já assegurava a presunção de inocência em seu artigo 9º: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

O tema voltou a ser contemplado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, em 1948, segundo o qual, “todo homem 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”. Está presente também no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos), recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto Federal nº. 678/92, que assim expressa em seu artigo 8º: “Toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que seja presumida sua inocência enquanto não for estabelecida legalmente sua culpabilidade”.

No Brasil, apesar da tipificação da presunção da inocência remontar à Revolução Francesa, o tema não foi tratado pelas Constituições Federais pretéritas, a sua concepção jurídica era oriunda do princípio do *in dubio pro reo*, agasalhado pelo artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Atualmente, a presunção de inocência está expressamente consagrada no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo um dos princípios cardeais da seara Penal.

A presunção da inocência atua em várias dimensões, no plano probatório, órbita de interesse para o momento, a sua essência é sintetizada na expressão “dever de tratamento”, como sustenta Aury Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2016):

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

O princípio da presunção de inocência atrai a aplicação de princípios correlatos e consequenciais. Se o indivíduo é naturalmente inocente, não lhe sendo atribuído qualquer ônus para a demonstração de sua culpa, logo, deduz-se, por questão de lógica, que ninguém é obrigado a se autoacusar. Consagra-se o direito ao silêncio, em caráter absoluto. Confirma-se que, em caso de dúvida razoável, há de se conferir prevalência ao estado original do ser humano: inocência (NUCCI, 2015).

Não se pode perder de horizonte a ausência de um direito absoluto, com a presunção da inocência não é diferente. Ao lado da proteção do interesse pessoal está a tutela da coletividade e o risco para esta permite a segregação cautelar do transgressor, sem que isso represente ofensa principiológica. É o que acontece com a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão domiciliar e a prisão em flagrante.

A matéria está no centro das atenções em face das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que ao julgar o Habeas Corpus nº 126.292, firmou entendimento inicial de que depois da confirmação de uma condenação por um tribunal de segunda instância, a pena já pode ser executada, já que a fase de análise de provas e de materialidade se esgota.

O tema voltou a lume em 11 de novembro de 2016, com o julgamento pelo plenário virtual do ARE 964.246, relatoria do Ministro Teori Zavascki, onde, com placar de 6 a 4 (não se manifestou a Ministra Rosa Weber), a Suprema Corte reafirmou o entendimento definido em fevereiro de 2016, quando foi negado o Habeas Corpus nº 126.292 e autorizado à prisão antes do trânsito em julgado.

2.7 Garantia da proporcionalidade

A força do Estado frente ao indivíduo é absolutamente incomparável, com evidente prevalência da potência estatal, verdadeiro convite aos abusos e excessos. O princípio da proporcionalidade é uma das fórmulas para impor limite proibitivo ao cerceamento dos Direitos e Garantias Fundamentais e que o crime e suas particularidades mereçam a devida consideração do Estado. Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2011) sintetiza os limites de atuações da proporcionalidade.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando ocorre restrição a determinado direito fundamental ou conflito concreto entre distintos princípios constitucionais, de maneira a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio: a) adequação (apto para produzir o resultado desejado); b) necessidade (insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz); c) proporcionalidade em sentido estrito (forma -se relação ponderada entre o grau de restrição de certo princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Luis Regis Prado (PRADO, 2014) desdobra o princípio da proporcionalidade em três subprincípios (adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito) e afirma que:

Pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais e quando as vantagens superam suas desvantagens.

A proporcionalidade já era matéria de interesse dos pensadores iluministas, tema debatido nas obras “O Espírito das Leis” (1747) de Montesquieu e “Dos Delitos e das Penas” (1764) de Beccaria, nas quais é defendida a harmonia entre o delito e a respectiva pena aplicada ao agente. Luis Regis Prado (PRADO, 2014) lembra que o princípio da proporcionalidade se firmou com um verdadeiro pressuposto penal a partir da obra de Cesare Beccaria, “*o dano à sociedade é a verdadeira medida dos crimes*” (PRADO, 2014).

O interesse geral não apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os mais crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas (BECCARIA, 2001).

A lição de Cesare Beccaria continua viva, o Supremo Tribunal Federal aplica o princípio da proporcionalidade com a mesma prudência Iluminista (BRASIL. STF, 2011), a balança estatal deve ter o crime e a pena como ponto de equilíbrio.

A matéria não está explícita na Lei Suprema, a sua admissibilidade é fruto da visão sistêmica da ordem jurídica, na concepção de que os Direitos e Garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1997) destaca a importância do princípio da proporcionalidade e litiga pela sua expressa inclusão no Texto Constitucional:

[...] em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo e elástico, prestante, protege ela o cidadão contra os excessos do estado e serve de escudo à defesa

dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que, urge, antes de extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da constituição, em ordem a introduzi-lo, com vigor no uso jurisprudência.

No campo probatório, o princípio da proporcionalidade ganha interesse em matéria de admissibilidade de provas ilícitas, principalmente em tempos de árdua campanha patrocinada pelo Ministério Público, intitulada “As 10 Medidas de Combate à Corrupção”.

A aceitação das provas ilícitas pró-réu encontra respaldo na chamada teoria da exclusão da ilicitude, em que a conduta do réu para obter a prova ilícita encontra amparo pelo direito material, e, portanto essa prova teria desconsiderada a sua ilicitude (RANGEL, 2010). No conflito entre o *status libertatis* e as garantias atinentes à produção probatória, a ponderação indica a flexibilidade da proporcionalidade para preservação do bem jurídico liberdade, como defende e exemplifica Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, 1989):

O texto constitucional não pode ser interpretado de maneira radical. Havendo situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os tribunais a aceitá-la. Lembre-se, por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito mas que levaria a absolvição de um inocente. Tal prova teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas, certamente comporta exceções ditadas pela incidência de outros princípios constitucionais mais relevantes.

As circunstâncias e particularidades do caso concreto são determinantes para a equalização da prova maculada e a sua admissibilidade via incidência do princípio da proporcionalidade. Já se admitiu provas ilícitas em favor da acusação, como lembra Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, 2012):

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o sequestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta a referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal.

A admissibilidade de prova ilícita em favor da acusação é uma exceção e não pode ser vista com a naturalidade pretendida pelos Defensores da teoria “excludentes de ilicitude da prova”, encampada no Projeto de Lei 4.850/2016, onde pretendem alterar substancialmente a temática voltada às provas ilícitas, a fim de admitir a prova, ainda que produzida ilicitamente, quando “o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada” e em outras situações descritas na forma da proposta de alteração do artigo 157, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2016).

A proporcionalidade é concebida constitucionalmente como uma Garantia Fundamental implícita na Constituição Federal de 1988, condição que a coloca à disposição do réu e não a favor do Estado. Partindo desta premissa, revela-se incongruente a alegação de que a lei em vigor conceitua provas ilícitas como sendo “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” e este conceito é amplo e permite a anulação de provas (o sepultamento de grandes operações policiais de combate ao crime ou de complexas ações penais em fases avançadas ou até mesmo já julgadas) por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado (BRASIL, 2016).

O Projeto de Lei 4.850/2016 ganha a simpatia da coletividade quando todos são convidados a contribuir para o combate à corrupção, dando a sensação de dever cumprido para os aderentes à campanha. O problema está nas entrelinhas das propostas, alterar a rota da persecução criminal e sua imprescindível produção probatória, para programá-la com possibilidades de intervenções subjetivistas a título de boa-fé do agente estatal, em face de mera inobservância de uma simples formalidade ou um evento de menor importância, é um risco real para os Direitos e Garantias Constitucionais e omitido pela campanha publicitária intitulada “As 10 Medidas de Combate à Corrupção”. Neste ponto, Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, 2015) traz a seguinte lembrança:

Aos jovens, fica a advertência dos clássicos, nas palavras de Pimenta Bueno: “Quem não conhece bem o processo criminal, e portanto o valor das formas, estranha que se anule um processo só por omissão delas; mas quem reconhece que sem a sua fiel observância o processo pode tornar-se um caos ou objeto de capricho e arbitrariedade dos juízes, não pode pensar assim”. No processo penal, forma não é formalismo inútil, mas garantia do devido processo legal.

Com todo respeito aos entendimentos contrários, os Direitos e Garantias Constitucionais não são barreiras a serem ultrapassadas com a minoração da sua importância. A permitir esta interpretação, abre-se a possibilidade dos excessos serem tratados como inobservância de uma simples formalidade, ou evento de menor importância, ou fruto de “boa-fé” do agente público, culminando em um antiprocessos penal (TORNAGHI, 1977) e marcado pela insegurança jurídica.

De fato é preciso fechar os gargalos da impunidade e dotar de maior celeridade e efetividade do processo penal e o ponto de partida é o apego incondicional à Constituição Federal e seus valores axiológicos.

3 A ATIVIDADE PROBATÓRIA PENAL

A prestação jurisdicional penal está conectada às provas, elemento essencial para a construção dos três pilares de sustentação da persecução criminal, ou seja, a autoria, a materialidade e a pena a ser aplicada. As provas ditarão o destino do processo, absolvendo o acusado quando insuficientes para demonstração da autoria e da materialidade e mesmo na condição de condenado, a quantificação da pena será fruto da análise do lastro probatório.

As provas são produzidas pelas partes, nas formas e tempos delimitados pela ordem jurídica, lastreadas pelas garantias constitucionais e destinam à formação da cognição do juiz, para construção da verdade processual e este conhecerá da realidade dos fatos e deve decidir a querela apenas sob a ótica das provas. Já se foi o tempo de produção de provas a qualquer custo, com uso de torturas e expedientes absolutamente aviltantes da dignidade humana. Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2015) vê a prova sob três sentidos:

O termo *prova* possui, fundamentalmente, três sentidos: a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) como *resultado*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”.

Ao lado das garantias constitucionais, a doutrina indica alguns princípios específicos para a produção da prova: a) **Comunhão das provas**: as provas não pertencem às partes, tem interesse comum e pode ser usada por qualquer um dos polos da demanda; b) **averiguação**: O julgador não é mero receptor das provas, pode participar ativamente na busca das provas e em algumas situações, a atuação opera-se *ex officio*; c) **imediação**: vem do brocardo “*o que não existe nos autos, não existe no mundo jurídico*”, assim, a decisão deve ser lastreada pelas provas produzidas nos autos; d) **oralidade**: há certa predominância da prova oral, como nas provas testemunhais, acareação e interrogatório; e) **concentração**: as provas são produzidas no seu momento oportuno, em regra, em audiência de instrução e julgamento; f) **publicidade**: desde que o processo não esteja sob segredo de justiça, as provas são acessíveis ao qualquer interessado, em nome da publicidade da administração pública; g) **audiência contraditória**: fruto da bilateralidade processual, as partes têm direito de contraditar as provas produzidas, por meio de perguntas, perícias ou impugnações.

Para acusação e defesa, o direito à prova é essencial para a materialização das garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e permitir a formatação dos fatos conforme a ótica de cada um, com liberdade de tentar reproduzir os fatos sob *judice* de acordo com as diretrizes da versão a ser defendida e contradizer a versão apresentada pela parte adversa.

A atividade probatória dentro da qual as partes se movem acaba formando um influxo, positivo ou negativo, em análise global, que gera na mente do julgador o convencimento acerca da constatação da prática de determinados atos e da existência de determinados fatos, bem como a sua forma, adequando ações a conduta prevista em lei penal como infração penal. Caracterizam-se, destarte, como o verdadeiro substracto processual. O que verdadeiramente adquire importância no decorrer do processo são as provas e "contraprovas" nele inseridas, a favor ou contra os argumentos das partes (MENDRONI, 2010).

Segundo Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, 2012), de forma abrangente desdobra-se o direito a prova, em face das manifestações concretas no processo, em vários direitos das partes:

a) direito de requerer a produção da prova;

- b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;
- c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção;
- d) direito a participar da produção da prova;
- e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório;
- f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz;
- g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito;
- h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.

Ao mesmo tempo, para o julgador, a liberdade de apreciação das provas está intimamente ligada às garantias constitucionais da imparcialidade e da independência do órgão judicante. O diálogo entre as garantias constitucionais voltadas aos participantes da relação processual permitirá a demonstração lógica, fática e jurídica entre a realidade dos fatos e a realidade processual mais próxima possível.

O julgador deve ater-se à verdade processual, assim, o objetivo das provas é adequação entre as duas realidades e cabe às partes o ônus de trazer estes ingredientes construtivos para a ciência do juiz e oportuna apreciação ao tempo da sua decisão. Neste cenário, em regra não se faz prova dos preceitos legais, estes se presumem de conhecimento geral, como rege o artigo 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

As provas destinam-se aos fatos em apuração, à sustentação as alegações das partes e seu processo de valoração acompanha a própria evolução jurídica e social, passando do princípio da “íntima convicção”, onde a convicção do julgador era suprema, dispensava-se a fundamentação, para o princípio das “provas legais”, com supremacia da verdade aritmética dos valores da prova na convicção do julgado e termina no princípio do “livre convencimento”, marcada pela liberdade de solução, com a necessidade de fundamentação do seu convencimento. Marcelo Batlouni Mendroni (MENDRONI, 2010) sintetiza os momentos de valoração das provas.

Recapitulando: no primeiro, o princípio da "íntima convicção", o juiz podia decidir - sem fundamentar e sem analisar e sopesar as provas, às vezes até sem a produção de provas. Pelo princípio das "provas legais" passou-se a atribuir valores concretos a determinadas provas, e a decisão correspondia à análise aritmética daqueles valores pré-catalogados às provas. Se cada prova tinha um determinado valor, era necessário "somar" provas apresentadas pela acusação e pela defesa para se chegar a um número que vencia de uma das partes. Pelo princípio do "livre convencimento", abandonou-se a atribuição de valores em



dados concretos para cada prova, para que as provas viessem a ser analisadas através de uma consideração subjetiva do julgador. A evolução natural da teoria, com a passagem para os juízes togados, tornou obrigatória a fundamentação antes do decreto decisório. Ao contrário do juiz togado, os jurados, leigos, evidentemente, no nascedouro da teoria, não precisavam fundamentar a sentença.

O processo penal Pátrio adota um método misto, chamado de convencimento racional ou livre convencimento motivado, onde é permitido ao julgador liberdade para decidir a demanda conforme seu livre convencimento, no entanto, deve fundamentar a sua decisão, demonstrando para as partes e a sociedade em geral, as razões fáticas e jurídicas de sua decisão. Por este método, não existem limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção) (LOPES JUNIOR, 2016).

É importante salientar, o livre convencimento do julgador não é amplo e irrestrito, não há uma outorga de poderes para substituir as provas pela sua isolada conclusão. A convicção do julgador deve ser extraída do conjunto das provas e não de seu subjetivismo, ignorando a dialética do processo.

O livre convencimento é, na verdade, muito mais *limitado* do que *livre*. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. Não se pode pactuar com o decisionismo de um julgador que julgue “conforme a sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa”.

Não se nega a subjetividade, por elementar, mas o julgador deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional (LOPES JUNIOR, 2016).

O Código de Processo Penal trata das provas no Título VII, entre os artigos 155 a 250 e não apresenta um dispositivo específico para as situações dispensáveis da atividade probatória. Para Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2015), não constituem objeto de prova, como regra, os fatos notórios, contidos em presunção legal absoluta, impossíveis, irrelevantes e impertinentes, inclusive, o artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal autoriza o julgador indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

A própria Constituição Federal impõe limites à atividade probatória, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. A prova somente ostenta a condição de válida e apta para a produção dos seus efeitos quando produzida de maneira lícita, seguindo as formas prescritas pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias.

Veja-se que ilícitos são os "meios" e não as "provas". Os meios são dinâmicos e as provas são estáticas. As provas têm ou não o poder de demonstrar outro fato. O meio como as provas são obtidas é que pode ser ilícito. Uma gravação em CD ou fita cassete de uma conversa de outras (terceiras) pessoas jamais é - em si - ilícita. E prova de algum fato ou não. Se a gravação foi realizada com autorização judicial, terá sido produzida através de meio lícito, se feita clandestinamente, terá sido produzida através de meio ilícito (MENDRONI, 2010).

Para o Supremo Tribunal Federal (BRASIL. STF, 2012), a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do sistema de direito positivo brasileiro.

O uso de provas reprimidas pela ordem jurídica pode contaminar a persecução criminal e o curso do processo desvia do seu caminho natural e mergulha na sombra das nulidades, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal (BRASIL. STF, 2000).

As nulidades (NUCCI, 2015) são vícios ou falhas processuais, que podem macular a construção de provas, a constituição correta do rito procedimental ou de qualquer outro ato ou peça inerente ao feito. A relação processual é marcada por formalismo, não está sujeita às variações subjetivas do julgador, o afastamento das formalidades trás insegurança jurídica e pode confundir as partes.

As formalidades são preexistentes à produção das provas e todos devem conhecer

as nuances e particularidades da atividade probatória e contar com a força judicante para evitar tumulto processual com provas realizadas ao arrepio da lei.

O diálogo entre as garantias constitucionais e a atividade probatória, encontra terreno fértil nas nulidades, o reconhecimento de violação de uma das garantias atinge o interesse público processual, por consequência, o ato processual fica eivado da mácula processual.

4 FUNÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

A atual Constituição Federal rompeu as barreiras da dicotomia entre direito público, afeto às relações do Estado e o Direito privado destinado aos particulares, a leitura da ordem jurídica tem como ponto de partida a Norma Suprema. Esta é a nova realidade, o Diploma Constitucional é a fonte primária da seara penal, impondo os limites ao exercício *do jus puniendi*.

Com a atenção voltada para a seara penal, a Constituição Federal tem uma gama de garantias constitucionais destinadas especificamente para a relação processual, como a garantia do juiz independente e imparcial, garantia do juiz natural, garantias do contraditório e da ampla defesa, garantia da igualdade de partes e garantia do devido processo legal.

A atuação da Constituição Federal é dúplice, de um lado, tutela os Direitos fundamentais do homem e ao mesmo tempo, disciplina a estruturação e funcionamento dos poderes do Estado, traçando limites na relação Estado e/ou acusado, com normas programáticas e delimitadoras da atuação estatal. A dupla função das garantias constitucionais permite, de um lado, de forma positiva, a criação e efetivação de direitos do cidadão contra o *jus puniendi* estatal.

De outro lado, como uma técnica de limitação ao próprio legislador e ao aplicador da lei penal, que não poderá descumprir ou não observar esses *standards* mínimos previstos pelo constituinte.

Ao sustentar a teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002) já

alertava que a coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias. Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias.

O papel das garantias constitucionais não pode ser outro, legitimar e delimitar a prestação jurisdicional com a equalização da relação *jus puniendi* e *status libertatis* (TUCCI, 1993). A intervenção estatal na esfera individual não deve ser truculenta, partindo da premissa do princípio da dignidade humana, deve ser de forma adequada e proporcional. O arbítrio não é instrumento de combate ao crime, pelo contrário, em muitas situações será combustível para a instabilidade social.

A reconstrução dos fatos com os seus mínimos detalhes e suas complexidades das circunstâncias, nas vias do processo é humanamente impossível, as partes podem e devem apresentar os elementos probatórios para contribuir com a reconstrução dos fatos, mas, o julgamento conhecerá apenas a versão indireta, fruto do lastro probatório.

Diante da importância das provas para a reconstrução dos fatos e influência direta na decisão do julgador, a sua produção deve observar os métodos e formas descritos legalmente, somente assim, as partes terão o domínio da defesa dos seus interesses, no limite das garantias asseguradas constitucionalmente. O respeito às formas legais previstas para a produção das provas culmina na defesa das garantias constitucionais.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal (LOPES JUNIOR, 2016).

O réu é o hipossuficiente na relação processual e sua fragilidade é estrutural, a

acusação, na maior parte das vezes exercida pelo Ministério Público, tem o aparato estatal ao seu lado, com acesso privilegiado em relação ao réu. Neste ponto, as garantias constitucionais são instrumentos a serviço do acusado e o reconhecimento da ofensa às formas legalmente previstas para a produção das provas, com a declaração da nulidade dos atos praticados, assegura o devido processo penal.

O sistema de garantias constitucionais está a serviço do imputado e da defesa, não da acusação. Não se trata de discurso de impunidade ou de “coitadismo”, como algum reducionista de plantão poderá dizer, senão de uma complexa estrutura de poder onde, para punir, deve-se garantir (LOPES JUNIOR, 2016). Abrir mão das garantias constitucionais é jogar no lixo as conquistas sociais, como leciona Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2002):

Pode-se tranquilamente afirmar que não houve nenhum direito fundamental, na história do homem, que tivesse caído do céu ou nascido de uma escrivadinha, já escrito e confeccionado nas cartas constitucionais. Todos são fruto de conflitos, às vezes seculares, e foram conquistados com revoluções e rupturas, a preço de transgressões, repressões, sacrifícios e sofrimentos: primeiro, os direitos à vida e a garantia do *habeas corpus*, depois a liberdade de consciência e de culto, sucessivamente a liberdade de opinião e de imprensa, mais recentemente a liberdade de associação e reunião, e por fim o direito de greve e os direitos sociais. Há um sentido no qual os direitos fundamentais não são "universais": eles não são reconhecidos e reivindicados nem em todos os tempos nem em todos os lugares. Ao contrário, são o fruto de opções e a expressão de carências historicamente determinadas e sobretudo, o resultado de lutas e processos longos, disputados e exaustivos.

Em situações de repercussão social e grande interesse midiático é comum ouvir os gritos de minoração das garantias constitucionais e em muitas situações o apelo é ouvido pelo Legislador. A paisagem pintada é sempre a mesma, a defesa e suas garantias contribuem para a procrastinação do processo e o resultado da ineficiência da prestação jurisdicional é fruto da amplitude das garantias constitucionais.

O recurso protesto por novo júri (BRASIL. STF, 1989) foi uma das vítimas da sede de minoração da força das garantias constitucionais. O citado recurso era previsto no artigo 607, do Código de Processo Penal e foi abolido pela lei 11.689/2008, em nome da celeridade processual e do desembaraço da prestação jurisdicional supostamente promovido pela defesa do réu, em flagrante descompasso com a ampla defesa.

A função específica das garantias do Direito Penal, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, mas, sobretudo condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Então se caracterizam como verdadeiros mandamentos, prescrições, são modelos normativos ou deônticos [de conduta] (PRADO, 2014).

Neste tom, as garantias constitucionais exercem a função de limitadora da instrumentalidade do processo, apto para ultrapassar as barreiras da tecnicidade processual e efetivar o acesso à Justiça. No Estado Democrático e Social de Direito, o processo penal deverá trafegar pelas linhas das garantias constitucionais, de cunho nitidamente garantista e reprimir a produção de provas em desacordo com as regras processuais, sob pena de contornar a prova produzida com as cores da nulidade.

5 CONCLUSÃO

O destino processual do acusado depende necessariamente das provas produzidas no curso da instrução processual, para as provas robustas e concludentes da autoria da materialidade, a resposta do Estado é a condenação e para anemia probatória, a cura a absolvição. Eis a necessidade do apego incondicional às formalidades voltadas à atividade probatória, com o cotejo entre o *jus puniendi* e o *status libertatis*.

O réu não perde a sua condição de sujeito de direito em face da prática de um delito, excluído da ordem jurídica constitucional, ao contrário, as garantias processuais constitucionais estão direcionadas exatamente na direção da defesa do *status libertatis* e para conter qualquer pretensão de transformar a persecução criminal em instrumento de vingança estatal ou particular.

A função das garantias processuais constitucionais na atividade probatória é de formatar e legitimar a atuação do Estado no exercício da autoridade punitiva em todas as esferas *jus puniendi*. Na esfera legislativa tem por escopo evitar a edição de leis minorantes da força protetiva assegurada constitucionalmente e traçar as formalidades necessárias para produção probatória equânime. Ao poder judicante impõe necessários limites para manter a persecução criminal no nível exigido pela dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal**. In, *Boletim IBCCRIM*. Nº 277, p. 17-19, dez./2015. p. 17. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/318-277-Dezembro2015>. Acesso em: 24 nov. 2016.

_____. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

_____. **Processo Penal**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. **Projeto de Lei 4.850/2016**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. STF. Segunda Turma. **AI 529733**. Relator Ministro GILMAR MENDES. Julgado em 17.10.2006.

_____. STF. Segunda Turma. **HC 103325**. Relator Ministro Celso De Mello. Julgado em 03.04.2012.

_____. STF. **RE 251445**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 21.06.2000.

_____. STF. 1º Turma. **HC 107.626 SP**. Relatora Ministra Cármen Lúcia, Julgado em 27.09.2011.

_____. STF. 1º Turma. **HC 67737**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12.12.1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 2002.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Teoria e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba, Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. São Paulo: Atlas, 2010.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal: fundamentos e limites do direito penal**. 3. ed. ref. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri: Manole, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Provas no processo penal**. 4. ed. ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: vol I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição.** São Paulo: Método. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal.** 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1977.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 1999.