

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A VALORAÇÃO DA PROVA IRREPETÍVEL NO
CONTEXTO DO PRINCÍPIO DO LIVRE
CONVENCIMENTO MOTIVADO**

TWYLA REITZ

N. 67040

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
– ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS-CRIMINAIS
2022/2023**

**LISBOA
2025**

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A VALORAÇÃO DA PROVA IRREPETÍVEL NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DO
LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

TWYLA REITZ

DISSERTAÇÃO APRESENTADA PARA
OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM CIÊNCIAS
JURÍDICO-CRIMINAIS NO CURSO DE
MESTRADO CIENTÍFICO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA.

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR ALAOR LEITE.

LISBOA
2025

“As convicções são inimigas mais perigosas
da verdade do que as mentiras.”

Friedrich Nietzsche

Agradecimentos

Ao meu noivo, meu amor, meu colega de mestrado, Gustavo, declaro aqui meu eterno agradecimento por dividir comigo sua coragem e empreender na aventura de viver o cotidiano de Lisboa. Se não fosse a sua mão puxando a minha, me dando forças e todo apoio, eu não teria embarcado para outro país para viver essa experiência tão engrandecedora.

Obrigada à minha família que, mesmo à distância, foi essencial durante todo o período do curso e escrita.

Agradeço à Universidade de Lisboa por proporcionar a capacitação com renomados mestres que, em sua essencial função de transmitir seus conhecimentos, transcenderam as fronteiras do acadêmico e contagiaram com a paixão pelo saber.

Em especial, a minha gratidão ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes por partilhar seu fascinante e inesgotável conteúdo de direito processual penal. E ao meu orientador, Professor Doutor Alaor Leite, sempre prestativo e cordial, meu muito obrigada por organizar meus pensamentos com seu domínio técnico e auxiliar na condução deste trabalho. Cada encontro foi uma aula de memoráveis ensinamentos.

Por fim, aos meus colegas de sala que se tornaram amigos e fizeram da minha permanência em Portugal muito mais fácil e agradável: Carol, Alessandro e Johnatan, obrigada pelas risadas e trocas construtivas.

RESUMO:

A valoração da prova irrepitível no processo penal brasileiro apresenta desafios significativos, especialmente sob a ótica do artigo 155 do Código de Processo Penal, e a natureza desse tipo de prova que tem origem dentro do sistema inquisitorial do Inquérito Policial, cujo contraditório é postergado para a fase processual de forma ineficaz. A decisão de mérito pelo juiz, que teve contato com o conteúdo produzido nas investigações, será formada conforme o princípio do livre convencimento motivado e conduzida pela Teoria da Dissonância Cognitiva, razão pela qual se demonstra a relevância do juiz de garantias, inspirado no modelo italiano, como uma solução para evitar a contaminação do julgador pelas informações preliminares. Os sistemas de valoração da prova da Alemanha e da Itália oferecem alternativas para minimizar os riscos de parcialidade e garantir maior justiça no uso de provas irrepitíveis, observando que os diferentes tipos de prova têm peso para determinadas decisões. Assim, reforça-se a necessidade de padrões rigorosos de admissibilidade e de mecanismos que assegurem os direitos fundamentais e a imparcialidade no sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: PROVA IRREPITÍVEL – VALORAÇÃO PROBATÓRIA – JUIZ DAS GARANTIAS – CONTRADITÓRIO REAL – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

ABSTRACT:

The evaluation of non-repeatable evidence in Brazilian criminal proceedings presents significant challenges, especially from the perspective of Article 155 of the Code of Criminal Procedure, and the nature of this type of evidence, which originates within the inquisitorial framework of the Police Inquiry, where adversarial proceedings are postponed to the trial phase in an ineffective manner. The judge's decision on the merit^e having been exposed to the content produced during the investigations, is formed according to the principle of freely motivated conviction and guided by the Theory of Cognitive Dissonance. This highlights the importance of the *juiz de garantias* (guaranteeing judge), inspired by the Italian model, as a solution to prevent the contamination of the judge by preliminary information. The evidentiary assessment systems in Germany and Italy offer alternatives to minimize the risks of bias and ensure greater fairness in the use of non-repeatable evidence, recognizing that different types of

evidence carry varying weights for specific decisions. Thus, the need for strict admissibility standards and mechanisms to safeguard fundamental rights and impartiality in the Brazilian legal system is underscored.

KEY-WORDS: IRREPRODUCIBLE EVIDENCE – EVIDENTIARY ASSESSMENT – INVESTIGATIVA JUDGE – EFFECTIVE ADVERSARIAL SYSTEM – REASONED FREE CONVICTION

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIs: Ações Diretas de Inconstitucionalidade
AgRg REsp: Agravo Regimental em Recurso Especial
al.: alínea
AP: Apelação
art./arts.: Artigo/artigos
Cf.: Conferir
CF: Constituição Federal
CPP: Código de Processo Penal
CPPi: Código de Processo Penal italiano
CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil
DJe: Diário de Justiça Eletrônico
Ed.: Edição/Editora
GIP: *Giudice dell'Indagini Preliminare*
HC: *Habeas Corpus*
Ibid: Ibidem
IDDD: Instituto de Defesa do Direito de Defesa
MP: Ministério Público
n.º/n. ºs: Número/Números
OAB: Ordem dos Advogados do Brasil
op. cit: *Opus citatum*
p.: Página
Rel: Relator
STF: Supremo Tribunal Federal
STJ: Superior Tribunal de Justiça

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	
I. OS TIPOS DE PROVA E O TRATAMENTO DA PROVA IRREPETÍVEL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	11
1.1. Conceito de prova.....	11
1.1.1. Atividade probatória x meio de prova x resultado probatório.....	12
1.1.2. Provas pré-constituídas x provas constituídas	13
1.2. Fonte de prova x meio de obtenção de prova	14
1.3. Atos de investigação x Atos de prova	15
1.4. As exceções do artigo 155 do Código de Processo Penal	16
1.5. Indício: prova indireta ou prova semiplena	18
1.6. Prova irrepetível	21
1.6.1. Formas de irrepetibilidade	24
1.6.1.1. Irrepetibilidade natural	24
1.6.1.2. Irrepetibilidade superveniente	26
1.7. A distinção entre prova ilícita e ilegítima e a relação com a repetibilidade.....	27
II. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA PENAL E A INFLUÊNCIA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA	31
2.1. Os sistemas de valoração da prova.....	31
2.1.1. Sistema da prova tarifada	32
2.1.2. Sistema da íntima convicção	34
2.1.3. Sistema do livre convencimento motivado.....	38
2.2. <i>Standards</i> probatórios.....	40
2.3. Teoria da Dissonância Cognitiva.....	43
2.3.1. No contexto psicológico	43
2.3.2. No contexto jurídico	44
2.4. Conclusão preliminar.....	49
III. A PRODUÇÃO E A VALORAÇÃO DAS PROVAS IRREPETÍVEIS NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: ITÁLIA, ALEMANHA E BRASIL	53
3.1. Itália.....	54

3.1.1. “Indagini preliminari”, “udienza preliminari”, incidente probatório e “dibattimento”	57
3.1.2. As exceções ao princípio do contraditório	59
3.1.3. Provas irrepitíveis: urgência e admissão.....	62
3.2. Alemanha.....	68
3.2.1. As fases do processo penal alemão: “Das Vorverfahren/Ermittlungs”, “das Zwischenverfahren” e “das Hauptverfahren”	69
3.2.2. A produção probatória e as provas urgentes.....	74
3.3. Brasil.....	78
3.3.1. A validação probatória e a iniciativa do magistrado na produção de provas	80
3.3.2. A prova antecipada e a participação das partes na produção da prova irrepitível	85
3.3.3. O Papel do Juiz de Garantias e a necessária preservação da imparcialidade do magistrado à luz da teoria da dissonância cognitiva.....	92
3.4. Propostas de aprimoramento do sistema processual penal brasileiro, no que toca à valoração da prova irrepitível, a partir da inspiração europeia.....	96
CONCLUSÃO.....	101
BIBLIOGRAFIA	108

INTRODUÇÃO

A valoração da prova irrepitível constitui um desafio crucial no sistema processual penal, especialmente quando inserida no contexto do livre convencimento motivado, princípio que norteia a atividade do julgador brasileiro¹.

Face à ressalva do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, que afasta a imprescindível observância do contraditório concomitante na produção das provas cautelares, das antecipadas e das irrepitíveis, princípio aquele basilar do processo penal, o uso desses tipos de prova – que não são sólidas quanto as provas diretas – nas fundamentações das decisões demanda cuidado redobrado, pois há uma maior possibilidade de erro na interpretação ou na valorização dessas evidências.

A valoração probatória, ou seja, a avaliação da força e credibilidade das evidências apresentadas, torna-se mais complexa quando se trata de provas irrepitíveis, de modo que os juízes precisam equilibrar cuidadosamente os indícios e as circunstâncias apresentadas com o princípio da presunção de inocência e outros direitos fundamentais do acusado.

O sistema do livre convencimento motivado confere ao juiz uma ampla margem de discricionariedade na apreciação das provas produzidas, seja nos autos do inquérito policial, seja na fase processual. A preocupação surge quando uma prova, que não poderá ser repetida posteriormente, é produzida sem contraditório e com viés acusatório, leia-se a prova não repetível coletada durante a fase policial a pedido do órgão acusador ou de ofício pela própria polícia. Essa mesma prova, com potencial enviesado, poderá ser utilizada como ponto nevrálgico da sentença condenatória, conforme autorização do artigo 155 do CPP.

De acordo com a Teoria da Dissonância Cognitiva, desenvolvida por Leon Festinger, os seres humanos tendem a buscar a coerência entre suas crenças, atitudes e comportamentos, afastando, portando, as dissonâncias para legitimar seu posicionamento. Transplantado o conceito para o processo penal pelo renomado jurista alemão Bernd Schünemann, essa teoria se revela fundamental na compreensão dos processos mentais dos julgadores ao se confrontarem com provas que desafiam suas convicções preexistentes.

¹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Conhecendo as implicações do contato do juiz com as provas e elementos indiciários angariados pela acusação, torna-se necessária uma breve análise sobre a proposta inicial do chamado Pacote Anticrime e a lapidação do juiz de garantias recém implementado no ordenamento jurídico brasileiro², inspirado no sistema processual penal italiano.

O presente estudo propõe-se a investigar os desafios e as nuances envolvidas na valoração da prova, especialmente as irrepetíveis, considerando o imperativo do livre convencimento motivado como diretriz central.

Para desenvolver o trabalho a partir da problemática apresentada, o Capítulo I iniciará com o conceito e noção jurídica da prova, e suas ramificações, pormenorizando sobre a prova irrepetível, que remete àquelas evidências que, uma vez coletadas, não podem ser reproduzidas ou reconstituídas de forma idêntica em momento futuro, no correr da instrução processual, quando, então, será exercido o contraditório. Na sequência, o primeiro capítulo diferencia os elementos probatórios dos elementos informativos, as provas indiciárias, as provas pré-constituídas das provas constituídas, e individualiza as provas cautelares, as antecipadas e as irrepetíveis como as exceções do *caput* do artigo 155 do diploma processual penal brasileiro.

O capítulo seguinte explana os três sistemas de valoração da prova, com enfoque no princípio do livre convencimento motivado, a previsão legal e sua aplicação prática ao valorar uma prova irrepetível. Demonstra-se, dentre seus tópicos, que a liberdade interpretativa não é absoluta, mas condicionada à fundamentação objetiva e motivada, com a finalidade de assegurar imparcialidade e justiça das decisões judiciais. Porém, nesse contexto são observados os desafios enfrentados pelos magistrados especialmente no que afeta a Teoria da Dissonância Cognitiva no processo de tomada de decisão do juiz em casos penais, sobretudo quando confrontado com evidências contraditórias ou ambíguas.

Por fim, o Terceiro Capítulo busca compilar as soluções proporcionadas para admissibilidade e valoração das provas irrepetíveis em diferentes sistemas processuais penais. Em jurisprudência ecoante do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, reconheceu-se que um juiz que examinou os autos está contaminado e, portanto, não pode

² Julgamento pelo STF da ADI 6.581, cujo teor reconheceu a constitucionalidade parcial do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019).

julgar. Nas palavras de Aury Lopes Júnior, concentrar no mesmo juiz o conhecimento e o poder “é um evidente prejuízo que decorre dos ‘pré-juízos’”³.

A partir desse entendimento, a Itália e a Alemanha são os países europeus escolhidos para análise, por sua pertinência ao presente estudo, com propostas diferentes para a questão com a clara separação entre o juiz das investigações e o juiz da instrução, e o tratamento no que toca às provas irrepetíveis, quando urgentes e quando postergáveis.

A Itália, não à toa, fonte de inspiração da proposta brasileira para a implementação do juiz de garantias, recebe enfoque por preocupar-se, há anos, com o contato do juiz de mérito com as investigações criminais e tratar com cautela as provas irrepetíveis. Nesse último capítulo, o país italiano será destrinchado para melhor compreensão da *indagini preliminari*, do incidente probatório e as exceções ao princípio do contraditório previstas pela Constituição italiana, as quais contemplam as provas irrepetíveis.

A Alemanha, por sua vez, é objeto deste estudo em razão da similaridade com o Brasil no que concerne ao sistema de valoração da prova penal e ao trâmite processual penal, com evidente preocupação do contato do juiz de instrução com as informações do *Ermittlungsverfahren* (processo de investigação), a partir do papel do juiz da investigação (*der Ermittlungsrichter*). Ainda, em complemento, é de extrema relevância para a pesquisa o experimento de Schünemann, que se deu sobre a atuação dos magistrados e o sistema processual daquele país, e suas observações a respeito da Teoria da Dissonância Cognitiva.

O Brasil, país central do trabalho, trata com certa negligência o peso da prova irrepetível, mesmo que produzida sem o respeito ao contraditório real, em fase policial. Com o acolhimento de recortes da lei n. 13.964 de 2019, comprovou-se a resistência desse país em implementar o Juiz de Garantias e persistiu com o cerne da questão do Pacote Anticrime: o contato direto do juiz de instrução com as informações colhidas no Inquérito Policial.

Por fim, observa-se essencial que os sistemas jurídicos desenvolvam mecanismos robustos para lidar com a questão, garantindo ao mesmo tempo o respeito pelos direitos fundamentais e a busca pela verdade e justiça. Isso pode incluir a aplicação de padrões rigorosos de admissibilidade de evidências, a proteção dos direitos do investigado/acusado, bem como das partes, durante o processo e a promoção da transparência e da imparcialidade por parte dos órgãos judiciais.

³ LOPES JUNIOR, 2021: 113

I. OS TIPOS DE PROVA E O TRATAMENTO DA PROVA IRREPETÍVEL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1.1. Conceito de prova

No âmbito do Direito Penal, incontroverso que o conceito de prova desempenha um papel fundamental na busca pela verdade⁴ e na garantia da justiça, em que pese haja debates profundos, que perduram há anos, sobre sua natureza. O conceito de prova transitou por inúmeras definições ao longo da história e, na ânsia pela obtenção da verdade, perpassou pelas ordálias⁵ e juízos de deus, na Idade Média, até que houvesse a introdução dos legais meios de prova⁶.

A discussão sobre a prova no processo penal continua atual e profunda. Superficialmente, as provas representam um caminho para a reconstrução da verdade, para que, então, o processo possa produzir uma certeza jurídica, correspondente ou não com a verdade histórica⁷.

A dinâmica da prova, hoje, abrange diversos instrumentos e procedimentos, desde testemunhos até análises periciais de materiais e locais relacionados ao crime, cuja avaliação criteriosa das evidências deve considerar a relevância, a credibilidade e a conformidade com os preceitos legais. Em suma, a validade e a admissibilidade das provas dependem da observância aos princípios legais e constitucionais, de forma que os direitos individuais e o devido processo legal sejam respeitados⁸.

É possível dizer, portanto, que a prova consiste no conjunto de elementos, informações e evidências apresentados durante o processo judicial, visando estabelecer a culpabilidade ou inocência do acusado, não apenas confirmando fatos, mas com função

⁴ No contexto, deve-se considerar como “verdade judicial”, nas palavras de Badaró, “o conhecimento absoluto da verdade é algo inatingível” e, continua, ao citar Tuzet: “é possível haver verdades sobre as quais nada sabemos, posto que a verdade de algo não depende de nosso conhecimento. Que alguma coisa seja verdadeira ou falsa não depende do que eu penso ou qualquer outra pessoa pensa a respeito. O que importa é o que ocorreu, e o que ocorreu independe do estado epistemológico do sujeito cognoscente”. BADARÓ, 2023: *online*.

⁵ Ordália, conforme Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, é definida: “desde a Antiguidade até a Idade Média, a prova jurídica usada como um resultado do juízo de Deus” (Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/ord%C3%A1lia>).

⁶ OLIVEIRA, 2010: 241.

⁷ *Ibid.*: 317-318.

⁸ A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI).

precípua de sustentar a decisão judicial, a partir da “demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo”⁹ para garantir a justa aplicação da lei.

A etimologia de “prova” vem do latim (*probatio*), com significado literal de “ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”; por derradeiro, o verbo provar (*probare*) segue sua origem, podendo ser complementado por “reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar”¹⁰. Logo, no plano jurídico, tudo que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém, tanto parte quanto magistrado, conceitua-se prova.

Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido estrito, por sua vez, a palavra prova é polissêmica, encontrando vários significados, especialmente no campo jurídico, dos quais pode-se elencar três acepções: atividade probatória, meio de prova e resultado probatório.

1.1.1. Atividade probatória x meio de prova x resultado probatório

A prova enquanto atividade probatória é o somatório dos atos praticados pelas partes na reconstrução histórica dos fatos; tem, por meio do direito à prova (*right to evidence*), a possibilidade de influir no convencimento do juiz¹¹.

Esse direito das partes contempla, por exemplo, o interrogatório de testemunhas, a apresentação de documentos, e-mails, vídeos, fotografias, e a possibilidade de apresentar um laudo pericial por assistente técnico particular.

O meio de prova, por outro lado, é a forma de introdução das fontes de prova no processo, em regra, perante o juiz e participação das partes. Embora geralmente endoprocessuais, os meios de provas podem ocorrer, excepcionalmente, na fase investigatória, desde que o contraditório seja respeitado, ainda que na forma diferida.

Conforme ensinamentos doutrinários, declarações de testemunha em júízo são meio de prova, assim como a incorporação de documentos ao processo e a perícia contábil¹².

⁹ NUCCI, 2011: 15.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ LIMA, 2024: 629.

¹² BADARÓ, 2003: 166.

Ainda, a prova como resultado é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova capazes de demonstrar a (in)existência de uma situação fática¹³ a fim de formar a convicção do órgão julgador; em suma, é o efeito proveniente da atividade probatória. Esse tipo de prova é conclusivo, decorrente de um reconhecimento pessoal do acusado, de um laudo pericial que constata que o material apreendido era entorpecente ilícito e até de um documento que demonstra a ameaça que culminou no homicídio da vítima.

1.1.2. Provas pré-constituídas x provas constituendas

Outra importante subdivisão das provas toca o ato de coleta da informação e, por consequência, o exercício do contraditório, traçando diferenças entre as provas pré-constituídas e as provas constituendas¹⁴. Enquanto aquelas referem-se a fontes de conhecimento extraprocessual, as últimas, por sua vez, originam-se e são produzidas em atos intraprocessuais¹⁵.

Essa distinção é de suma importância, especialmente porque, havendo controle desigual na produção probatória no que concerne ao contraditório, a admissibilidade da prova também será equilibrada, pois enquanto as provas constituendas são formadas com a participação das partes e pelo crivo do juiz, as pré-constituídas são inseridas ao processo já “prontas”, ainda que sejam obrigatoriamente submetidas ao contraditório diferido¹⁶.

Em outras palavras, o regime do contraditório vai ditar a admissibilidade das provas uma vez que as constituendas produzidas, então, em contraditório instantâneo e imediato, contam com um contraditório forte; ao passo que as provas pré-constituídas serão submetidas a um contraditório fraco, senão inócuo, ao se dar de forma postergada sobre uma prova já produzida¹⁷.

A fim de ilustrar, as partes exercerão o contraditório das provas pré-constituídas somente a partir do ingresso do documento probatório nos autos processuais, quando poderão contestar sua admissibilidade, sua eficácia e o valor que lhe deve ser atribuído.

¹³ NUCCI, 2011: 17.

¹⁴ Na denominação de Taruffo, as provas constituendas são “provas de formação processual”. TARUFFO, 2002: 378.

¹⁵ BADARÓ, 2015: 1648-1656.

¹⁶ BADARÓ, 2016: 266.

¹⁷ Segundo Giulio Ubertis, a distinção entre provas produzidas em contraditório e provas submetidas ao contraditório equivale às expressões “contraditório sobre a prova” e “contraditório para a prova”, que implicam, respectivamente, um contraditório fraco e um contraditório forte. BADARÓ, 2015: 390 *Apud* UBERTIS.

Ao contrário, as provas constituídas contarão com a participação das partes em todos os atos que culminem na sua formação¹⁸, a exemplo do depoimento de testemunhas em juízo, conferindo um peso superior à prova ao proporcionar o exame cruzado durante a produção.

Em outra vertente doutrinária, divergindo do conceito anterior, posiciona a categoria de prova “pré-constituída” como gênero, dentro do qual as espécies seriam as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas¹⁹.

1.2. Fonte de prova x meio de obtenção de prova

Imperativo distinguir, inicialmente, as fontes de prova dos meios de prova – já tratados alhures. Estes últimos referem-se, como visto no tópico anterior, às formas de introdução no processo das fontes de prova, as quais são extraprocessuais²⁰, coletadas ainda na fase investigativa, e servem para elucidar um fato delituoso.

As fontes de prova, de outro lado, subdividem-se em pessoais (tais como a vítima, os peritos, o acusado e as testemunhas) e em reais (todo tipo de documentos, em qualquer formato); de uma forma ou de outra, são literalmente fontes de uma possível prova a ser introduzida no processo judicial.

Os meios de obtenção de prova referem-se, como o próprio nome sugere, a determinados procedimentos regulados por lei, cujo objetivo é obter provas materiais²¹. Tais procedimentos ocorrem na fase investigativa e para seu êxito, via de regra, devem ser produzidos sem prévia comunicação à parte investigada, “funcionando a surpresa como importante traço peculiar”²².

Os meios de investigação, como são igualmente conhecidos os meios de obtenção de prova, carregam nomenclatura que facilita a identificação dos exemplos, uma vez que são praticados pela polícia, tais como a busca pessoal ou domiciliar²³, as interceptações telefônicas²⁴ e a infiltração de agentes²⁵.

¹⁸ CAMBI, 2006: 34.

¹⁹ SOARES, 2016: 57 – 65.

²⁰ LIMA, 2024: 634.

²¹ *Ibidem*: 634-635

²² FEITOZA, 2010: 716.

²³ Apesar de serem encontradas no Código de Processo Penal entre os meios de prova são, na verdade, meios de investigação.

²⁴ Reguladas pela Lei n. 9.296/96.

²⁵ Prevista tanto na Lei n. 11.343/06 (art. 53, inciso I), quanto na Lei n. 12.850/13 (arts. 10 a 14).

1.3. Atos de investigação x Atos de prova

A partir da compreensão do conceito de “meios de investigação” é possível defini-los como a “face visível do ‘ato de investigação’”²⁶, ou melhor, os atos de investigação são obtidos em sede investigativa, formando um conjunto de informações, estabelecendo-se como um conjunto de informações²⁷.

Por conta das suas características, os atos de investigação devem ser considerados meras hipóteses, com valor suficiente apenas para influírem na formação da *opinio delicti*, para fundamentar decisões interlocutórias concernentes à decretação, homologação, manutenção e revogação das prisões processuais, bem como das medidas cautelares, oferecer subsídios para o oferecimento da peça acusatória ou, de outra senda, o arquivamento dos autos²⁸.

Os atos de investigação são, basicamente, os únicos cuja produção pode ocorrer durante a investigação preliminar, pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária – sempre com viés acusatório, em grande maioria “sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e ainda sob o manto do sigilo”²⁹, a serem utilizados posteriormente em um juízo de probabilidade.

Diferentemente, os atos de prova são aqueles realizados para apresentar evidências ou elementos que ratifiquem (ou refutem) fatos relevantes para o processo, com informações importantes para a formação de um juízo de certeza, observando sempre o contraditório, ainda que realizados na fase policial.

A partir das didáticas palavras de Aury Lopes Júnior, os atos de prova “a) são dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; b) estão a serviço do processo e integram o processo penal; c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; d) servem à sentença; e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; f) são praticados ante o juiz que julgará o processo”³⁰.

Portanto, como visto, o inquérito policial conta com ambos os tipos de atos, de investigação e de prova³¹, distintos entre si e, a princípio, suscetíveis a repetição, em

²⁶ SOARES, 2016: 55.

²⁷ CHOUKR, 2017: 293.

²⁸ LOPES JR., 2021: 160.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*.

³¹ Embora os autores nomeiem essa categoria como “atos de prova”, é importante destacar que os “atos de instrução” possuem características próprias e desempenham papel essencial no processo penal. “Estes praticados ao longo da investigação preliminar, cujo objetivo principal é instrumentalizar o juiz para a

juízo³²; porquanto aqueles resumem-se em “atividade destinada à elucidação do fato e sua autoria”, os de instrução visam “registrar por escrito os resultados obtidos por aquela”³³.

É indispensável traçar um paralelo direto com os atos acima descritos com os elementos informativos e os elementos probatórios³⁴, pois os elementos informativos derivam dos atos de investigação; e, por sua vez, os atos probatórios vão gerar provas a serem repetidas em juízo com a presença e participação das partes, quando exercerão o direito ao contraditório e à ampla defesa³⁵.

1.4. As exceções do artigo 155 do Código de Processo Penal

Após anos de debates no que toca à utilização do material coletado durante as investigações, a doutrina assentou-se na diferenciação do material que serviria para fundamentar uma decisão judicial, aludindo-se aos elementos probatórios, e aquele que não teria validade para tanto, os chamados elementos informativos.

Essa distinção fez com que a estudiosa Saad separasse os atos de instrução na investigação em “definitivos ou irrepitíveis” de um lado e “transitórios ou repetíveis” de outro, definindo-os da seguinte forma: “[...] os atos irrepitíveis possuem efeito judiciário absoluto e se transmitem, de forma definitiva, para o bojo de eventual ação penal. São indistintamente chamados de atos permanentes, irrepitíveis, irrenováveis, definitivos, irreproduzíveis, elementos informativos de cunho perene, ou ainda, peças de real valor”³⁶.

Indo de encontro com o entendimento doutrinário, a jurisprudência firmou-se pela possibilidade de utilização dos atos de investigação para fundamentação de decisões desde que corroborados por provas produzidas em juízo. Até que, em 2008, com a

tomada de decisões. A preparação do processo por meio de atos probatórios e periciais fornecem elementos técnicos e materiais indispensáveis para a formação do convencimento judicial, garantindo que o juiz possa avaliar a existência de fundamentos para uma acusação formal ou para a adoção de medidas cautelares. Dessa forma, os atos de instrução distinguem-se dos atos de investigação ao cumprir uma função mediadora entre a colheita de informações e o julgamento. A partir dessa perspectiva, a categoria dos atos de instrução consolida-se como uma ferramenta indispensável na construção de um sistema penal eficiente e garantista, que assegure tanto a proteção dos direitos fundamentais quanto a efetividade da justiça”. SAAD, 2004: 167 - 172.

³² PITOMBO, 2018: 347.

³³ SAAD, *op. cit.*: 170.

³⁴ “*Evidence*” para a tradução em inglês.

³⁵ LIMA, 2024: 634-635.

³⁶ SAAD, 2004: 176-178.

promulgação da Lei n. 11.690, passou a constar expressamente na norma processual penal a distinção entre prova e elementos informativos³⁷.

O novo texto do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro³⁸ resume-se, em sua leitura, à nova categorização dos atos de produção de dados probatórios em atos probatórios cautelares, atos probatórios não repetíveis e atos probatórios de produção antecipada. A nova redação conferida ao referido artigo passou a disciplinar brevemente sobre a utilização das provas cautelares, das provas antecipadas e das provas não repetíveis como fenômenos probatórios da etapa investigativa, normatizando, portanto, a permissão de uso no convencimento do julgador como provas obtidas na fase pré-processual, porém, por outro lado, delimitou o alcance do princípio do livre convencimento, vedando a utilização, com exclusividade, dos outros meros elementos informativos na fundamentação da sentença judicial, consagrando o contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova³⁹.

Destarte, a convicção do magistrado e, conseqüentemente, a sentença proferida por ele deveriam decorrer da prova produzida em contraditório judicial, sendo o contraditório e a imediação condições de validade da prova⁴⁰. Nesse sentido, firmou o entendimento, até mesmo pela doutrina estrangeira, conforme lecionado por Montero Aroca, que “*La prueba procesal es, sin duda, una actividad dirigida por un órgano jurisdiccional y destinada a él, de modo que unos actos de investigación que se realizan sin intervención jurisdiccional en modo alguno pueden confundirse con actos de prueba, ni tener los efectos de estos*”⁴¹.

Muito embora haja corrente doutrinária que compreenda que, na prática, não há relevante distinção entre as provas cautelares e as provas antecipadas⁴², ainda assim é necessário esmiuçar as cautelares relativas às provas, destinadas a assegurar a eficiência

³⁷ LIMA, 2024: 630-631.

³⁸ “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

³⁹ GOMES FILHO, 2009: 247.

⁴⁰ CUNHA MARTINS, 2013: 21.

⁴¹ Em tradução livre, “A prova processual é, sem dúvida, uma atividade dirigida por um órgão jurisdiccional e destinada a seus próprios fins, de modo que as ações investigativas que se realizam sem intervenção judicial podem, de alguma forma, ser confundidas com as provas processuais, nem ter os efeitos destas”. AROCA; RAMOS; CÓLOMER; REDONDO, 1996: 151.

⁴² “O que o procedimento cautelar propicia é justamente a antecipação da formação da prova. A diversidade terminológica tem sua raiz na consideração do meio ou do resultado: a medida acautelatória é o instrumento para a antecipação da produção da prova.” GOMES FILHO, 2009: 253.

da atividade probatória a fim de compreender as exceções que afastam a obrigatoriedade do princípio do contraditório.

Nessa categoria, as provas cautelares *stricto sensu* e as provas antecipadas são espécies que compõem o gênero das provas cautelares *lato sensu*⁴³, convergindo na finalidade de resguardar provas que não poderiam ser obtidas na audiência de julgamento, muito embora estas sirvam para obtenção de elementos de prova e aquelas para obtenção de fontes de prova.

A diferença assenta não só no valor probatório, mas também em qual momento ocorre a sua produção: na etapa pré-processual, para perquirir fontes de prova (cautelares); em fase judicial, antes da audiência de instrução, para resguardar elementos de prova (produção antecipada)⁴⁴.

A produção cautelar é restrita às provas urgentes e relevantes, ou seja, às provas que, simultaneamente, se verificarem o *periculum in mora* e a indispensabilidade da prova para solução do processo.

Em suma, a gravidade da situação definirá a produção das informações em cada uma dessas modalidades excepcionais: “a situação será *emergencial* e, assim, de solução absolutamente impostergável (produção de informações irrepetíveis), ou será *urgente* e, com isso, a solução deve ser tomada em prazo rápido, mas com menor gravidade do que a situação emergencial (produção de informações de cunho cautelar), ou, enfim, será rotineira, isto é, ordinária (caso de antecipação de produção probatória)”⁴⁵.

1.5. Indício: prova indireta ou prova semiplena

A partir do seguinte conceito, “indícios são uma forma de conhecimento provisório, tirado de um fato existente, por via de um raciocínio lógico, capaz de nos levar, com relativa certeza, ao conhecimento de outro fato”⁴⁶, leva-se a crer que não há complexidades na compreensão desse tipo de prova, o que não é no todo verdade.

⁴³ GOMES FILHO, 2009: 253.

⁴⁴ Como o Código de Processo Penal não disciplina sobre as provas, utiliza-se, por analogia, o Código de Processo Civil para conceituação, em particular o artigo 846, cujo texto arrola, de forma exemplificativa, como meios de produção de prova passíveis de antecipação o interrogatório da parte, a inquirição de testemunhas e o exame pericial; sendo perfeitamente aceitável a ampliação do rol no âmbito penal para incluir as provas exclusivas dessa área do direito.

⁴⁵ SOARES, 2016: 65-66.

⁴⁶ STEIN, 1999: 92.

A discussão doutrinária paira na natureza do indício, repartindo-se entre os estudiosos que o compreendem como prova indireta e, em outro polo, os que o definem como prova semiplena.

O próprio Código de Processo Penal brasileiro refere-se à palavra “indício” por vezes como prova indireta⁴⁷ e em outras como prova semiplena⁴⁸. De acordo com a primeira acepção, uma decisão é alcançada pelo juiz por meio de um raciocínio dedutivo, sendo exigido dele mais de uma operação inferencial, como acontece, por exemplo, com o *álibi*. Nesse sentido, obtém-se uma prova indiciária a partir de um processo crítico, de forma indireta.

Em que pese o CPP trate desse significado de indício entre os meios de prova, a doutrina o julga um equívoco, sendo o indício nada mais que o resultado probatório de um meio de prova⁴⁹, como uma das espécies do gênero de prova e não um meio de prova.

De outra banda, parte minoritária da doutrina refere-se aos indícios com sentido de prova semiplena, dando-lhe a forma de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo.

A leitura de uma decisão do STF demonstra o tratamento igualitário entre indícios e provas, reforçando apenas a necessária cautela: “Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexos com o fato a ser provado seja lógico e próximo”⁵⁰.

E, em mais recente acórdão, o Supremo discorreu que “vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente”⁵¹.

⁴⁷ Art. 239. Considera-se **indício** a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. (grifado)

⁴⁸ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e **indício** suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. E art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de **indícios** suficientes de autoria ou de participação. (grifado)

⁴⁹ MOURA, 2009: 43-46.

⁵⁰ STF, HC 70.344/RJ, 2.ª T., rel. Min. Paulo Brossard, publicado em 22/10/1993.

⁵¹ STF, AP 481/PA, rel. Min. Dias Toffoli, Rev. Min. Luiz Fux, DJ 08/09/2011.

De um modo ou de outro, o indício é sempre um dado objetivo⁵² utilizado como ponto de partida de uma presunção; ou, “visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício”⁵³.

Na concepção de prova indiciária há condições específicas para que os indícios sejam aceitos nos autos processuais, de maneira que sejam plurais⁵⁴, congruentes e relacionados entre si, todos uníssomos incriminadores e que resultem em razões dedutivas de fatos inferidos dos indícios provados⁵⁵.

No que toca à presunção, na conceituação de Moacyr Amaral, “é a ilação que se tira de um fato conhecido para se provar a existência de outro desconhecido”⁵⁶, complementando que nada mais é do que as consequências resultantes de um fato, no clássico latim “*ex eo quod plerumque fit ducantur presumptiones*”⁵⁷.

Trata-se, portanto, nesse caso, de presunções comuns⁵⁸, alcançadas pelo magistrado a partir de seus critérios de bom-senso, ciência e consciência, sobre fatos que ocorrem comumente.

A correlação dos indícios e as presunções *hominis* diverge conforme o doutrinador, a exemplo de Plácido e Silva⁵⁹ que considera as expressões sinônimas; ao passo que no entender de outros a presunção ocupa a posição de premissa maior, enquanto o indício de premissa menor; e, ainda, para Coniglio⁶⁰ haveria uma simbiose, na qual os indícios servem de fundamento a uma presunção simples.

De forma simplificada, para a teoria de Sabatini, a ilação presuntiva é dedutiva, por sua vez, o raciocínio indiciário é indutivo-dedutivo⁶¹.

O magistrado fará uso da presunção, *hominis* ou *facti*, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, desenvolvendo um raciocínio a partir de um fato provado, alinhando-o aos indícios. Nas lições de Echandía, os indícios funcionam como guia ao

⁵² Não deve ser confundido com uma simples suspeita, pois a suspeita ou desconfiança não passa de um estado anímico, um fenômeno subjetivo, que pode servir para desencadear as investigações, mas somente. LIMA, 2024: 638.

⁵³ BADARÓ, 2012: 336.

⁵⁴ Nessa linha de entendimento, apenas excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular.

⁵⁵ BADARÓ, 2012: 336.

⁵⁶ SANTOS, 1952: 84.

⁵⁷ STEIN, 1999: 27.

⁵⁸ Também chamadas de presunções simples ou *hominis*.

⁵⁹ SILVA, 2010: 1086.

⁶⁰ CONIGLIO, 1920: 02-08.

⁶¹ SABATINI, 1911: 426-430.

juiz na valoração das provas, para que se afira a verossimilhança dos fatos discutidos e objeto de prova, bem como a sinceridade das partes e testemunhas⁶².

1.6. Prova irrepetível

A partir da breve conceituação e compreensão sobre prova, faz-se necessário pormenorizar o tipo de prova especialmente pertinente ao estudo: a prova não repetível (e seus sinônimos “irrepetível” e “não-repetível”). Como bem indica seu nome, é aquela que, uma vez produzida, não poderá ser reproduzida e tampouco novamente coletada, seja em razão do “desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória”⁶³.

Apesar da nomenclatura que sugere a impossibilidade de repetição da prova, distinguindo-se, aparentemente das demais provas tidas como “repetíveis”, parte da doutrina contesta o vocábulo da linguagem coloquial, pois, nessa linha lógica, a prova criminal jamais poderia ser genuinamente repetida⁶⁴. No entender de Greco, há evidente defeito de terminologia já que a repetição nunca será idêntica, pois haveria nada mais do que uma nova produção de prova sobre aquele mesmo objeto⁶⁵.

A possibilidade de repetição estaria condicionada, portanto, às mesmas circunstâncias da coleta original da prova, à imutabilidade da fonte da prova e à garantia do mesmo resultado⁶⁶.

De outra banda, para o entendimento de que a maioria das provas é, inicialmente, irrepetível; ao se constatar a possibilidade de repetição em juízo, elas passarão a ser consideradas repetíveis⁶⁷. Pode parecer um raciocínio invertido, contudo, ao se considerar que a reprodução de uma prova dificilmente será idêntica, a lógica pode prosperar exatamente como posto.

Em que pese possam ser produzidas em ambas as fases “processuais”, as provas irrepetíveis costumeiramente originam-se na fase da Investigação Criminal, etapa em que não há observância ao princípio do contraditório, uma vez que tratado como procedimento administrativo⁶⁸.

⁶² DEVIS ECHANDÍA, 2002: 499-500.

⁶³ LIMA, 2024: 631-633.

⁶⁴ GRECO FILHO, 2010: 204-205.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ LOPES JR., 2010: 302.

⁶⁷ FEITOZA, 2010: 718.

⁶⁸ TÁVORA; ALENCAR, 2010: 86. E FEITOZA, 2010: 117.

O Código de Processo Penal brasileiro não explana especificamente sobre essas provas que, em regra, independem de autorização judicial, principalmente em razão da urgência na sua coleta, a exemplo do artigo 6º, inciso I, do CPP, no que toca à imediata preservação do local do crime, para manutenção do estado e das coisas até a chegada dos peritos criminais⁶⁹, “isso porque o local do crime será uma das principais fontes de informação para reconstruir a pequena história do delito, e desse ato depende, em grande parte, o êxito da investigação”⁷⁰.

Muito embora a nossa Constituição Federal refute toda e qualquer prova que desrespeite o contraditório⁷¹, sem nenhuma ressalva legal, em situação de iminência de perda, alteração ou perecimento de um vestígio não é oportunizado o comparecimento/acompanhamento das partes e/ou seus representantes – o que implica, diretamente, na inobservância ao princípio do contraditório real.

Para tanto, a lei posterga o imprescindível contraditório para a fase instrutória, quando as partes poderão se manifestar, vale dizer, sobre um elemento que já não existe ou, ao menos, que já sofreu alteração. Na hipótese de uma perícia técnica, por exemplo, oportuniza-se às partes, nos termos do inciso I do artigo 159, § 5º, do CPP, a oitiva do(s) perito(s) para esclarecimento da inspeção ou qualquer detalhe que não conste no laudo pericial ou que nele conste uma informação dúbia.

Nessa seara, a perícia pode ter sido realizada sobre uma lesão corporal leve, que muito brevemente desaparecem os vestígios; uma necrópsia, sobre um corpo já enterrado ou até cremado; do local do crime no qual a polícia não observou elementos inerentes à autoria do caso; sobre uma evidência biológica degradada, tal como um fio de cabelo, sangue ou saliva. Em todos esses cenários descritos a título exemplificativo, questionar posteriormente, por vezes decorridos anos, o perito que confeccionou o laudo ou o policial presente no sítio delitivo não trará maiores informações para o deslinde do feito ao serem ouvidos na audiência de instrução de forma complementar.

Apesar da problemática supra apresentada, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que toca à eficácia probatória das perícias e dos documentos produzidos na

⁶⁹ Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais.

⁷⁰ LOPES JR.; GLOECKNER; 2014: 1649.

⁷¹ Art. 5º, LV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

fase inquisitorial, o que, no entender do STJ, sequer haveria necessidade de repetição no curso da ação penal, uma vez que o contraditório diferido daria validade àquelas provas⁷².

Outro tipo de prova irrepitível decorre de uma testemunha que, depois de prestar depoimento na fase policial, vem a adoecer, falecer ou não foi localizada, sofrendo prejuízo na renovação da versão em juízo ou, em outra hipótese, sendo possível seu comparecimento, optou por se manter em silêncio ou apresentou versão antagônica em audiência de instrução e julgamento.

O reconhecimento pessoal/fotográfico, por sua natureza, conforme disciplinado pela Resolução n. 484/2022 do Conselho Nacional de Justiça, é considerado irrepitível⁷³, seja pela memória falível (por estresse, medo, sugestão inadvertida, tempo etc.), por alteração significativa na aparência do suspeito (cabelo, óculos, barba, cor do cabelo, peso etc.) ou até por influência da condução policial durante o procedimento (*line up*⁷⁴, *show up*⁷⁵, pressão, induzimento etc.).

Os exemplos supramencionados não exaurem as possibilidades de provas irrepitíveis que, claro, podem ser documentos apresentados em fase policial e não preservados adequadamente ou um vídeo que venha a sofrer algum dano, enfim, são inúmeras as possibilidades.

⁷² STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.032.853/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/02/2018, DJe 07/03/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 521.131/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/02/2018, DJe 21/02/2018; STJ, 5ª Turma, HC 413.104/PA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/02/2018, DJe 15/02/2018; STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 312.502/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/06/2017, DJe 01/08/2017.

⁷³ Art. 2º Entende-se por reconhecimento de pessoas o procedimento em que a vítima ou testemunha de um fato criminoso é instada a reconhecer pessoa investigada ou processada, dela desconhecida antes da conduta. § 1º **O reconhecimento de pessoas, por sua natureza, consiste em prova irrepitível**, realizada uma única vez, consideradas as necessidades da investigação e da instrução processual, bem como os direitos à ampla defesa e ao contraditório. (grifado)

⁷⁴ O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2022: 18) descreve, em seu glossário, o alinhamento (*line-up*) como “procedimento no qual o suspeito é apresentado em meio a outros rostos/pessoas. A principal diferença entre um alinhamento justo e o álbum de suspeitos é o controle. No alinhamento é apresentado somente um suspeito, sendo os demais rostos sabidamente inocentes (i.e., *fillers*). Em um alinhamento justo, os *fillers* são selecionados com base na descrição do autor do crime ou na semelhança com o suspeito, de modo que nenhum dos rostos se sobressaia dentre os demais”.

⁷⁵ Em consulta ao glossário do IDDD, *show-up* é “o procedimento por meio do qual um único suspeito é apresentado isoladamente para que a testemunha indique se este rosto corresponde ao autor do crime.” (Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2022: 19).

1.6.1. Formas de irrepitibilidade

Das hipóteses descritas no tópico alhures, é possível observar variantes: por vezes, a modificação ou perda do elemento probatório dá-se em razão de sua própria natureza; e, por outras, a fonte altera-se por causas supervenientes, inesperadas.

A divisão não se limita a categorizar as formas em que se perdem as provas, mas principalmente a aceitabilidade de uma prova não repetível na formação do convencimento do juiz. É evidente que uma parte do processo não poderá se favorecer por ter negligenciado a produção de determinada prova que claramente não viria a ser repetida, ao mesmo tempo que merece análise uma prova que não pôde ser repetida por um fato superveniente, desde que seja respeitado o princípio do contraditório, de maneira que não haja prejuízos, especialmente ao acusado.

1.6.1.1. Irrepitibilidade natural

A prova naturalmente irrepitível é vulnerável à intervenção da natureza que, com o decorrer do tempo – numa régua de minutos a anos-, tem sua fonte de prova modificada ou até extinta, inviabilizando qualquer reanálise futura⁷⁶.

A irrepitibilidade é presumida desde o seu surgimento por contar com características naturais que atraem atenção para a urgência no resguardo do elemento de prova, o que, vale dizer, reiteradamente é utilizado como argumento para dispensa das partes na sua coleta⁷⁷.

Ao se identificar uma fonte perecível de prova, sabe-se que em futuro próximo, variável conforme o tipo do “objeto de análise”, sofrerá interferência prejudicial à sua produção, armazenamento e/ou utilização.

Há certos tipos de perícia, por exemplo, que são realizadas sobre elementos naturalmente irrepitíveis, tais como o já citado vestígio de lesão corporal leve, pois se sabe, desde o início, que em um curto prazo não será mais possível realizar o exame sobre aquela lesão, que logo desaparecerá. Nessa mesma linha, o laudo de necropsia será irrepitível ainda que seja exumado o corpo, pois o “objeto já não será o mesmo e a perícia não produzirá o efeito desejado”⁷⁸.

⁷⁶ LIMA, 2024: 631-632.

⁷⁷ FERNANDES, 2012: 66.

⁷⁸ NUCCI, 2011: 20-23.

No mesmo sentido, agora quanto à prova testemunhal, o depoimento prestado por uma pessoa acometida por doença terminal exige a oitiva com máxima rapidez, assim como no caso de uma testemunha idosa.

Os reconhecimentos, como já mencionado anteriormente, hoje, são declaradamente irrepetíveis. A irrepetibilidade decorre principalmente da falível memória humana⁷⁹, sobre a qual incidirá influência qualquer que seja o resultado do reconhecimento, positivo ou negativo. Assim, um novo reconhecimento posterior não teria nenhuma eficácia probatória⁸⁰, conforme já naturalmente esperado.

Documentos no geral, seja uma carta da vítima, seja um áudio enviado pelo acusado ou mesmo imagens de câmeras de segurança, apenas podem ser novamente lidos/ouvidos/visualizados, expressos em uma “oralidade fictícia”⁸¹, sem o exercício efetivo do contraditório quando da produção do conteúdo.

Face à escassez de doutrina brasileira que discorra sobre o tema, recorre-se à fonte italiana sobre essas provas um tanto negligenciadas no sistema processual penal daquele país latino-americano. A Itália, originalmente, traz o conceito das provas irrepetíveis e suas formas de irrepetibilidade; dentro do tema, apresenta como fator determinante para fixar o nível de urgência da prova naturalmente irrepetível a (im)possibilidade de postergar a produção desse tipo de prova, ou melhor: divide-as em postergáveis e impostergáveis⁸².

São normalmente impostergáveis os procedimentos investigatórios urgentes, utilizados pela polícia na busca por fontes de prova, convergindo nas chamadas provas cautelares em sentido estrito, mas não só, há aquelas em que é iminente o risco de desaparecerem os vestígios ou, ainda, é notória a dificuldade de conservá-los para análise posterior.

Nessas hipóteses, em que o elemento de análise não resistiria a um adiamento, exige tão rápida ação que inviabiliza a presença das partes. Nestes casos, deve-se comprovar que a perícia, o reconhecimento, o depoimento, dentre outras provas tidas como irrepetíveis, era, de fato, impostergável, a ponto de ter frustrada a produção da prova se não realizada naquele momento.

⁷⁹ LOPES, 2011: 32.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ TONINI, 2002: 19-20.

⁸² DI MARTINO; PROCACCIANTI; 2010: 367.

Fundada na essência impostergável da produção da prova, a restrição ao contraditório concomitante é legitimada em prol da garantia de coleta.

Diferem-se, portanto, dos meios de produção de prova urgentes, porém postergáveis, que possibilitam o chamamento das partes em contraditório concomitante.

A questão problemática surge da diferenciação entre as provas irrepitíveis postergáveis e as impostergáveis: quais provas são efetivamente “tão” impostergáveis que inviabilizaria o chamamento das partes para um contraditório real? A prova se perderia tão rapidamente a ponto de necessariamente postergar o contraditório para a fase judicial ou não há interesse da polícia/Ministério Público que o suspeito e seu advogado acompanhem a produção da prova?

1.6.1.2. Irrepetibilidade superveniente

De outra monta, há provas que inicialmente são plenamente repetíveis, contudo, um fator surpresa as torna irrepitíveis.

Nas chamadas provas de irrepetibilidade superveniente⁸³, também conhecidas como de “irrepetibilidade resultante de fato posterior”⁸⁴, o impedimento decorre da modificação ou extinção da fonte de prova por circunstância imprevisível, inviabilizando a reprodução na fase processual.

Face à surpresa da irrepetibilidade, essas fontes de prova não são submetidas ao contraditório das partes, sendo, portanto, exceção à regra do contraditório; o qual, de todo modo, será oportunizado às partes na fase processual.

Não se confundem, sobretudo, com as provas repetíveis imperfeitas que, apesar da irrepetibilidade inesperada como ponto de convergência, estas têm sua reprodução obstada por vontade humana, validando a prova para uso na fase processual a fim de não favorecer o causador da irrepetibilidade daquela prova⁸⁵. Um exemplo clássico é a ausência de uma testemunha que, por ameaça de morte, desistiu de depor em juízo contra o denunciado.

Por sua vez, o principal exemplo de prova de irrepetibilidade superveniente é o depoimento de uma testemunha que vem a falecer repentinamente ou desaparecer antes

⁸³ Conceito originário da doutrina italiana, “*irripetibilità sopravvenuta*”. DI MARTINO; PROCACCIANTI, 2010: 366.

⁸⁴ FERNANDES, 2012: 66.

⁸⁵ *Ibid.*: 66-68.

que seja ouvida novamente em audiência, restando apenas a declaração prestada em delegacia, na fase pré-processual.

O exame do local do crime também pode sofrer irrepitibilidade superveniente, a exemplo de uma casa que, a princípio fora preservada, vem a ser atingida por um incêndio antes que pudesse ser reexaminada.

Nas hipóteses acima, será observado se a morte ou o desaparecimento da testemunha, ou o incêndio, no último exemplo, não foi ocasionado pelo acusado – em caso positivo, recairia na qualificação de prova repetível imperfeita, quando, então, a prova poderá ser utilizada ainda que não repetida em audiência de instrução ou durante o trâmite processual.

Seguindo o mesmo raciocínio, também há de se atentar para a responsabilidade do próprio Estado na ausência da testemunha ou mesmo em outros exemplos de perda da prova. Vejamos: uma testemunha acautelada em estabelecimento prisional que venha a falecer em razão das condições precárias da assistência médica. Caso assim ocorra, como a irrepitibilidade decorreu de conduta ilegal praticada pelo Estado (ou seus representantes), que falhou no seu dever de proporcionar segurança e salubridade à testemunha, cogita razoável também inadmissibilidade das declarações anteriores⁸⁶.

De todo modo, ainda não há consenso se uma irrepitibilidade superveniente autoriza, em qualquer situação, a migração da declaração anterior para os autos do processo. Para tanto, inicialmente, deve-se analisar a causa direta da irrepitibilidade e como fora produzida⁸⁷.

1.7. A distinção entre prova ilícita e ilegítima e a relação com a repetibilidade

No tocante à validade do material probatório sobre o qual o magistrado formará sua convicção, nas palavras de Tourinho “deve ser observado, aqui, o binômio busca da verdade real e interesse em se respeitar os direitos constitucionais do cidadão. O desrespeito a esses direitos implicaria a negação do próprio Estado de Direito”⁸⁸.

Compreende-se da lição que a busca pela verdade, que norteia a atividade judicial, não deve se sobrepor aos valores fundamentais, mas, sim, equilibrar a eficiência e o garantismo no processo penal, dentro dos limites das regras de produção e de valoração

⁸⁶ MALAN, 2009: 154-169.

⁸⁷ VASCONCELLOS, 2018: 705-707.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, 2010: 531.

das provas. Caso contrário, havendo desrespeito aos princípios que regem o justo processo, a obtenção da prova terá origem ilícita.

Evidente que somente as provas tidas como legais serão consideradas para formar uma decisão judicial, produzidas em observância aos princípios constitucionais e demais regras do ordenamento jurídico. Importante a compreensão sobre as provas ilegais, que englobam dois tipos que se diferenciam pela natureza de sua proibição, ou melhor, serão ilegítimas as provas que infringirem normas de direito processual⁸⁹; e ilícitas quando violarem direitos fundamentais na sua obtenção, especialmente em afronta aos princípios previstos na Constituição, tais como a “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados, vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante”⁹⁰.

A depender da gravidade da violação normativa, a fim de se garantir um julgamento justo, o tratamento no tocante à inutilização das provas será diferente: as ilícitas são inadmissíveis no processo, conforme o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal⁹¹; e as ilegítimas também podem ser desentranhadas do processo, mas, do mesmo modo, sua invalidade dependerá da gravidade da irregularidade cometida.

A nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro⁹², promovida pela Lei n. 11.690/08, contudo, gerou críticas no tocante ao legislador referir-se às provas ilícitas como “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, igualando o tratamento sancionatório às provas ilegítimas.

Conforme lição de Ada Pellegrini, “a falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP”⁹³.

⁸⁹ Como a oitiva de um depoimento sem a presença da defesa quando há obrigatoriedade da sua participação. Exemplos de provas ilegítimas constam dos artigos 207, 210, 212, do CPP.

⁹⁰ ROSA, 2020: 688.

⁹¹ “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁹² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁹³ GRINOVER.; et al, 2010: 125.

Ainda, o parágrafo segundo daquele mesmo artigo (155), também incluído pela lei de 2008, foi duramente criticado face à definição de fonte independente considerada pelos estudiosos inconstitucional⁹⁴: “Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável [...] são circunstâncias especiais do caso concreto é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia”⁹⁵.

As provas produzidas em violação às normas procedimentais podem, em alguns casos, ser refeitas, como na hipótese de uma testemunha ouvida sem a presença da defesa, esse depoimento pode ser colhido novamente com todas as garantias processuais respeitadas, tornando-se então uma prova válida. Caso a repetição não ocorra, por qualquer motivo, provavelmente em razão de irrepetibilidade superveniente da fonte de prova, as provas ilegítimas serão nulas, não produzindo efeitos no processo.

Distintamente, as provas obtidas ou produzidas com violação a garantias e princípios constitucionalmente assegurados serão inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo. Nestes casos, a prova obtida ilicitamente deve ser rejeitada, e, por consequência, as provas decorrentes dessa ação estarão contaminadas e também serão inservíveis⁹⁶, pois são ilícitas por derivação.

Como violam direitos fundamentais, as provas ilícitas não podem ser reutilizadas, tampouco convalidadas por nenhum meio. Se uma prova foi obtida ilegalmente (por exemplo, uma confissão obtida sob tortura), ela deve ser excluída do processo de forma definitiva, sem possibilidade de repetição.

Essa relação entre provas ilícitas, provas ilegítimas e a repetibilidade está ligada à possibilidade de corrigir ou substituir uma prova viciada dentro do processo penal. Portanto, enquanto a ilicitude gera uma nulidade absoluta e irremediável, a ilegitimidade pode permitir a repetição da prova, desde que a irregularidade seja corrigida sem

⁹⁴ § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

⁹⁵ GRINOVER. *op. cit.*: 134.

⁹⁶ AMBOS, 2009: 85-86.

comprometer o direito de defesa e o devido processo legal, tratando-se, então, de uma nulidade relativa.

É possível aferir relevância na diferenciação entre a atividade probatória repetível e a irrepetível, pois “enquanto a prova ilícita deve ser excluída, a ilegítima poderá ser renovada por ser o vício processual. A distinção, todavia, não deve operar para salvar a prova, dado que a nulidade contamina a informação, nos termos do art. 5º, LVI, da CR: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Logo, se na formação do ato ou no procedimento de obtenção/produção de prova houver violação de regras há contaminação do conteúdo, sem possibilidade de uso no processo penal democrático”⁹⁷.

Como visto, somente a utilização de uma prova idônea é válida para condenar alguém, vedando-se a atividade probatória ilegal/ilícita. Há, porém, algumas exceções à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, particularmente no que toca as provas ilícitas por derivação, as quais são aceitas quando não restar evidenciado seu nexos de causalidade com a prova originalmente ilícita, e em situações em que puderem advir de fonte independente – é o que disserta o § 1º do art. 157, do CPP⁹⁸. Ademais, abre-se exceção para o uso da prova ilícita na hipótese de favorecer o acusado, provando sua inocência, em nome do princípio *favor rei*.

É possível extrair das lições de Paulo de Sousa Mendes, nesse sentido, que “de resto, a proibição de utilização (=valorização) das provas proibidas afigura-se como a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte das instâncias formais de controlo social. É como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: - não sucumbais ao canto da sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios!”⁹⁹.

⁹⁷ ROSA, 2020: 688.

⁹⁸ § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

⁹⁹ MENDES, 2014: 182-183.

II. OS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA PENAL E A INFLUÊNCIA DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

2.1. Os sistemas de valoração da prova

No contexto da prova penal, a valoração dos elementos probatórios assume papel central na determinação da verdade dos fatos em juízo. A prova é a base sobre a qual se constrói a convicção do magistrado, sendo indispensável para a tomada de decisões justas e fundamentadas. Neste cenário, os sistemas de valoração da prova se apresentam como conjuntos de princípios e regras que orientam o juiz na análise e na atribuição de peso às provas acumuladas durante o andamento processual.

A complexidade dos sistemas de valoração reside na necessidade de equilibrar a busca pela verdade com a garantia dos direitos fundamentais do acusado, tais como o direito à presunção de inocência e o direito a um julgamento justo. Mas não só. A complexidade não se restringe à dosagem supramencionada, ela representa especialmente a “influência de fatores extrajurídicos e interdisciplinares na formação da convicção do magistrado”¹⁰⁰, o que significa dizer que é inegável a participação do sentimento do julgador na tomada de decisão, pois “não existe racionalidade sem sentimento, emoção”¹⁰¹.

Compreender o, também complexo, processo decisório e o intrincado ritual judiciário exige, sem dúvida, ir além das limitações jurídicas, estabelecendo um diálogo multidisciplinar com áreas tais quais a psicologia, a filosofia, a neurologia, a sociologia, a antropologia, entre outros campos do conhecimento¹⁰².

Portanto, diante de um juiz que, claramente, não é mero aplicador de normas, sujeito imparcial, passivo, assim como qualquer outro ser humano, exercendo atividade para além da cognitiva¹⁰³, surge a necessidade de se assumir controle da subjetividade no ato decisório.

Logo, deve-se ter em conta a relação entre o julgamento pelo juiz natural e as provas produzidas em juízo, de maneira a considerar o uso de atividade intelectual daquele para além da jurídica, na interpretação das leis e sua aplicação prática, fugindo de uma

¹⁰⁰ CARVALHO; PRADO; CUNHA MARTINS, 2012: 131.

¹⁰¹ LOPES JR., 2021: 1098.

¹⁰² LOPES JR., 2021: 1095.

¹⁰³ COUTINHO, 2000: 03.

“interpretação puramente literal das normas jurídicas, desprovida de ideologias e da moral e sem qualquer preocupação com ideais de justiça ou cunho social, como apregoado por Hans Kelsen na obra Teoria pura do direito, é ainda referência para apaziguar ‘a consciência dos julgadores que remetem, à lei, a responsabilidade por suas decisões’”¹⁰⁴.

Para tanto, cada sistema de valoração da prova surge para delimitar, em diferentes níveis, um controle da atividade judicante proporcional à preocupação do legislador com o subjetivismo inerente das decisões judiciais¹⁰⁵.

Os principais sistemas de valoração da prova penal, destacando suas características, vantagens e limitações, bem como a sua aplicação prática no contexto judiciário, serão pormenorizados, conforme regras e princípios norteadores que determinam a forma pela qual a autoridade judicial vai apreciar as provas para formar seu convencimento, sendo eles: 1) Sistema da íntima convicção; 2) Sistema da prova tarifada; 3) Sistema do livre convencimento motivado (da persuasão racional do juiz).

Inicialmente, será explanado o sistema da prova tarifada, que impõe critérios rígidos e predeterminados para a valoração das provas, limitando a discricionariedade do magistrado. Em seguida, será estudado o sistema da íntima convicção, predominante nos sistemas jurídicos de tradição civilista, no qual o juiz tem ampla liberdade para valorar as provas, desde que fundamente sua decisão de forma lógica e coerente. E, por fim, mais pormenorizadamente, passar-se-á ao sistema do livre convencimento motivado, uma variação desenvolvida para a busca do equilíbrio da liberdade do juiz com a necessidade de fundamentação objetiva.

2.1.1. Sistema da prova tarifada

Igualmente conhecido como modelo aritmético em razão da contabilização das provas como atividade judicial¹⁰⁶, de modo que cada prova teria, nesse sistema, um peso, uma tarifação, cabendo ao juiz somá-las para sentenciar e, então, concluir pela condenação ou absolvição.

Denota-se que esse método, das regras legais, desempenha um papel de superação ao sistema inquisitivo – o qual se expressava pelo excessivo poder do juiz em decidir de forma totalmente arbitrária –, passando ao extremo oposto em que há fixação pelo

¹⁰⁴ CARVALHO; PRADO; CUNHA MARTINS, 2012: 98.

¹⁰⁵ HARTMANN, 2003: 109-124.

¹⁰⁶ CAPPELETTI, 1974a: 90.

legislador do valor probatório imutável de cada meio de prova¹⁰⁷, restringindo a atuação do magistrado e vinculando-a dosimetricamente às provas dos autos¹⁰⁸.

O também chamado de sistema da certeza moral do legislador, a partir de uma desconfiança racional do legislador face à atuação discricionária da autoridade julgadora, nasce com o claro intuito de reduzir os poderes do julgador através de regras escritas pelo titular do poder em reflexo aos valores sociais da época¹⁰⁹.

Os juízos de Deus dão espaço para um sistema essencialmente humano¹¹⁰, civilizando “as provas judiciais bárbaras”¹¹¹ com a imposição de delimitações legais para – a exemplo do que ocorreu no Foro Real de Espanha – considerar o “depoimento dos anciãos sobre os mancebos, dos ricos sobre os pobres, do fidalgo em detrimento do vilão, do varão em confronto ao da mulher, das testemunhas com mais fama em confronto àquelas pouco conhecidas”¹¹².

Além da hierarquia das provas, outra problemática desse sistema é a exigência de obtenção de um certo número de pontos para que se “fundamente” a condenação, sendo utilizados, não raras vezes, para alcançar uma prova plena, meios de tortura como coação para atingir a pontuação mínima necessária.

Evidente que as provas legais que definiam a verdade legal foram adequando-se conforme tempo e lugar, semeando para o surgimento do conceito da confissão como “rainha das provas”. Nesse conceito, nenhuma prova se sobreporia à confissão no quesito valorativo. Tanto que o depoimento de uma única testemunha, ainda que verossímil e detalhado, não teria valor jurídico caso estivesse isolado no conjunto probatório¹¹³, sendo insuficiente para amparar qualquer decisão. Essa regra levava a uma conclusão paradoxal: o depoimento verdadeiro de uma única testemunha não teria validade, ao passo que, se duas testemunhas mentissem, suas declarações poderiam prevalecer¹¹⁴.

Essa hierarquização de determinadas provas ainda é perceptível em alguns sistemas jurídicos atuais¹¹⁵, inclusive resquícios no brasileiro, muito embora não seja a tarifação da prova o sistema adotado pelo Código de Processo Penal deste país.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, E, 2016: 91-93

¹⁰⁸ LIMA, 2024: 654-655.

¹⁰⁹ GUILLÉN, 1992: 453; DINAMARCO, 2004: 103; AROCA, 2011: 597-598.

¹¹⁰ OLIVEIRA, 2003: 157-159.

¹¹¹ VELLOSO, 2015: 204. OLIVEIRA, 2003: 158.

¹¹² COUTURE, 1999: 190-191. Também sobre o tema: SANTOS, 1968: 325-327.

¹¹³ *Testis unus, testis nullus* (Tradução livre: “Uma só testemunha não tem valor”).

¹¹⁴ LIMA, 2024: 656.

¹¹⁵ COUTURE, 1999: 190-191.

Nessa toada, o parágrafo único do artigo 155, do CPP¹¹⁶, é límpido ao escalonar a prova documental acima da prova testemunhal no caso do estado de pessoas, admitindo-se apenas certidão, como manda o artigo 62 do mesmo diploma legal: “No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade”.

Outra exceção trazida pela norma processual penal brasileira em que se observa traços do sistema de tarifação probatória é o artigo 158, cujo texto, *in litteris*: “quando a infração deixar vestígios, nem a confissão do acusado supre a falta do exame de corpo de delito, estando o juiz limitado à prova pericial” – o que significa dizer que nenhuma outra prova supre o exame de corpo de delito¹¹⁷. Há, contudo, a ressalva do artigo 167 do CPP¹¹⁸, na hipótese de inviabilidade na realização da perícia, a prova testemunhal será aceita.

Certa linha doutrinária entende que há dois tipos de tarifação: a absoluta e a relativa. Por tarifação absoluta compreendem-se as situações em que o juiz, efetivamente, não possui nenhuma liberdade na formação de sua convicção, ficando restrito aos termos ditados pela lei, a exemplo dos acima mencionados arts. 62 e 155, § único, ambos do CPP.

Ao passo que, por tarifação relativa depreendem-se aquelas hipóteses em que o juiz não fica totalmente limitado aos critérios de valoração predefinidos em lei, abrindo espaço para uma certa discricionariedade¹¹⁹, conforme se observa do supracitado art. 158, também do CPP.

2.1.2. Sistema da íntima convicção

Apesar da divergência doutrinária quanto ao surgimento do sistema da íntima convicção, a história conduz à época subsequente à Revolução Francesa, na qual, em

¹¹⁶ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (grifado)

¹¹⁷ CAPEZ, 2016: 438-439.

¹¹⁸ Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

¹¹⁹ AVENA, 2010: 480.

1808, originou o Código de Instrução Criminal francês, revolucionando a forma de valoração das provas ao implementar o modelo misto/acusatório formal¹²⁰.

O novo sistema fixou-se no extremo oposto da tarifação da prova¹²¹, vigente até então, surgindo como sistema da certeza moral do juiz (e não do legislador), da livre ou íntima convicção ou, ainda, do modelo sentimental¹²², caracterizando-se pela liberdade de decisão com base no convencimento pessoal do julgador, sendo prescindível justificar a condenação ou a absolvição, no clássico julgamento *ex informata conscientia*¹²³.

Nesse modelo de valoração da prova, o juiz é plenamente soberano e insubmisso a qualquer regra legal na formação de sua convicção¹²⁴, concedendo ao magistrado liberdade integral para que decida a partir de suas impressões pessoais, ainda que vá de encontro com os elementos probatórios¹²⁵.

Passa a predominar, portanto, a valoração *secundum conscientiam*¹²⁶, na qual as decisões fundamentam-se (ainda que não expressamente) apenas na consciência do julgador¹²⁷, tendo as partes como desafio conquistar a psique do magistrado¹²⁸.

Uma breve leitura do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo texto fixa a regra de fundamentação das decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, constata-se que esse sistema de valoração da prova não foi adotado no ordenamento pátrio¹²⁹. Por outro lado, para a regra há exceção. A mesma Magna Carta dispensou a fundamentação das decisões nos julgamentos pelo Tribunal do Júri ao assegurar o sigilo das votações, aplicando, ainda que tacitamente, o sistema da íntima convicção¹³⁰.

¹²⁰ AROCA, 2000: 108.

¹²¹ CAPPELLETTI, 1974a.: 100-105.

¹²² SANTOS, 1968: 330.

¹²³ A expressão latina "*ex informata conscientia*" significa literalmente "com a consciência informada", ou melhor, resume-se pelo julgamento antecipado "sem ouvir o réu ou acusado ou o condenado". Disponível em: <https://portuguesalettra.com/latim/ex-informata-conscientia-latim/>.

¹²⁴ SANTOS, 1985: 383 *apud* HARTMANN, 2008: 114-115.

¹²⁵ MENDRONI, 2010: 18-19.

¹²⁶ GUILLÉN, 1992: 457. E Vittorio Denti atribui a um Decreto de 1791 a instituição desse novo sistema de valoração das provas. (2004: 18).

¹²⁷ "Tú fallas como tu conciencia te lo diga: yo no tengo reglas. Se diez testigos te dicen que un libro es negro y tú lo ves rojo, tú puedes decir que el libro es rojo. La sentencia sale como tu conciencia te lo indica". COUTURE, 1999b: 51-52.

¹²⁸ NIEVA, 2012: 40. GESU, 2019: 155-163.

¹²⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹³⁰ Artigo 5º, XXXVIII, "b", da Constituição Federal.

Assim como o magistrado está desimpedido para decidir conforme suas convicções, nesse sistema em questão, o Conselho de Sentença, formado pelos jurados, pode decidir com base em critérios subjetivos, não sendo obrigado a submeter a conclusão às provas constantes nos autos.

Esse sistema de valoração possibilita que os jurados, fundados em suas próprias convicções, absolvam por piedade, empatia ou clemência, ainda que haja provas suficientes para condenação; bem como o contrário, condenem mesmo que as provas conduzam à outra decisão, pelo simples fato de julgarem o réu “parecer de culpado”.

Face ao sigilo das votações, não se chega ao conhecimento das partes as razões que levaram àquela decisão, sendo possível, e até mesmo frequente, que esteja em completo desacordo com os elementos probatórios coligidos. Sendo identificada uma extrapolação da discricionariedade dos jurados, encostando na arbitrariedade, a lei prevê a observância ao *jus libertatis* em detrimento ao princípio da soberania dos veredictos possibilitando a interposição de recurso¹³¹.

Na hipótese acima referida, havendo ciência, a partir da quesitação, que a decisão é inconsonante às provas dos autos, é cabível recurso de apelação, conforme previsão do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Contudo, sobrevindo novo julgamento, por outro Conselho de Sentença, também contra as provas, não há cabimento de outra apelação¹³², prevalecendo, nesse caso, a garantia constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CF). Vale mencionar que o mesmo não ocorre quando a decisão, contrária ao acervo probatório, é pela condenação, havendo, nesses casos, após a anulação do júri, previsão de revisão criminal para reversão dessa nova condenação.

No que toca à decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a reforma de 2008 no Código de Processo Penal trouxe significativas alterações ao procedimento do Júri, conferindo aspecto ainda mais característico do sistema da íntima convicção na prolação dos veredictos.

¹³¹ REZENDE, 2010: 14.

¹³²Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. § 3º. Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

A Lei n. 11.689 de 2008 ampliou o sigilo das votações ao instituir a votação por maioria de votos¹³³, deixando o juiz, a partir de então, de revelar todos os votos dos jurados, mas revelando-os até o quarto voto idêntico, ao atingir a maioria.

A norma também acrescentou aos quesitos formulados pelo juiz, seguida das questões relativas à autoria e materialidade, a obrigatória pergunta: “o jurado absolve o acusado?”. Assim, de forma clara, justamente em razão do elevado número de decisões baseadas em incongruentes respostas aos quesitos, a exemplo de uma resposta positiva para autoria e igualmente positiva para absolvição, quando não há tese aventada pela defesa que possibilite essa conclusão.

Parte da doutrina, em nítida crítica ao sistema da íntima convicção no âmbito do júri, sustenta que tanto a soberania dos jurados quanto o sigilo dos veredictos seriam preservados com a fundamentação da decisão pelo juiz-presidente do Júri, sujeito à regra do art. 93, IX, da CF/88¹³⁴. Juristas clássicos, tais como Ferrajoli e Massimo Nobile, compartilham da opinião que o princípio, que dispensa a expressão dos motivos que conduziram àquela decisão, é restrito aos jurados, por não deterem de conhecimento técnico¹³⁵, o que, aliás, define a formação do veredicto a partir dos seus sentidos, desvinculados das técnicas jurídicas.

Ao passo que Marrey, Stoco, Galli e Franco compreendem a atuação dos jurados conforme o conceito do princípio, o que lhes possibilitaria quebrar o “dogmatismo ‘inflexível’ que orienta as decisões dos magistrados togados”¹³⁶, cedendo lugar a outras fontes fundadas na particular valoração social-cultural do Conselho de Sentença.

Carrara, por sua vez, doutrinador crítico declarado do sistema da íntima convicção, interpreta o sistema no ordenamento jurídico brasileiro como inconstitucional¹³⁷, em claro desacordo com a regra do artigo 93, IX, da Norma Máxima. E não só, a crítica geral a esse sistema consolida-se na irracionalidade das decisões que não se sujeitam à justificação da formação deste juízo.

¹³³ Artigo 489: “as decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos”.

¹³⁴ “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹³⁵ NOBILI, 1974: 521. E FERRAJOLI, 2009: 455. E AMODIO, 1974: 316.

¹³⁶ GALLI, 2012: *online*.

¹³⁷ CARRARA, 1902: 138-145.

Em suma, essa forma de valoração, no entender dos seus opositores, viola o axioma jurídico *quod non est in actis non est in mundo*¹³⁸, em total afronta aos dois princípios fundamentais da justiça: o contraditório e a sociabilidade do convencimento¹³⁹.

2.1.3. Sistema do livre convencimento motivado

Fugindo dos sistemas extremistas antecessores, o processo penal moderno foi conduzido para um sistema intermediário, no qual o magistrado não é tolhido pela lei, porém também não é absolutamente livre ao ponto de encostar no despotismo¹⁴⁰. O chamado sistema do livre convencimento motivado, da persuasão racional ou da livre apreciação judicial da prova, busca o equilíbrio na atuação do julgador, concedendo-lhe liberdade na valoração das provas dos autos, condicionando-o, todavia, a fundamentar suas decisões¹⁴¹.

O convencimento do juiz deve, então, ser motivado pela valoração e confronto das provas que compõe o material probatório dos autos, a partir da lógica e da racionalidade¹⁴², reduzindo o grau de subjetivismo e, por consequência, possibilitando às partes aferir a legalidade da fundamentação e, a depender do caso, ingressar com recurso para reexame¹⁴³. Desta forma, proporciona-se a garantia da fundamentação das decisões judiciais¹⁴⁴, podendo as partes questioná-las – o que só é viável quando se tem conhecimento do caminho tomado pelo julgador até àquela decisão.

Esse *tertium genus* é o sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro, expressamente previsto no inciso IX, do artigo 93, da Constituição da República Federativa do Brasil; bem como é a regra aplicada no Código de Processo Penal, conforme letra do artigo 155, *ipsis litteris*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

¹³⁸ “O que não está nos autos, não está no mundo jurídico”.

¹³⁹ “O convencimento não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e as provas submetidas a seu juízo, se fossem submetidos à apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa racional, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziriam no juiz”. DEI MALATESTA, 1996: 51.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, 2016: 278-280.

¹⁴¹ GOMES FILHO, 2009: 249.

¹⁴² BADARÓ, 2022: 474.

¹⁴³ LIMA, 2024: 164-165

¹⁴⁴ CASARA; MELCHIOR, 2013: 331-332.

Interpreta-se do texto, cuja redação foi alterada pela Lei n. 11.690 de 2008, que o convencimento do juiz fica limitado às provas produzidas em contraditório judicial e, conforme o conjunto probatório, deverá fundamentar a decisão na qual chegou.

Ainda no que versa o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, o juiz é livre para formar sua convicção com base na prova produzida, merecendo atenção a vedação de fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase de investigação, face à não sujeição ao contraditório, ressalvadas as exceções constantes no mesmo artigo, que alcança apenas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

Em que pese o preceito de inexistência hierárquica entre as provas, uma vez que não se trata do sistema da prova tarifada, a partir do conteúdo da norma em questão, a valoração e apreciação das provas constantes nos autos processuais contam com tratamento diferente. Neste ponto, imprescindível pontuar a distinção conceitual entre provas e indícios, cabendo ao juiz a apreciação do valor dos elementos probatórios, que se dará juntamente com a associação lógica dos fatos e o conhecimento prático, para que conste na explanação dos motivos o raciocínio desenvolvido até aquela decisão.

Assim, a liberdade cedida pelo princípio não é irrestrita, pois o juiz se curva aos princípios do contraditório, ampla defesa e obrigatoriedade de fundamentação das decisões na avaliação da prova, o que significa dizer que somente os elementos de prova que forem contraditados pelas partes têm valor na convicção do juiz; caso contrário, apenas servem como subsídios para propositura da ação penal.

Com o fim de afastar um julgamento tendencioso, surge a necessidade de motivação e, portanto, o terceiro sistema de valoração probatória. Então, ainda que o magistrado decida contrariamente à conclusão do laudo pericial deve expor seus motivos, do mesmo modo, não é possível decisão sem a confecção do exame do corpo de delito nas infrações que deixam vestígios, mas pode se valer, contudo, do exame indireto, o qual se faz sem análise do vestígio em si, mas através de constatações lógicas dos peritos – cuja forma foi aceita pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁵.

O sistema do livre convencimento motivado repercute em aspectos importantes para o processo penal, especialmente o brasileiro, desconstituindo o “reinado” da

¹⁴⁵ AgRg no REsp 1581047/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 07/06/2017.

confissão no artigo 197 do CPP¹⁴⁶, que passa a tratá-la como as demais provas, com valor igualmente relativo.

Nessa senda, todas as provas produzidas no processo deverão obrigatoriamente ser valoradas, sejam elas provas nominadas ou inominadas, típicas ou atípicas, mas imprescindivelmente lícitas, legítimas e moralmente válidas¹⁴⁷; podendo, inclusive, ser refutadas, desde que devidamente fundamentado¹⁴⁸.

Como visto, o magistrado detém ampla, embora limitada, liberdade para julgar suas decisões, condicionado, porém, a fundamentá-las adequadamente. Diz-se isto em razão de, por vezes, haver uma “carência de motivação”, nas palavras de Grinover, seja porque o juiz omitiu a real fonte de raciocínio que conduziu ao seu convencimento; seja por uma carência de motivação intrínseca, quando há claro erro lógico-jurídico, destoando da fundamentação; ou, em última hipótese, quando há carência de motivação extrínseca, restando claro que um fato decisivo não foi examinado e levaria à decisão extremamente antagônica¹⁴⁹.

Incidindo em alguma dessas carências de motivação haverá nulidade da decisão, cabendo ao julgador corrigir o erro e, assim, possibilitar a arguição das partes sobre as razões daquela conclusão.

2.2. *Standards* probatórios

Os critérios de decisão, *standards* probatórios ou, também chamados, modelos de constatação¹⁵⁰, são responsáveis pela definição do nível de prova necessário para elucidar um caso específico. Esse grau de convencimento do magistrado conduzirá as decisões, desde as cautelares até a sentença de mérito.

O grau de convencimento exigido para a prolação de uma sentença condenatória, baseado em provas que superem qualquer dúvida razoável, por óbvio, não é o mesmo padrão necessário para outras decisões tomadas ao longo da persecução penal.

¹⁴⁶ Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

¹⁴⁷ GRECO FILHO, 2010: 203.

¹⁴⁸ FERNANDES, 2012: 75.

¹⁴⁹ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2010: 119.

¹⁵⁰ "Os modelos de constatação igualmente podem ser utilizados para o controle de outros provimentos de natureza processual que não exclusivamente o mérito de juízos de fato definitivos" (KNIJNIK, 2007: 48).

Para a decretação de uma medida cautelar, como, por exemplo, a prisão preventiva, o artigo 312 do CPP¹⁵¹ exige a comprovação da materialidade (juízo de certeza) e a existência de indícios de autoria (juízo de probabilidade).

Por sua vez, para receber a denúncia, cabe ao magistrado avaliar se há justa causa para o prosseguimento da ação penal, nos termos do artigo 395, inciso III, do CPP¹⁵². Na etapa de pronúncia é necessário não apenas o convencimento sobre a materialidade, mas também a presença de indícios suficientes de autoria¹⁵³, conforme disposto no artigo 413 do CPP¹⁵⁴.

Por fim, para que seja proferida uma sentença condenatória, exige-se um juízo de certeza acerca da autoria e da materialidade que esteja além de qualquer dúvida razoável¹⁵⁵.

Muito embora seja inviável quantificar matematicamente os graus de probabilidade que caracterizam esses distintos modelos de constatação, deve-se ter em conta a regra probatória prevalecente do princípio da presunção de inocência (*in dubio pro reo*), especialmente com o intuito de conter que o processo penal conduza naturalmente a um *standard* de prova elevado para a desconstituição do estado de inocência do acusado.

Superado o fracassado sistema da prova tarifada, concluiu-se inútil a atribuição de valores numéricos, em decimais ou percentuais, ao grau de confirmação que as provas conferem aos enunciados fáticos, e ainda assim "o fato de não se dispor de uma escala matemática ou métrica não retira o valor da construção, nem joga a teoria dos 'modelos de constatação' para o campo da literatura"¹⁵⁶.

A relação entre verdade e prova vai se modificando ao longo do sistema, iniciando com a descoberta da prova, passando à instrução (requerimento, admissão e produção da prova), seguidas do contexto da valoração e, ao fim, o contexto da decisão. Ainda é

¹⁵¹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

¹⁵² Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹⁵³ BADARÓ, 2023: *online*.

¹⁵⁴ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

¹⁵⁵ Dúvida razoável é aquela fundamentada na razão e no bom senso. Trata-se de uma incerteza que uma pessoa sensata pode ter após avaliar cuidadosamente todas as provas apresentadas; uma dúvida que faz hesitar antes da tomada de uma decisão por alguém ponderado. Não se confunde, contudo, com mera especulação ou suspeita, nem serve como pretexto para escapar de uma obrigação incômoda. Em resumo, não se trata de um ato de compaixão.

¹⁵⁶ KNIJNIK, 2007: 43.

possível incluir outros dois momentos da prova como o contexto da justificação, posterior à atividade de reconstrução histórica dos fatos, mas fundamental para legitimá-la e permitir um controle intersubjetivo das escolhas racionais do julgador.

Ainda que a prova tramite por múltiplos momentos, a doutrina processual penal brasileira não tratava sobre a distinção entre o momento da valoração e o da decisão até estudos recentes, o que é imprescindível dentro do sistema do livre convencimento motivado, no qual as regras jurídicas não incidem na forma racional e lógica de valoração dos meios de prova, o que não acontece na etapa decisória¹⁵⁷.

A valoração da prova consiste no exame crítico dos meios de prova apresentados, a exemplo de testemunhos, documentos e perícias, com a finalidade de verificar a confiabilidade e a relevância das provas para esclarecer os fatos do processo. Ao passo que a decisão é resultado dessa valoração, momento em que se declara a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos¹⁵⁸.

A decisão judicial é devidamente regida pelas normas do direito processual penal, enquanto há neutralidade das regras jurídicas na valoração das provas, de modo que a análise seja racional e imparcial, livre de preconceitos ou presunções, para garantir que as decisões sejam justas e fundamentadas.

Os "*standards* probatórios", ao representarem os diversos graus de exigência aplicáveis ao julgador, seja para considerar um fato como provado, seja para satisfazer um requisito legal que demande apenas uma mera probabilidade, e não certeza, são essenciais para o controle intersubjetivo do juízo de fato no processo penal.

Nesse sentido, a jurisprudência norte-americana serviu de fonte para três modelos de critérios de convencimento que podem ser compatibilizados no sistema brasileiro: 1. simples preponderância de provas (*preponderance evidence*); 2. prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); 3. prova além da dúvida razoável (*beyond areasonable doubt*)¹⁵⁹.

O critério da preponderância da evidência é análogo à verossimilhança (*fumus boni iuris*) de uma situação fática, tendo como ideia central a sobreposição de uma das versões dos fatos apresentadas pelas partes¹⁶⁰. Esse modelo oriundo do processo civil serve ao processo penal para, por exemplo, auxiliar nas decisões de recebimento da denúncia.

¹⁵⁷ BALTAZAR JÚNIOR, 2007: 85-90. ARENHART, 2005: *online*.

¹⁵⁸ KNJUNIK, 2007: 43.

¹⁵⁹ TARUFFO, 1992: 220.

¹⁶⁰ PEREIRA: 2019, p. 272-278.

Na sequência, o critério de convencimento da prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) corresponde a um *standard* probatório intermediário, aplicável apenas em decisões cautelares.

Somente o terceiro critério é suficiente para moldar uma “certeza absoluta”¹⁶¹ no *standard* probatório, indicando altíssima probabilidade de ocorrência daquele fato criminoso, formando, portanto, uma prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable*) para uma sentença de mérito.

Muito diferente dos *standards* probatórios norte-americanos, apenas a título de curiosidade, o modelo espanhol da mínima atividade probatória analisa o conjunto probatório para avaliá-lo como suficiente, em grau de certeza, para superar o princípio da presunção de inocência. Esse *standard*, que também se adequaria ao contexto brasileiro, conta com três requisitos fixados pelo Tribunal Constitucional da Espanha: 1) a concorrência de uma “mínima atividade probatória”; 2) obtenção das provas produzidas respeitando todas as garantias processuais; 3) a existência de “prova de cargo”¹⁶².

A utilização dos mais rigorosos *standards* probatórios do processo penal visa estabelecer, inicialmente, um norte para que o julgador forme sua decisão livremente e, dessa forma, reduzir os riscos de erros das decisões.

2.3. Teoria da Dissonância Cognitiva

2.3.1. No contexto psicológico

Em linhas introdutórias, Leon Festinger¹⁶³, psicólogo social americano, desenvolveu, em 1957, a teoria da dissonância cognitiva, cujo conceito resume-se pela reação humana a partir de uma sensação de desconforto decorrente da inconsistência entre

¹⁶¹ Cada um dos critérios tem seu percentual de convencimento do juiz: o primeiro critério conta com força persuasiva no convencimento do julgamento superior a 50% (cinquenta por cento) de probabilidade; o segundo acima de 75% (setenta e cinco por cento) e, por último, no caso no *standard* mais exigente da *proof beyond a reasonable*, fica entre 90% (noventa por cento) ou mais. O que, claramente, se não atingiu 100% de certeza, não seria suficiente para a condenação; por outro lado, a “certeza absoluta” é considerada inatingível.

¹⁶² Prova de cargo é aquela “de cunho incriminatório, pela qual se infere racionalmente a participação do acusado no fato delitivo”, ou melhor, essa prova sempre vai servir para o julgador formar plena convicção sobre a responsabilidade penal do acusado. (MIRANDA ESTRAMPES, 1997: 176) Como também conceituado por CORDÓN AGUILAR, “prova de cargo” faz a conexão entre os *standards* probatórios da prova além de uma dúvida razoável e da mínima atividade probatória, ponderando que a “prova de cargo” permite ao julgador “alcançar a convicção sobre a constatação do componente fático do processo e da culpabilidade do acusado, sem margem alguma de dúvida razoável”. (2011: 160).

¹⁶³ FESTINGER, 1978: 274 e ss.

as cognições, diante de duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis. A fim de dirimir a dissonância entre o que se pensa, sente e faz, como mecanismo de defesa do ego¹⁶⁴, o indivíduo busca utilizar de mecanismos psicológicos para reduzir o nível de contradição entre o seu conhecimento e sua opinião.

Esse sentimento de confusão impulsiona a busca seletiva de informações visando ratificar a ideia preconcebida com informações consonantes¹⁶⁵ e refutar as informações dissonantes, ainda que a crença que se busque validar vá de encontro com fatos cientificamente comprovados¹⁶⁶.

A busca pela coerência (consonância) é a regra, de modo que, havendo incoerências, que causam uma situação psicologicamente incômoda, o movimento será de reduzi-las, racionalizando-as e afastando as fontes que possam aumentar essa incongruência, para que, então, se estabeleça uma harmonia interna entre as opiniões, crenças e ações¹⁶⁷. Em outras palavras, os mecanismos de manipulação adotados para afastar o sentimento incômodo da dissonância, podem ser: “(1) mudança de elementos cognitivos dissonantes; (2) desvalorização de elementos cognitivos dissonantes; (3) adição de novos elementos cognitivos consonantes com a cognição existente; e (4) evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes”¹⁶⁸.

Em suma, “o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita etc.) o que não convém”¹⁶⁹, agindo como uma “necessidade impulsiva ou uma tensão”¹⁷⁰ para reduzir o desconforto causado pelas informações conflitantes.

2.3.2. No contexto jurídico

O jurista alemão Bernd Schünemann deslocou o conceito da Teoria da Dissonância Cognitiva, originário no campo psicológico, para o campo do direito processual penal

¹⁶⁴ FESTINGER, 1978: 274 e ss.

¹⁶⁵ O psicólogo polonês KOZIELECKI explica o efeito inércia adaptando do conceito original de Festinger e, a partir de uma pioneira experiência de laboratório, haveria duas possíveis explicações para as causas desse efeito: a hipótese de compromisso e a hipótese de expectativa, as quais submeteram ao teste com base nas previsões opostas que delas poderiam ser derivadas sobre a conexão entre a força do efeito de inércia e a posição sequencial de um primeiro evento contraditório (1966: 86–95).

¹⁶⁶ FREY: 1993: 295-296.

¹⁶⁷ RITTER, 2016: 197.

¹⁶⁸ *Ibid.*: 90.

¹⁶⁹ ROSA, 2020: 150.

¹⁷⁰ FESTINGER, 1978: 274 e ss.

com o intuito de compreender os problemas que envolvem a imparcialidade do juiz atuante na área criminal¹⁷¹.

Schünemann identificou como problemática a concentração no mesmo juiz que recebe a acusação, realiza a audiência de instrução e julgamento e, na sequência, profere a decisão do caso penal. Na concepção do jurista, essa “cumulação de papéis” resultaria em prejuízo da neutralidade do juiz, que seria influenciada pelo inconsciente, gerando dissonância cognitiva.

Conforme visto alhures, a reação natural do juiz será diminuir essa tensão psíquica, vislumbrando-se duas vertentes de atuação: selecionando apenas as informações que corroborem a hipótese acolhida pelo ego ou superestimando as informações consideradas, por si, corretas ao longo do curso processual. Portanto, a dissonância cognitiva na atuação do juiz terá efeito confirmador tranquilizador, como na primeira hipótese, ou, na segunda situação, gerará o efeito inércia, em que há mera convalidação das informações anteriores constantes no inquérito e/ou denúncia.

Face à condução parcial do magistrado para uma decisão previamente fixada em seu subconsciente, o doutrinador alemão desenvolveu uma pesquisa de campo a fim de certificar sua análise empírica de que o juiz se apegará tendencialmente à imagem já construída desde o inquérito até o recebimento da denúncia, e apenas buscará confirmá-la, superestimando, tendencialmente, as informações consoantes e menosprezando as informações dissonantes¹⁷².

Para o estudioso alemão, quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação maior a probabilidade de seguir a tese acusatória e decidir pela condenação; assim, o julgador afasta a tese defensiva causadora da dissonância cognitiva por contraditória àquela primeira que fora concebida como verdadeira.

O magistrado, ao buscar instintiva e inconscientemente supervalorizar informações condenatórias e subestimar as defensivas, será conduzido, no entender de Schünemann, a uma dentre quatro possibilidades:

Na primeira hipótese, o magistrado terá aumentada a tendência por condenar quando possui acesso aos autos de inquérito antes da audiência de instrução e julgamento, momento este em que inquirirá com viés condenatório.

¹⁷¹ SCHÜNEMANN, 2013: 1119, 1131 e ss.

¹⁷² SCHÜNEMANN, 2012: 30-50.

Já na segunda hipótese, ao ter conhecimento do conteúdo do inquérito, o juiz, no ato da audiência, acaba por não reter igualmente as informações contrárias ao caderno policial.

Por sua vez, a terceira hipótese desenha outro cenário, sem o conhecimento prévio pelo juiz do teor investigativo, em que há redução dos erros na retenção dos argumentos da defesa, de modo que o “percentual de erros será substancialmente minorado quando o magistrado puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova”¹⁷³.

Por fim, levanta-se uma quarta hipótese em que o acréscimo do número de perguntas formuladas aos sujeitos da prova quando o magistrado conhecer previamente o inquérito.

Com a finalidade de verificar tais hipóteses, Schünemann estruturou a pesquisa¹⁷⁴ com base nas variáveis do conhecimento pelo magistrado dos autos de inquérito e da faculdade de inquirição pessoal em audiência de instrução e julgamento pelo mesmo magistrado. Utilizou, para tanto, um caso concreto¹⁷⁵ em que era possível tanto uma sentença condenatória, assim como uma absolutória, fornecendo igualmente aos participantes da pesquisa o conteúdo das informações.

O fornecimento de informações sofria, porém, variação conforme o grupo em que se enquadrava o participante, recebendo apenas o relato testemunhal dos fatos quando pertencente ao grupo em que formular perguntas às testemunhas era permitido, as quais seriam respondidas por um computador, com respostas previamente organizadas em um banco de dados. Ao término dessa audiência experimental, os pontos não questionados eram apresentados como depoimentos testemunhais de outras pessoas envolvidas no processo criminal. Por sua vez, as cobaias que não podiam formular perguntas recebiam na integralidade as questões constantes no banco de dados.

Assegurava-se, então, que todas as pessoas envolvidas tivessem exatamente a mesma base de dados para apreciação do caso *sub judice*, a fim de que não houvesse dúvidas que a decisão adveio pela atuação profissional e não pela obtenção de diferentes informações.

¹⁷³ *Idem.*

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ O material de provocação da pesquisa foi desenvolvido a partir de um processo criminal real de um crime de libertação, indução ou auxílio à fuga de preso (§120 do Código Penal alemão).

Durante o ato, o experimento registrava o número de perguntas formuladas pelos participantes para que, ao final, respondessem a uma série de perguntas determinadas para auferir a compreensão do conteúdo da audiência de instrução e julgamento.

Finalizada a inquirição das “testemunhas virtuais”, após uma audiência fielmente simulada (com exceção da participação de pessoas reais além do juiz e a substituição da oralidade pela escrita), a cobaia teria que proferir uma sentença devidamente fundamentada.

Como resultado do experimento, na primeira hipótese, em que o juiz criminal conhecia dos autos desde o inquérito, absolutamente todos sentenciaram pela condenação¹⁷⁶. Ao passo que, na hipótese na qual os juízes não fizeram a leitura do inquérito as sentenças dividiram-se em condenatórias e absolutórias, sendo estas, aliás, majoritárias¹⁷⁷.

No que toca aos participantes que podiam inquirir testemunhas e tinham conhecimento do inquérito todos proferiram sentenças condenatórias e nenhuma absolutória¹⁷⁸; já os que podiam inquirir e não tinham conhecimento do inquérito, a grande maioria absolveu; apenas 1/4 condenou¹⁷⁹.

¹⁷⁶ O experimento analisa, de acordo com a primeira hipótese, o impacto do conhecimento prévio do inquérito sobre as decisões dos juízes criminais ao sentenciar. Os resultados mostram que todos os 17 juízes que tiveram acesso ao inquérito condenaram os réus, enquanto entre aqueles que não tiveram acesso, as decisões foram mais ambivalentes: 8 condenações e 10 absolvições. Uma análise específica revelou que, ao inquirir testemunhas, os juízes com acesso ao inquérito proferiram 8 condenações e nenhuma absolvição, enquanto os sem acesso proferiram 3 condenações e 8 absolvições, com uma diferença significativa ($p < 0,002$). A pesquisa confirma a hipótese de que o conhecimento do inquérito, que tende a ser incriminador, influencia decisivamente na condenação, mesmo quando a audiência sugere possibilidade de absolvição. SCHÜNEMANN, 2012: 38.

¹⁷⁷ O exame da segunda hipótese explora o "efeito inércia" na perseverança de decisões judiciais influenciadas pelo conhecimento prévio do inquérito. Juízes que tiveram acesso ao inquérito recordaram relatos das testemunhas em média 6,59 vezes (de um total de 11), enquanto o grupo sem acesso obteve 7,69 respostas corretas, uma diferença significativa ($p < 0,05$). Essa diferença é ainda maior entre os que condenaram com conhecimento prévio (6,35) e os que absolveram sem acesso ao inquérito (7,63). O efeito inércia reflete a tendência dos juízes com conhecimento prévio a ignorar ou não reter informações defensivas apresentadas na audiência, focando apenas nas informações incriminadoras já conhecidas. SCHÜNEMANN, 2012: 39.

¹⁷⁸ A terceira hipótese tem a incumbência de descobrir o impacto de limitar o juiz a um papel passivo, semelhante ao do júri no sistema anglo-americano, sobre a assimilação de informações. A impossibilidade de formular perguntas reduziu significativamente a memorização, com uma média de 6,33 respostas corretas contra 8,65 ($p < 0,01$). No entanto, juízes que puderam questionar testemunhas e não tiveram acesso prévio ao inquérito, mas decidiram pela absolvição, apresentaram a melhor memorização, com uma média de 9,25 respostas corretas em 11 perguntas. Isso demonstra que a interação ativa melhora substancialmente a retenção dos fatos. SCHÜNEMANN, 2012: 39

¹⁷⁹ A quarta e última hipótese examina a relação entre o número de perguntas feitas pelos juízes e a qualidade da assimilação das informações. Os juízes que mais formularam perguntas foram os que condenaram com conhecimento prévio do inquérito, enquanto os que menos questionaram foram os que absolveram sem acesso ao inquérito. Apesar de questionarem menos, este último grupo apresentou maior memorização, enquanto o primeiro obteve pior desempenho no teste de memória. Os resultados indicam

Pode-se concluir, portanto, que Schünemann demonstrou com o seu experimento a predominante contaminação do juiz que recebe a denúncia, com todo o material investigativo, e instrui o feito, afastando-se do seu lugar de imparcialidade e assumindo posição de parte contrária do acusado – o que prejudica inteiramente a avaliação justa e o processamento das informações de forma adequada¹⁸⁰.

A formação de uma imagem mental dos fatos dá-se ao longo do andamento processual, desde a tomada de decisões cautelares de decretação, revogação e manutenção da prisão preventiva, de busca e apreensão, até inquirição em audiência, com viés condenatório para corroborar suas afirmações prévias, especialmente quando o magistrado produz essa prova de ofício¹⁸¹.

É por isso que, para muitos julgadores, na sua contabilidade mental prevalece o raciocínio de que o acusado foi investigado e denunciado, o que significaria, portanto, a clara existência de indicativos suficientes para o oferecimento da ação penal, os quais devem ser seguidos na fase instrutória.

Agrava-se o quadro mental pelo “efeito aliança”¹⁸², num cenário em que o advogado criminalista é “ofuscado” pelo promotor de justiça, este considerado relevante, servindo como um “padrão de orientação”¹⁸³¹⁸⁴. Desta maneira, o juiz direciona sua atenção às provas produzidas pelo Ministério Público, inclusive às perguntas por ele formuladas em audiência; desconsiderando, por sua vez, as provas obtidas a partir de perguntas feitas pelo advogado, assim como suas teses, desprezadas após a manifestação ministerial.

O magistrado, num modo geral, parte do pressuposto inverso à presunção de inocência, firmando-se, ao longo de todos os momentos que exigem antecipação

que o número de perguntas não melhora o processamento das informações e está mais relacionado à tentativa de confirmar preconceitos iniciais do que a uma melhor assimilação. SCHÜNEMANN, 2012: 40.

¹⁸⁰ SCHÜNEMANN, 2012: 30-50.

¹⁸¹ LOPES JR; GLOECKNER, 2014: 62-69.

¹⁸² “O juiz tendencialmente apega-se à imagem do ato que lhe foi transmitida pelos autos da investigação preliminar; informações dissonantes desta imagem inicial são não apenas menosprezadas, como diria a teoria da dissonância, mas frequentemente sequer percebidas”. SCHÜNEMANN, 2012: 30-50

¹⁸³ “O termo *Schulterschluss*effekt é um conceito desenvolvido por Schünemann para designar o espelhamento que o juiz faz da avaliação do Ministério Público ao conduzir a audiência de instrução e julgamento e ao sentenciar. Em virtude de sua significação, esta palavra foi traduzida como efeito correspondência comportamental. Em alemão, *Schulterschluss* denota a ideia de andar ombro a ombro, o que traz a imagem do marchar lado a lado”. (SCHÜNEMANN, 2012: 30-50).

¹⁸⁴ O comportamento do juiz também pode ser explicado, segundo a Teoria da Comparação Social, no sentido de que, simplesmente, o magistrado, ao se encontrar numa situação turva, orienta-se pela avaliação precedente e oriunda de uma pessoa por ele aceita como adequada a uma comparação comportamental. (FREY, 1978: 75 e ss.).

cognitiva, que absolver significaria um verdadeiro insulto à lógica, buscando, assim, qualquer elemento comunicante que pudesse retoricamente, fazendo uso equivocado da regra do art. 155, do CPP, aproveitar os atos de investigação, a ponto de não servir de óbice para condenação a prova que não foi produzida em contraditório¹⁸⁵.

Na expressão de Schünemann, que deu origem ao título do seu artigo sobre o experimento, o juiz é, na verdade, “um terceiro manipulado no processo penal”, virando de ponta cabeça o princípio do *in dubio pro reo*¹⁸⁶.

2.4. Conclusão preliminar

A prova no processo penal brasileiro desempenha papel central não apenas na busca pela verdade, mas também na proteção das garantias fundamentais do acusado e no equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses do Estado na persecução penal. Os dois capítulos iniciais destacaram a evolução do conceito de prova e a sua importância no contexto jurídico atual, abordando desde as diferentes formas de obtenção e utilização das provas até os sistemas de valoração adotados.

A multiplicidade de formas e naturezas das provas, abordada no primeiro capítulo, enfatiza as distinções entre provas pré-constituídas e constituídas, e como a prova irrepetível se encaixa nesses conceitos, considerando, em qualquer contexto, a relevância do contraditório, seja ele imediato ou diferido.

A categorização de provas, como aquelas produzidas durante a investigação policial e posteriormente submetidas ao crivo judicial, ressalta a importância de respeitar o devido processo legal para evitar que elementos informativos sejam confundidos com provas legítimas. Além disso, a classificação das provas em relação à sua repetibilidade evidencia a urgência de proteger fontes perecíveis e assegurá-las de maneira que sejam úteis ao processo, sem prejudicar os direitos do acusado.

Em que pese os diferentes pesos de cada tipo de prova, merecendo tratamento e destinação conforme sua força, é conclusivo, a partir do que fora estudado, que as provas irrepetíveis nada mais são, em essência, que elementos informativos, pré-constituídas, mas utilizadas como provas robustas.

O segundo capítulo aprofunda-se na análise dos sistemas de valoração da prova, destacando as limitações e potencialidades de cada modelo. Enquanto o sistema da prova

¹⁸⁵ ROSA, 2020: 152.

¹⁸⁶ LOPES JR., 2014: *online*.

tarifada é criticado por sua rigidez e afastamento da realidade probatória, o sistema da íntima convicção é confrontado pela ausência de fundamentação e pelo risco de arbitrariedades. Em contraste, o sistema do livre convencimento motivado, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, busca um equilíbrio, concedendo ao magistrado a liberdade de valorar as provas, desde que suas decisões sejam devidamente fundamentadas. Esse sistema, como bem destacado no capítulo, condiciona o julgador a justificar de forma lógica e transparente suas conclusões, garantindo o controle pelas partes e reforçando a importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Compreende-se, portanto, que as provas irrepetíveis são um tipo de fonte de prova, cuja coleta dá-se na fase policial, sem observância ao contraditório, o qual, ao ser diferido para a fase judicial, torna-se ineficaz, fragilizando a prova para o momento de sua valoração.

Para atingir um “contraditório significativo”, como bem leciona o juiz Alexandre Morais da Rosa, deve haver a participação efetiva das partes, com paridade de armas, na produção da narrativa que fundará, posteriormente, na decisão judicial, legitimando, de fato, a interação processual¹⁸⁷. Difere-se, evidentemente, do “contraditório performático/dissimulado”, no qual a intervenção das partes se dá apenas para validação da prova, cumprindo a forma processual, é incapaz de influenciar na decisão que o juiz tomará¹⁸⁸.

Seguindo esse raciocínio, a abordagem sobre os *standards* probatórios, que determinam diferentes níveis de convencimento exigidos para decisões em etapas distintas do processo penal, vão englobar desde juízos de probabilidade em medidas cautelares, as provas irrepetíveis da fase preliminar, até a certeza além de qualquer dúvida razoável para sentenças condenatórias, cujos critérios intentam assegurar que as decisões sejam proporcionais à gravidade das consequências jurídicas.

Outro aspecto relevante é a influência da subjetividade no julgamento. A teoria da dissonância cognitiva aplicada ao contexto jurídico, a partir do experimento do alemão Bernd Schünemann, demonstra como o envolvimento do magistrado em fases preliminares pode comprometer sua imparcialidade e levar a decisões enviesadas. Essa constatação reforça a necessidade de estruturas processuais que assegurem a separação

¹⁸⁷ ROSA, 2020: 100.

¹⁸⁸ *Idem*.

de funções e evitem a contaminação do julgamento pelo contato prévio com elementos investigativos.

Logo, tendo em conta que a prova no processo penal possui funções cognitiva e persuasiva, com intuito de “convencer o julgador acerca do alegado”¹⁸⁹, é essencial que haja tratamento diferente entre ato de investigação e ato probatório, aquele despido de contraditório¹⁹⁰, cuja finalidade é somente endo procedimental¹⁹¹.

A prova, no processo penal, possui como busca essencial a captura psíquica do juiz¹⁹², de forma a influenciar a formação de sua convicção. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho destaca que “a prova é o conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese saberem todos não ser só ela a formadora do juízo”¹⁹³.

No contexto da condenação, a única prova válida é aquela definida como “prova empírica produzida pela acusação perante juiz imparcial, em processo público e contraditório à defesa e por meio de procedimentos legalmente preestabelecidos”¹⁹⁴.

Contudo, o artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro levanta desafios importantes, pois, muitas vezes, as provas irrepetíveis colhidas na fase investigativa se tornam parte majoritária da fundamentação das sentenças, dificultando a distinção do momento em que se forma a convicção judicial. Tal situação leva à transformação de atos investigativos em atos probatórios, concedendo-lhes um valor equivalente ao de provas produzidas na instrução processual, ainda que careçam da robustez necessária para fundamentar decisões judiciais seguras.

A análise desses pontos evidencia não apenas a complexidade do tema, mas também a necessidade urgente de avanços que alinhem o sistema processual penal brasileiro aos padrões de um devido processo legal que privilegie tanto a eficiência quanto a justiça. A reflexão contínua sobre as práticas e mecanismos existentes é imprescindível para a promoção de decisões mais transparentes, racionais e comprometidas.

Deve-se, então, partir da necessidade intrínseca de alinhar o desafio da cognição judicial imparcial em face da interação processual com a noção de dissonância

¹⁸⁹ GIACOMOLLI, 2008: 24.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 20-22

¹⁹¹ LOPES JR., 2010: 298.

¹⁹² CUNHA MARTINS, 2013: 5.

¹⁹³ COUTINHO, 2001: 177.

¹⁹⁴ Do original “*prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial, en un proceso público e contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestabelecidos*”. Traduzido em FERRAJOLI, 2006: 830.

cognitiva¹⁹⁵, considerando a fragilidade da prova que não será repetida, mas apenas será submetida a um contraditório performático.

¹⁹⁵ ROSA, 2020: 150.

III. A PRODUÇÃO E A VALORAÇÃO DAS PROVAS IRREPETÍVEIS NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI: ITÁLIA, ALEMANHA E BRASIL

Para abordar o tema da admissibilidade e valoração das provas irrepetíveis nos sistemas processuais penais da Itália, da Alemanha e do Brasil é fundamental compreender as diferenças existentes em cada ordenamento jurídico no que toca às provas que, por sua natureza ou por fato superveniente, não podem ser reproduzidas em juízo.

As provas irrepetíveis, que podem envolver elementos como a coleta de vestígios físicos em uma cena de crime ou declarações realizadas em condições únicas, representam um desafio para o direito processual penal, de forma global, uma vez que devem ser analisadas à luz dos princípios fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da busca pela verdade real.

Neste capítulo, serão exploradas as soluções encontradas nos três sistemas jurídicos para equilibrar a necessidade de preservar a confiabilidade e a validade das provas com as garantias processuais dos acusados.

Na Itália, com seu sistema inquisitório misto, a disciplina das provas irrepetíveis é orientada tanto pela busca da verdade substancial quanto pelo respeito aos direitos processuais, o que leva a um tratamento específico no âmbito das investigações preliminares.

Já na Alemanha, cuja tradição jurídica é marcada pelo rigor no tratamento das provas e pela forte influência dos direitos fundamentais, a admissibilidade e a valoração das provas irrepetíveis, embora não utilize desse conceito, se baseiam em critérios estritos de proporcionalidade.

No Brasil, por sua vez, o sistema jurídico apresenta uma abordagem híbrida, incorporando elementos tanto inquisitórios quanto acusatórios, e encara o desafio de adaptar as garantias constitucionais ao tratamento dessas provas no processo penal.

A análise comparada dos sistemas jurídicos da Itália, Alemanha e Brasil permite entender como cada país aborda a questão da admissibilidade e valoração das provas irrepetíveis, bem como os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais dos acusados.

3.1. Itália

O *Codice de Procedura Penale* divide o processo criminal italiano em três etapas, iniciando pelas *indagini preliminari* (investigações preliminares), passando à *udienza preliminari* (audiência preliminar) e, por fim, o *dibattimento* (audiência de debates orais e julgamento). As primeiras assemelham-se ao inquérito policial brasileiro uma vez que, na fase de investigações, o objetivo é angariar elementos informativos para fundar uma possível acusação formal. Na Itália, tais atividades são conduzidas pelo Ministério Público, com o auxílio da polícia judiciária, e fiscalizadas por um juiz de direito (*giudice per la indagini preliminari*), que observa a preservação dos direitos fundamentais do suspeito e a legalidade dos atos produzidos nesta etapa do processo.

A segunda etapa concerne à audiência preliminar que visa a apreciação das fontes de provas coletadas até então e a decisão sobre a requisição de ação penal pelo Ministério Público; o *GIP* (juiz da audiência preliminar) também é competente para decidir, na fase anterior, acerca das medidas cautelares e da requisição de incidente probatório.

Ao final, em um debate público, as novas provas documentais, orais e técnicas são submetidas ao contraditório das partes e ao exame cruzado, excetuadas as que se formaram anteriormente, em incidente probatório.

De modo peculiar, na Itália são formados três autos independentes com o material probatório produzido na fase inicial, cada um com uma finalidade processual. Um destina-se ao Ministério Público, contendo informações que não poderão ser valoradas pelo julgador, a não ser que sejam anexadas ao processo na fase final. Por sua vez, compõem os autos da defesa todo conteúdo das investigações preliminares defensivas e da ata dos atos levados a cabo pela acusação. Enquanto os terceiros autos formam o arquivo das provas a serem utilizadas em julgamento (*fascicolo per il dibattimento*) cujo conteúdo conta com a decisão do recebimento da denúncia, o rol de testemunhas e as provas não repetíveis e/ou antecipadas¹⁹⁶.

Denota-se que apesar do sistema processual penal adotado na Itália ser do tipo acusatório misto encontra certa convergência com o sistema brasileiro, já que naquele as investigações preliminares também são, em regra, sigilosas¹⁹⁷ e há o transporte das provas

¹⁹⁶ DI MARTINO; PROCACCIANTI, 2010: 367.

¹⁹⁷ O sigilo nas investigações pode ser decretado, por iniciativa do Ministério Público, por um período não superior a 3 meses no caso de crimes comuns, ao passo que em outros, de interesse social deliciado, o sigilo pode perdurar até o término das investigações, quando, então, deve se dar conhecimento à parte investigada, ao menos.

não repetíveis e/ou antecipadas da fase preliminar para a de instrução, muito embora recebam cuidado especial na legislação italiana.

Assim como no Brasil, a Itália também disciplina a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, fixada no texto do artigo 111 da Constituição¹⁹⁸, e, de forma muito semelhante ao nosso artigo 155 do CPP, dispõe no art. 192 do seu CPPi a garantia do livre convencimento motivado¹⁹⁹. Ainda que a norma garanta ao julgador decidir livremente, a fundamentação deve se embasar no material probatório válido, dentro dos padrões de prova²⁰⁰.

No país europeu em comento, a despeito do sigilo, o suspeito e seu defensor são notificados da existência da investigação e, assim, autorizados a participar de atos desde que, claro, não prejudiquem o trabalho policial. Ademais, almejando respeitar a paridade de armas e a igualdade entre as partes, o legislador italiano concedeu à defesa o direito de conduzir uma investigação particular, do mesmo modo que permitiu requisitar, ao término das investigações da acusação, o que entender pertinente.

Desde a vigência do *Codice Rocco*, de 1930, a Itália direciona seus estudos processuais penais para o procedimento probatório, com clara distinção doutrinária entre as fases de admissão e de aquisição da prova²⁰¹ – conceitos que perduraram pelos códigos subsequentes, para se referir ao complexo procedimento de produção de uma prova.

Para esse peculiar sistema italiano, a fase de admissão é um momento lógico, necessariamente, antecedente ao de aquisição/assunção da prova. Assim, a produção de uma determinada prova deve ser admitida e, então, o juiz deverá adquiri-la, ficando a validade desta condicionada à admissão válida da operação aquisitiva²⁰².

Fabrizio Corbi, antes da promulgação do *Codice di Procedura Penale* de 1988, referiu-se à distinção entre admissão e aquisição probatória como “fases procedimentais distintas no Processo Penal italiano”²⁰³, e fixou requisitos imprescindíveis para a validade na admissão da prova. No entendimento do estudioso, a parte solicita a inclusão de um meio de prova no processo, seja na construção de um dado probatório inteiramente novo,

¹⁹⁸ “[...] *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*”.

¹⁹⁹ “*1. Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*”.

²⁰⁰ CHIAVARIO, 1982: 141.

²⁰¹ CORBI, 1975: 227.

²⁰² Tradução livre do seguinte trecho: “*ammissione e acquisizione sono i termini consecutivi e giuridicamente concatenati d’una figura complessa, alla quale si addice la denominazione “procedimento”: ammessa la prova, sorge a carico del giudice il dovere d’acquisirla; un’ammissione invalida importa l’invalidità derivata dell’operazione acquisitiva*”. CORDERO, 1963: 53.

²⁰³ CORBI, op. cit.: 227-228.

seja para incorporar no próprio processo um dado pré-existente; na sequência, o órgão responsável pela análise da prova decide se aceita o meio de prova e procede à sua assunção, devendo formalizar essa decisão em um ato oficial comunicado às partes²⁰⁴.

Sobrevindo, em 1988, as alterações do novo *Codice*, o plano probatório sofreu sensíveis modificações no que toca ao procedimento anteriormente adotado, o qual passou a ter maior definição das hipóteses de exclusão da prova e de inutilização do material que não tenha sido adquirido e admitido conforme a regra processual.

A norma preservou, contudo, a distinção entre admissão e aquisição da prova, a partir da qual Giulio Ubertis desenhou o procedimento, com ainda maior complexidade, ao separar os momentos de admissão do meio de prova. Leciona o doutrinador que a admissão se encerra com a decisão judicial que pode autorizar a introdução do elemento de prova aos autos, na forma da assunção²⁰⁵, do meio de prova²⁰⁶; ou, sendo negativa a decisão de admissibilidade, a prova não será levada à próxima etapa.

Nesses momentos também é possível distinguir o peso da prova, sendo admitido o meio de prova e, na sequência, sendo “adquirido” o elemento de prova, como leciona Oreste Dominioni²⁰⁷.

Aqui, impende trazer o conceito já apontado no início do trabalho de prova pré-constituída e de prova constituenda, pois, de forma semelhante ao Brasil, essa distinção é de suma importância para os momentos probatórios adotados na Itália. A fase de aquisição destina-se a assegurar as provas pré-constituídas, ao passo que, na assunção, constrói-se o elemento de prova²⁰⁸.

Em outros termos, nesse modelo, que difere do sistema brasileiro, na admissão admite-se a futura produção de determinado meio (veículo) de prova; enquanto na aquisição ou assunção introduz-se a informação, o dado que será apreciado pelo juiz²⁰⁹.

²⁰⁴ CORBI, 1975: 227. Tradução livre do seguinte trecho: “1. *Una richiesta di parte diretta ad ottenere l’ammissione nel processo di un determinato mezzo di prova che consente la costruzione di un dato probatorio non preesistente o l’acquisizione al processo stesso di un dato preesistente. [...]. 2. La decisione dell’organo preposto alla ricerca della prova di ammettere il mezzo di prova e procedere alla sua assunzione, decisione che deve essere formalizzata in provvedimento da portare a conoscenza delle parti.*”

²⁰⁵ Podendo ser tomada como sinônimo de aquisição, com expressa referência ao trabalho de Franco Cordero.

²⁰⁶ UBERTIS, 2015: 122.

²⁰⁷ DOMINIONI, 2018: 268, 273.

²⁰⁸ COMOGLIO, 1990: 126.

²⁰⁹ DOMINIONI, *op. cit.*: 270-273.

3.1.1. “Indagini preliminari”, “udienza preliminare”, incidente probatório e “dibattimento”

O modelo processual italiano, implementado pelo *Codice do Procedura Penale* de 1988, é paradigmático na obtenção e valoração da prova penal tendo como cerne o respeito ao contraditório das partes, que passou a ser essencial para o controle do mérito da acusação e da admissibilidade dos elementos de informação.

Nesse sistema italiano bifásico, tem-se as *indagini preliminari*²¹⁰ como o conjunto de todas as investigações desenvolvidas pelo Ministério Público e pela polícia judiciária²¹¹, fase na qual buscam adquirir elementos para o exercício da ação penal, cujo valor probatório não é suficiente para o julgamento, pois limitam-se à reconstrução do fato, sem observância ao contraditório, com intuito única e exclusivamente de fundar o oferecimento da ação penal e definir o caminho da acusação²¹².

O tratamento dispendido pelo novo código processual italiano demonstra a aspiração pela máxima redução do valor probatório da investigação preliminar a fim de dar plena atuação ao contraditório no momento de formação da prova²¹³.

O artigo 392 do Código de Processo Penal italiano prevê um instrumento processual para aquisição probatória, nomeado incidente probatório²¹⁴, a ser requisitado pela acusação e pela defesa na fase das investigações preliminares²¹⁵, com o objetivo de validar uma prova irrepitível a fim de ser utilizada posteriormente em julgamento²¹⁶.

²¹⁰ “Investigações preliminares” em tradução livre.

²¹¹ “*Le indagini preliminari consistono in investigazioni svolte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.*”. TONINI, 2018: 413.

²¹² SIRACUSANO; SIRACUSANO, 2013: 391.

²¹³ “*Ridurre al mínimo il valore probatorio delle indagini preliminari per dare piena attuazione al contraddittorio nel momento di formazione della prova.*” (LOZZI, 2013: 351).

²¹⁴ “*Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri; d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210; e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b); f) a una perizia o a un esperimento giudiziale, se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile; g) a una ricognizione, quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento*”. (Art 392 do Código de Processo Penal italiano).

²¹⁵ Não é permitido que, de ofício, o juiz promova ou determine a formação do incidente. Apenas o Ministério Público e o suspeito, nas *indagini preliminari*, são legitimados a requerer a produção do incidente (CPPi, art. 392, comma 1). A vítima, se porventura pretender a produção desse específico procedimento, pode requerer ao Ministério Público que dê início ao incidente (CPPi, art. 394).

²¹⁶ TRAMONTANO, 2011: 1149.

Deve, então, ser instaurado o incidente probatório, o qual será realizado em audiência fechada, antecipando-se a produção daquela prova específica²¹⁷, com a participação do juiz, da defesa e da acusação, em contraditório concomitante, sempre que forem verificadas potenciais limitações temporais na produção futura de uma prova identificada como perecível²¹⁸.

Conforme disposto no art. 393, do CPPi, o pedido de instauração do incidente deve se dar dentro do prazo para conclusão das investigações preliminares²¹⁹, “a tempo suficiente para a obtenção de provas antes do término dos mesmos prazos”²²⁰.

Sendo observados os requisitos legais para sua instauração²²¹, especialmente quanto à urgência e relevância, haverá a antecipação da audiência oral, muito embora sem a publicidade dos atos, sempre que a perda da fonte de prova for previsível, mas postergável, a fim de proporcionar a participação da acusação e da defesa na produção da prova.

Requerido e, assim, instaurado o procedimento do incidente probatório, será analisada sua admissibilidade mediante contraditório, com decisão do juiz das *indagini preliminari* e, a depender do cumprimento dos requisitos legais e da fundamentação do pedido, será designada uma audiência *in camera di consiglio*²²² para eventual integração de contraditório na produção da prova em audiência²²³.

Essa fase eventual e excepcional destinada à “aquisição antecipada”²²⁴ de provas no processo penal italiano, disposta em seus artigos 392 a 404, não deve se sobrepor ao momento próprio de produção de provas, em que se tem o ponto alto do contraditório²²⁵,

²¹⁷ METELLO SCAPARONE apresenta uma linha de entendimento diverso sobre o incidente probatório, que não é um procedimento para antecipar a produção da prova, mas que se trataria, na verdade, de “*acquisizione probatoria sicuramente o prevedibilmente non ripetibili in dibattimento, ed il cui risultato no potrà essere sottratto alla cognizione del giudice del giudizio*” (2008: 532).

²¹⁸ TRAMONTANO, *Op. cit.*: 1149.

²¹⁹ Alguns doutrinadores entendem que o pedido para instauração do incidente pode ocorrer na investigação defensiva (SIRACUSANO, D; SIRACUSANO, F. *Op. cit.*: 497). Também no sentido de não restringir a realização do incidente durante as *indagini preliminari*, a Corte Constitucional italiana, na decisão 77/1994, julgou inconstitucional a fixação feita pelo legislador ordinário, nos arts. 392 e 393 do *Codice di Procedura Penale*, e declarou que o incidente probatório pode se dar mesmo em momento posterior ao das *indagini preliminari*, podendo, inclusive, surgir ao longo da audiência preliminar (BIONDI, 2006: 175-182).

²²⁰ “*La richiesta è presentata entro i termini per la conclusione delle indagini preliminari e comunque in tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi termini*” (art. 393, CPPi).

²²¹ TONINI, 2014: 277-281.

²²² “Procedimentos em câmaras” para designar os casos em que o julgamento não ocorre em audiência pública. É uma forma particular de lidar com a questão caracterizada por um ritual simplificado e - geralmente - mais rápido.

²²³ TONINI, 2018: 471.

²²⁴ CORDERO, 2006: 871-872.

²²⁵ CORDERO, 2006: 389.

mas, se existente, refletirá no *dibattimento*, momento em que serão definidas as fontes de produção da prova, inclusive aquelas “assumidas” no incidente probatório²²⁶, podendo restringir a eficácia da prova para o *dibattimento*.

A exemplo do sobredito, caso não haja participação do defensor do investigado no incidente probatório, a prova não poderá ser utilizada no *dibattimento*²²⁷; do mesmo modo, a sentença produzida com base nessa prova não terá eficácia²²⁸.

Denota-se, por fim, que no sistema processual italiano o contraditório postergado é exceção, cabível às provas impostergáveis que teriam frustrada sua produção caso aguardassem o procedimento ordinário ou o incidente probatório.

3.1.2. As exceções ao princípio do contraditório

Dando continuidade ao tema, é condizente ao trabalho uma breve análise acerca das hipóteses que fogem à regra do contraditório no sistema processual italiano, a fim de que se possa comparar posteriormente com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que toca às provas irrepetíveis.

No direito italiano, a partir de uma orientação jurisprudencial, sobreveio, em 1992, a Lei n. 356 que visava regulamentar o uso em julgamento das declarações, prestadas durante as investigações, que se tornaram irrepetíveis por causas supervenientes, compatibilizando com o princípio do contraditório até então absoluto.

Mesmo após múltiplas alterações normativas, sempre com enfoque na garantia ao contraditório, a Corte Constitucional manteve-se resistente aquele conteúdo, aceitando as declarações produzidas na fase preliminar sem observância ao princípio constitucional, sob pretexto de respeito a outro princípio, qual seja, o da “não dispersão das provas colhidas antes da fase de debates”²²⁹.

²²⁶ SIRACUSANO, D; SIRACUSANO, F, 2013: 497.

²²⁷ Art. 403. *Utilizzabilità nel dibattimento delle prove assunte con incidente probatorio. 1. Nel dibattimento le prove assunte con l'incidente probatorio sono utilizzabili soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.*

²²⁸ Art. 404. *Efficacia dell'incidente probatorio nei confronti della parte civile. 1. La sentenza pronunciata sulla base di una prova assunta con incidente probatorio a cui il danneggiato dal reato non è stato posto in grado di partecipare non produce gli effetti previsti dall'articolo 652, salvo che il danneggiato stesso ne abbia fatta accettazione anche tacita.*

²²⁹ O princípio da “não dispersão das provas colhidas antes da fase de debates” nasceu como uma exceção ao princípio constitucional do Contraditório na produção da prova, mitigando, então, o princípio da oralidade. A Corte Constitucional prolatou duas sentenças (254 e 255, ambas de 1992) que validaram a utilização de declarações, prestadas na fase das investigações, por testemunhas e por réus acusadores. A orientação jurisprudencial foi convertida, posteriormente, na Lei n. 356/1992, que previa a possibilidade de

Essa interpretação em desacordo com a Constituição italiana provocou o poder legislativo a elaborar uma emenda constitucional para que o contraditório fosse absoluto na formação da prova.

Muito embora tenha-se fixado o princípio do contraditório como regra no processo penal, o texto final do inciso 5º do artigo 111 da Constituição italiana trouxe três hipóteses excepcionais: *“Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore). La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”*²³⁰.

A primeira das exceções já é bastante controvertida, a ponto de a doutrina italiana questionar sua aplicabilidade, pois não caberia ao acusado renunciar a um direito irrenunciável e, tampouco, o depósito da responsabilidade dessa decisão sobre o acusado, que não conta com conhecimento técnico. Por tais razões, a doutrina passou a interpretar que caberia à defesa, e não ao acusado, decidir sobre o uso da prova produzida na fase de investigação, de modo a reduzir a imprudência do texto legal.

A segunda exceção da exigência do contraditório na produção de provas repousa na denominada “impossibilidade de caráter objetivo”, isto é, quando a irrepetibilidade é gerada por uma causa imprevisível ou, sendo previsível, seja ela impostergável²³¹.

A impossibilidade de caráter objetivo, ao oposto daquela de caráter subjetivo²³², “não deriva de uma escolha voluntária da fonte de prova”²³³, ou melhor, “o termo

leitura de provas produzidas em fases anteriores do processo, dentre as quais aquelas que não pudessem ser repetidas por causas supervenientes.

²³⁰ “O processo penal rege-se pelo princípio do contraditório na formação da prova. Não se poderá fundamentar a culpabilidade do acusado em declarações prestadas por aqueles que, por livre escolha, não tenham se submetido ao confronto com o acusado e seu defensor. A lei regulamenta os casos em que a formação de provas não se dá sob contraditório em razão do consenso do acusado, em razão de demonstrada impossibilidade de caráter objetivo ou em razão de uma conduta manifestamente ilícita” (tradução livre do artigo 111 da Constituição Italiana).

²³¹ TONINI, 2014: 214.

²³² Conduta ativa do acusado, testemunha ou réu acusador que tenha por objetivo, direto ou indireto, a frustração do contraditório na audiência de julgamento. compreende, por exemplo, o exercício da faculdade legitimamente assegurada a parentes próximos do acusado, de absterem-se de depor (Cf. artigo 199 do Código de Processo Penal italiano). UBERTIS, 1992: 339.

²³³ “*Non dovuta ad una scelta volontaria della fonte di prova*”. BECCARIA, 2000: 69.

‘objetiva’, utilizado na norma em questão, parece fazer alusão àquelas causas independentes da vontade alheia, similares a situações de força maior”²³⁴.

A título exemplificativo, a impossibilidade objetiva de repetição da tomada do título declaratório pode decorrer de morte, enfermidade que cause coma ou afete a memória, ou até mesmo uma simples indisponibilidade quando a testemunha não é localizada, enquadrando-se no artigo 512 do *Codice di Procedura Penale*²³⁵. Difere-se, como aponta a Sentença n. 400 da Corte Constitucional italiana, proferida no ano 2000, da “mera incapacidade deduzida pela testemunha de recordar o conteúdo do ato praticado durante as investigações preliminares, situação que pode ser percebida no comportamento processual de uma testemunha que afirma não poder responder por não se lembrar dos fatos ou circunstâncias relatadas em precedência”²³⁶.

Para que seja avaliada a impossibilidade de caráter objetivo, as partes deverão comprovar, perante o juiz, mediante contraditório, a (in)existência dos pressupostos necessários à configuração da ressalva constitucional ao princípio do contraditório, seja ele a “impostergabilidade” da prova irrepitível natural, seja a imprevisibilidade da prova irrepitível superveniente.

Sobre essa questão incidental, o juiz decidirá em concreto se houve cumprimento do requisito da impossibilidade objetiva e valorará sobre a idoneidade do elemento de prova extraído da declaração precedente. O argumento da disposição em análise encontra-se “no intento de evitar que o juiz influencie o método de formação da prova com base em valorações efêmeras, discricionárias, fundadas em elementos que não podem ser individualizados”²³⁷.

Por fim, a última hipótese de exceção ao contraditório não gera grandes debates, sendo compreensível a utilização de uma prova que não foi submetida ao princípio por conta de uma conduta ilícita. Nesse contexto, a conduta ilícita mais óbvia e que representa

²³⁴ TONINI, 2014: 214.

²³⁵ Art. 512. *Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione. 1. Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso della udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.*

²³⁶ “il giudice a quo mostra peraltro di non cogliere la differenza tra oggettiva impossibilità di ripetizione dell’assunzione dell’atto dichiarativo (quale potrebbe derivare da morte, irreperibilità, infermità che determina una totale amnesia del testimone), rientrando nella sfera di applicazione dell’art. 512 cod. proc. pen., e mera incapacità dedotta dal teste di richiamare alla memoria il contenuto dell’atto assunto durante le indagini preliminari, situazione appunto ravvisabile nel comportamento processuale di un testimone che afferma di non essere in grado di rispondere perché non ricorda fatti o circostanze riferiti in precedenza”.

²³⁷ TONINI, 2014: 214.

bem o sentido da norma é o homicídio de uma testemunha justamente para que não depusesse em juízo.

Observa-se, por conseguinte, que no processo penal italiano, as provas violadoras de direitos e garantias constitucionais serão inadmissíveis e, de outro lado, serão inutilizáveis²³⁸ ou anuláveis²³⁹ quando uma ou outra consequência estiver prevista como sanção ao descumprimento de norma processual.

Desse modo, a legislação pode determinar que uma prova específica, mesmo que obtida de acordo com o procedimento legal de produção, não seja admitida em certas situações. Um exemplo disso ocorre quando as provas de fases anteriores do processo podem ser usadas no julgamento apenas em relação ao réu cujo defensor esteve presente durante sua produção, tornando-se inadmissíveis para os demais. Além disso, uma prova que normalmente embasaria uma condenação pode apresentar um vício processual irreparável, tornando-a nula, como no caso de irregularidades no procedimento legal para o reconhecimento do suspeito²⁴⁰.

3.1.3. Provas irrepitíveis: urgência e admissão

Explanadas as hipóteses excepcionais que não se curvam à regra do contraditório real no processo penal italiano, importante debruçar-se sobre a questão controvertida que assenta na urgência da produção da prova de irrepitibilidade natural. Como mencionado alhures, as provas naturalmente irrepitíveis dividem-se, na Itália, em postergáveis e impostergáveis²⁴¹; limitada à estas últimas a autorização para produção de prova sem a utilização do incidente probatório²⁴².

A norma processual penal autoriza, em seu texto do artigo 354²⁴³, a execução de procedimentos investigatórios urgentes, sobre lugares, coisas e pessoas, por meio do

²³⁸ Cf. artigo 191, inciso 1 do Código de Processo Penal italiano (“*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*”).

²³⁹ Cf. artigo 177 do Código de Processo Penal italiano (“*L'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge*”).

²⁴⁰ TONINI, 2002:79-82.

²⁴¹ Sempre que os meios de produção forem postergáveis, ainda que urgentes, deve ser possibilitada a participação da parte investigada e seu defensor, em audiência judicial de antecipação da prova, para um contraditório concomitante; no caso de impostergáveis, por outro lado, os elementos poderão ser utilizados no julgamento, desde que oportunizado o contraditório diferido. DI MARTINO, PROCACCIANTI, 2010: 367.

²⁴² A exemplo das buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc., em que a prova é obtida sem prévia comunicação às partes para que sua produção não seja obstaculizada.

²⁴³ Art. 354. *Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone. Sequestro. 1. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria curano che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo*

contraditório diferido, a fim de garantir as fontes de prova antes do seu perecimento, modificação ou perda, postergando, inclusive, a participação do Ministério Público e, evidentemente, da Defesa, de modo que passa a ser diferido o contraditório.

Outra hipótese prevista é a utilização de meios de investigação invasivos, com prévia autorização e fiscalização judicial, para produção de provas cautelares *stricto sensu*, que se dá de forma sigilosa a fim de não prejudicar o elemento surpresa necessário ao êxito das investigações, sendo esta, inclusive, a justificativa para postergar o contraditório.

Essas provas cautelares, obtidas a partir de buscas, apreensões, inspeções, interceptações telefônicas e/ou tecnológicas²⁴⁴ serão utilizadas no processo penal somente se previamente autorizadas pelo juiz.

Em que pese pareça de fácil percepção a real urgência da produção de uma determinada prova, a discussão doutrinária demonstra o contrário: excetuando as hipóteses óbvias, demanda especial atenção a mensuração da (im)possibilidade de conservação da fonte de prova a tempo suficiente de proporcionar a participação da defesa e do ministério público.

Essa aferição é dificultada pelas normas silentes no que concerne aos critérios (tanto na Itália quanto no Brasil). Se a legislação indicasse as hipóteses de extrema urgência da produção da prova, a ausência da defesa estaria legitimada e, assim, poderia apurar outro momento para que houvesse a sua participação sobre a prova.

stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero. 2. Se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modifichino e il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente, ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose. In relazione ai dati, alle informazioni e ai programmi informatici o ai sistemi informatici o telematici, gli ufficiali della polizia giudiziaria adottano, altresì, le misure tecniche o impartiscono le prescrizioni necessarie ad assicurarne la conservazione e ad impedirne l'alterazione e l'accesso e provvedono, ove possibile, alla loro immediata duplicazione su adeguati supporti, mediante una procedura che assicuri la conformità della copia all'originale e la sua immodificabilità. (1) Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti. 3. Se ricorrono i presupposti previsti dal comma 2, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sulle persone diversi dalla ispezione personale. (2)

²⁴⁴ No caso de urgência, quando houver fundado motivo para se acreditar que o atraso possa pôr em risco as investigações, a ordem para realização de interceptação telefônica pode ser dada pelo Ministério Público, que deverá transmiti-la ao Tribunal nas próximas 24 horas. Em tal situação o Tribunal deverá decidir em 48 horas sobre a validade da medida (se inválida, o resultado probatório não poderá ser usado no processo). Após a transcrição das conversas em *verbale*, este é entregue ao Ministério Público e é aberto prazo à defesa para que tome contato com a prova. A prova é, posteriormente, inserida no processo para o julgamento. O resultado da interceptação não pode servir como prova emprestada, vale dizer, não pode ser usado em outro processo além daquele para o qual foi autorizada a medida, salvo se indispensável para comprovação de um delito pelo qual é obrigatória a prisão em flagrante.

Na Itália, onde prevalece a preocupação com o contraditório, essa verificação se dá por meio da documentação do ato processual, chamada *verbale*²⁴⁵, na qual deve constar, além da documentação escrita, o material audiovisual utilizado no registro das ações policiais²⁴⁶, a reprodução fonográfica ou audiovisual do interrogatório do suspeito detido, especialmente quando produzidas sem publicidade e a participação das partes, sob pena de não serem utilizados²⁴⁷.

Os procedimentos investigatórios efetivamente urgentes²⁴⁸, além dos necessariamente sigilosos, podem/devem ser realizados sem a presença do defensor e do acusado, sendo, da mesma forma, imprescindível o contraditório, aqui, na modalidade diferida. Pode-se dizer, portanto, que as provas cautelares, desde que autorizadas judicialmente, serão contraditadas em momento posterior e, então, validadas.

O artigo 360 do CPP italiano²⁴⁹ disciplina, quando se tratar de prova urgente postergável, sobre a participação dos defensores e eventuais assessores técnicos desde a nomeação do perito técnico até a formulação de quesitos a serem respondidos em relatório pelo *expert*²⁵⁰. O inciso 5 do mesmo artigo é expresso quanto à irrepetibilidade das perícias técnicas e é importante ressaltar que, na hipótese de o suspeito se submeter ao

²⁴⁵ O *verbale* está disciplinado no art. 134, 1, do *Codice di Procedura Penale*: “*Modalità di documentazione. 1. Alla documentazione degli atti si procede mediante verbale e, nei casi previsti dalla legge, anche mediante riproduzione audiovisiva o fonografica (2)*”.

²⁴⁶ Disciplinada no artigo 134, inciso 1, do Código de Processo Penal: “*Alla documentazione degli atti si procede mediante verbale e, nei casi previsti dalla legge, anche mediante riproduzione audiovisiva e fonografica*”.

²⁴⁷ Artigo 141 bis do Código de Processo Penal italiano: “*Modalità di documentazione dell'interrogatorio di persona in stato di detenzione - 1. Ogni interrogatorio di persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza, deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva. Quando si verifica una indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, si provvede con le forme della perizia, ovvero della consulenza tecnica. Dell'interrogatorio è anche redatto verbale in forma riassuntiva. La trascrizione della riproduzione è disposta solo se richiesta dalle parti*”.

²⁴⁸ Artigo 354 do Código de Processo Penal italiano.

²⁴⁹ “*Accertamenti tecnici non ripetibili. 1. Quando gli accertamenti previsti dall'articolo 359 riguardano persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione, il pubblico ministero avvisa, senza ritardo, la persona sottoposta alle indagini, la persona offesa dal reato e i difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici. 2. Si applicano le disposizioni dell'articolo 364 comma 2. 3. I difensori nonché i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve. 4. Qualora, prima del conferimento dell'incarico, la persona sottoposta alle indagini formuli riserva di promuovere incidente probatorio, il pubblico ministero dispone che non si proceda agli accertamenti salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti. 5. Se il pubblico ministero, malgrado l'espressa riserva formulata dalla persona sottoposta alle indagini e pur non sussistendo le condizioni indicate nell'ultima parte del comma 4, ha ugualmente disposto di procedere agli accertamenti, i relativi risultati non possono essere utilizzati nel dibattimento*”.

²⁵⁰ BENEDETTI, 2003: 134-138.

exame nas investigações contra a sua vontade, essa perícia apenas poderá ser utilizada para fundamentar a denúncia, e não uma decisão condenatória²⁵¹.

Por sua vez, ao ser constatado que se tratava de prova urgente postergável, sendo plenamente viável o adiamento, sem prejuízo das verificações técnicas, e ainda assim a defesa e o suspeito não foram notificados, o material decorrente dessas investigações torna-se inutilizável²⁵², pois haveria clara violação à “*informazione di garanzia*”²⁵³.

Essa garantia de participação da defesa assegura o direito de acompanhar um ato durante as investigações que produzirá uma prova irrepitível. Por óbvio, somente as provas que não sejam impostergáveis permitirão essa espera para se efetivar a *informazione di garanzia*.

Como já observado, essa garantia não é irrestrita, sendo restringida aos atos previstos em lei; logo, não havendo expressa previsão, a notificação ocorrerá apenas quando da conclusão das investigações, ao início da ação penal²⁵⁴, sendo diferido o contraditório, para que não prejudique o exame, por exemplo, como dispõe o inciso 4 do artigo 230 do CPP italiano²⁵⁵.

Ao se superar a nebulosidade quanto à urgência da prova e, portanto, a possibilidade de postergação, a norma italiana instrui sobre o tratamento da prova irrepitível, em suas diferentes formas.

O reconhecimento do suspeito, seja pela vítima ou por outra testemunha, um ato informal e urgente, realizado durante as investigações, é considerado pela doutrina uma prova naturalmente irrepitível²⁵⁶, pois, entende-se, que um novo ato apenas seguiria a identificação anterior.

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² ARAÚJO, 2017: 241.

²⁵³ Artigo 369 do CPP italiano: *Informazione di garanzia*. 1. A tutela del diritto di difesa, quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere, il pubblico ministero notifica alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa una informazione di garanzia contenente la descrizione sommaria del fatto, l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate della data e del luogo del fatto e l'invito a esercitare la facoltà di nominare un difensore di fiducia (1).

²⁵⁴ A notificação do suspeito é obrigatória em dois casos: antes do pedido de indiciamento e antes da citação direta para o julgamento.

²⁵⁵ Art. 230. *Attività dei consulenti tecnici*. [...] 4. *La nomina dei consulenti tecnici e lo svolgimento della loro attività non può ritardare l'esecuzione della perizia e il compimento delle altre attività processuali*.

²⁵⁶ “Ocorre infine precisare che tra l'individuazione di persone, svolta dal pubblico ministero durante le indagini preliminari, e la ricognizione non sussiste alcun rapporto di alternatività, cosicché, una volta disposta la prima, non potrebbe mai procedersi alla seconda. Ove, infatti, si seguisse una simile linea interpretativa si sovrapporrebbero surrettiziamente le nozioni di atto non rinviabile e di atto non ripetibile, risultando l'individuazione, come tale, sempre ripetibile (salvo che l'oggetto di esso sia nel frattempo venuto meno) attraverso il mezzo di prova rappresentato dalla ricognizione”. In: TRAMONTANO, 2011: 499-500.

Destarte, considerado como meio de prova, o reconhecimento deve ser realizado exclusivamente na presença de um juiz como manda os artigos 214 e seguintes do CPPi, quer seja durante a audiência preliminar, quer durante a audiência de julgamento ou, face à urgência, em incidente probatório, na etapa das investigações²⁵⁷.

Nesse mesmo norte, discute-se na Itália a possibilidade de utilização das declarações escritas para fundamentar a sentença condenatória, a qual, no entender de Paolo Ferrua, apenas devem ser valoradas como prova quando produzidas com o método do exame cruzado²⁵⁸.

Então, qualquer declaração recolhida unilateralmente será inutilizada como prova no juízo, assim como não terá força para contestar a prova produzida durante o depoimento oral²⁵⁹.

Seguindo o mesmo raciocínio, o art. 512 do CPPi disciplina sobre a leitura de documentos que se tornou impossível a repetição “por fatos ou circunstâncias imprevisíveis”²⁶⁰, ou melhor, de forma superveniente.

A regra do exame cruzado conta, então, com exceções, taxativamente previstas em lei, como a hipótese de irrepitibilidade superveniente. O artigo 195, 3, do *Codice di Procedura Penale*²⁶¹, demonstra a excepcionalidade na utilização de testemunho indireto quando o exame testemunhal direto tenha se tornado impossível em razão de morte, enfermidade ou ausência (“*morte, infermità o irreperibilità*”²⁶²).

Essa “indisponibilidade” também é contemplada pelo legislador em outros dois artigos, a dizer, o art. 512bis e o art. 513, inciso 2, ambos do CPPi. Respectivamente, o primeiro aborda o não comparecimento à audiência de vítimas ou testemunhas residentes

²⁵⁷ No mesmo sentido, a doutrina: “*le ricognizioni, in quanto tali, sono sempre tipiche di fasi caratterizzate dalla presenza del giudice; e al giudice spetta per intero la conduzione delle operazioni*”. CHIAVARIO, 1982: 335.

²⁵⁸ FERRUA, 2012: 2.

²⁵⁹ *Idem*.

²⁶⁰ Art. 512, *Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione*. 1. Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dai difensori delle parti private e dal giudice nel corso della udiienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione.

²⁶¹ Art. 195. *Testimonianza indiretta*. 1. Quando il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. 2. Il giudice può disporre anche di ufficio l'esame delle persone indicate nel comma 1. 3. L'inosservanza della disposizione del comma 1 rende inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità.

²⁶² A fim de afastar qualquer interpretação equivocada, a tradução livre para “*irreperibilità*” é “*indisponibilidade*”.

no estrangeiro, ainda que devidamente citadas²⁶³; e o segundo refere-se à impossibilidade de localização do declarante, que deveria depor como testemunha no julgamento²⁶⁴.

Compreende-se, portanto, que a “*irreperibilità*” pode dar causa à impossibilidade superveniente de repetição da prova, condicionada à prévia investigação para localizar a pessoa desaparecida.

Para além das hipóteses taxativas, a Corte de Cassação italiana tem tratado o suicídio como uma causa de irrepitibilidade superveniente²⁶⁵, ao argumento de que não há intenção do declarante de frustrar o contraditório, o que, nesse caso, recairia na classificação de prova repetível imperfeita, mas seu objetivo é ceifar a própria vida.

A exemplo do tratamento dispensado às provas irrepitíveis, especialmente no que concerne à observância ao contraditório, a norma processual penal italiana regula em seu artigo 238 o empréstimo de provas naturalmente irrepitíveis²⁶⁶, condicionando a sua utilização a três requisitos: 1. a produção tenha se dado em incidente probatório ou em audiência de julgamento; 2. refiram-se ao mesmo acusado; e 3. a indispensável participação do advogado e do acusado na sua produção. A lei faculta, porém, a autorização do uso dessas provas pelo acusado, dispensando os requisitos anteriormente citados.

O especial cuidado com as provas irrepitíveis tem origem da distinção entre as provas constituídas e as extra-constituídas²⁶⁷, como lecionado por Paolo Ferrua, aquelas, formadas no interior da sede processual em sentido *lato*, com a necessária participação das partes ao exercer o direito ao contraditório para produzir declarações de testemunhas e dos acusados, reconhecimentos, confrontos, perícias, experimentos judiciais etc. As

²⁶³ Artigo 512bis: “O juiz, a pedido da parte, pode autorizar, levando em consideração outros elementos de prova adquiridos, que se dê a leitura do verbale das declarações feitas por pessoa residente no estrangeiro, mesmo que resultantes de rogatória internacional se essa, tendo sido citada, não compareceu e somente no caso de ser absolutamente impossível seu exame na audiência de julgamento” (Tradução livre).

²⁶⁴ Artigo 513, inciso 2, segunda parte: “Se não for possível obter a presença do declarante, nem proceder ao exame de nenhum modo, aplicar-se-á a disposição do artigo 512, contanto que a impossibilidade dependa de fato imprevisível ao momento da declaração”.

²⁶⁵ Cass., Sez. I, 22.11.2002, Chivasso, n° 223253.

²⁶⁶ Art. 238. *Verballi di prove di altri procedimenti*. 1. *E' ammessa l'acquisizione di verballi di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento*. 2. *E' ammessa l'acquisizione di verballi di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata*. 2-bis. *Nei casi previsti dai commi 1 e 2 i verballi di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile*. 3. *E' comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili*.

²⁶⁷ As expressões utilizadas no direito italiano são correspondentes às brasileiras constituídas e pré-constituídas, fazendo referência às provas que são produzidas na etapa preliminar e às provas que são produzidas dentro do processo.

últimas, por sua vez, são pertencentes a uma realidade externa ao processo (declarações colhidas durante as investigações, documentos, fotografias, registros em vídeos, impressões digitais)²⁶⁸, cabendo ressaltar que, via de regra, as perícias e os reconhecimentos pessoais são realizados ainda nessa fase preliminar.

3.2. Alemanha

O direito penal germânico desenvolveu-se em grande escala entre os séculos X e XIX, período compreendido pelo Sacro Império Romano-Germânico, quando, então, foram criados códigos penais, com a definição dos crimes e suas respectivas penas.

Em 1532 foi promulgado o *Reichsstrafgesetzbuch* – traduzido livremente como o Código Penal do Reich, que serviu como base para o desenvolvimento do direito penal na Alemanha, com a “racionalização e modernização do pensamento jurídico”²⁶⁹.

Séculos depois, em 1877, surgiu o Código de Processo Penal (*die Strafrechtprozessordnung*) dispendo sobre a organização do sistema processual penal alemão, seguido de inúmeras reformas; assim como, no mesmo ano, foi criada a Lei de Organização Judiciária (*das Gerichtsverfassungsgesetz*), com o intuito de delimitar a atribuição do Ministério Público e dos órgãos de julgamento, sua organização interna e seus princípios particulares²⁷⁰.

A lei supracitada fixou um duplo critério para definir a competência *ratione materiae*: a natureza da infração e a pena imposta²⁷¹. Dessa forma, o juízo comum de primeira instância, chamado *das Amtsgericht*²⁷², é competente para julgar causas cíveis de baixa complexidade, causas de jurisdição voluntária e causas penais. Esse juiz singular (*der Einzelrichter*) profere suas decisões criminais em sentido amplo, por força da atividade monocrática do juiz criminal (*der Strafrichter*) ou por deliberação colegiada do Tribunal de Jurados (*das Schöffengericht*)²⁷³.

²⁶⁸ Tradução livre do seguinte texto: “*prove costituite sono quelle formate all’interno della sede processuale latamente intesa, che include anche l’attività svolta dagli organi inquirenti: dichiarazioni rese da testimoni ed imputati, riconoscimenti, confronti, perizie, esperimenti giudiziari, ecc. Prove precostituite o extra-costituite sono tutte le altre, ossia le prove appartenenti ad una realtà esterna al processo (cose pertinenti al reato, dichiarazioni extraprocessuali, documenti, fotografie, videoregistrazioni, impronte digitali, e, più in generale, qualsiasi accadimento del mondo esterno che possa assumere rilevanza per la prova del fatto imputato).*” (FERRUA, 2017: 65). No mesmo sentido: TONINI; CONTI, 2014: 66.

²⁶⁹ DELMAS-MARTY, 2005: 05.

²⁷⁰ *Ibid.*: 08-09.

²⁷¹ Em razão desses critérios, certas cortes acumulam as funções de primeira e segunda instâncias.

²⁷² Na Alemanha, essa primeira instância é referida por tribunal distrital ou cantonal.

²⁷³ DELMAS-MARTY, 2005: 20.

O juiz natural tem competência para atuar no processo e julgamento de crimes cuja ação penal é privada ou cuja pena privativa de liberdade for igual ou inferior a dois anos. Por sua vez, o Tribunal de Jurados é formado por um juiz de carreira, presidente da audiência de instrução e julgamento e competente para deliberar sobre cautelares, prisão e afins; e, também na formação, dois juízes leigos (*zwei Schöffen*), com voto de mesmo valor do juiz presidente, com acesso aos autos desde que não se corra o risco de serem influenciados pelos motivos que ensejaram as medidas²⁷⁴.

Em nível superior, o Tribunal Estadual/Regional (*das Landgericht*), ao qual o juízo de primeira instância fica subordinado, delimita a competência deste último de forma residual²⁷⁵, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos ao caso concreto²⁷⁶.

Há, ainda, hierarquicamente acima dos anteriores, o Tribunal Regional Superior (*Oberlandesgericht*) e a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*).

3.2.1. As fases do processo penal alemão: “Das Vorverfahren/Ermittlungs”, “das Zwischenverfahren” e “das Hauptverfahren”

A fim de compreender o caminho percorrido até o recebimento de denúncia, é imprescindível tratar dos estágios do processo penal alemão, dividido inicialmente em “processo de conhecimento ordinário” (*ordentliches Erkenntnisverfahren*) e “processo de execução” (*Vollstreckungsverfahren*). O processo de conhecimento, parte que interessa ao trabalho, é subdividido em três fases, quais sejam, a Investigativa, a Intermediária e a Principal.

Na primeira etapa, o procedimento preliminar ou de investigação, previsto no §158 e seguintes do *StPO*, tem suas investigações de inquérito conduzidas pelo Ministério Público, tendo a obrigação de estender suas investigações para aquilo que for também favorável ao suspeito²⁷⁷; ficando alguns dos atos investigativos condicionados à autorização do “juiz da investigação”²⁷⁸, que verificará a regularidade jurídica do ato requerido e será competente pela decretação de “medidas coercitivas”

²⁷⁴ ALBUQUERQUE, 2022: 862-863.

²⁷⁵ “método de subtração” (VOLK; ENGLÄNDER, 2013: 12).

²⁷⁶ Para esse “sistema misto de critério ora concreto, ora abstrato” (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009: 29).

²⁷⁷ Ver artigo §244, II, *StPO*.

²⁷⁸ A figura correspondente no Brasil seria o juiz de garantias (BEULKE, 2020: 211).

(*Zwangmaßnahmen*), tais como a prisão preventiva, o monitoramento de telecomunicação, busca e apreensão, oitiva de testemunhas e peritos de forma cautelar²⁷⁹.

O chamado “Senhor(a) do Processo de Investigação”²⁸⁰, por possuir o “monopólio da acusação” (*Anklagemonopol*), conforme §160 do *StPO*, deve exercer sua atribuição investigativa compreendida em dirigir/coordenar as operações investigativas, interrogar o indiciado e inquirir testemunhas, requerer ao juiz da investigação o que entender urgente (perigo de demora)²⁸¹ e possíveis medidas restritivas; e assegurar o recolhimento das provas suscetíveis de perda²⁸².

Do mesmo modo, a Polícia Investigativa, mais bem aparelhada, também é legítima para dar início ao processo investigativo (§163, *StPO*), sendo igualmente obrigados os agentes da polícia a investigarem infrações penais e tomarem todas as medidas que não possam ser adiadas, sob risco de perecimento dos elementos probatórios. Ainda, também de ofício, cabe ao próprio “Tribunal da Comarca de 1ª instância” impulsionar as investigações²⁸³.

Além da iniciativa de ofício, seja pelo Ministério Público, Polícia ou Juiz, nas hipóteses acima demonstradas, a legislação alemã prevê a iniciativa dos procedimentos investigativos por particulares (*auf Veranlassung von Privatpersonen*), configurando esta última forma como a maioria das deflagrações, por meio de uma “notícia-crime”²⁸⁴.

²⁷⁹ *Der Ermittlungsrichter*, previsto no §162 do *StPO*: (1) Se o Ministério Público considerar necessária a realização de uma investigação judicial, apresenta os seus pedidos ao tribunal local em cujo distrito ele ou a sua sucursal que apresenta o pedido está sediado antes de intentar a ação pública. Se também considerar necessário emitir uma ordem de prisão ou detenção, pode, sem prejuízo das secções 125 e 126a, apresentar também esse pedido ao tribunal especificado na frase 1. O tribunal distrital em cujo distrito essas investigações serão realizadas é responsável pelas audiências e exames judiciais, se o Ministério Público o solicitar, para agilizar o processo ou para evitar encargos para as pessoas afetadas. (2) O tribunal deve examinar se a ação solicitada é legalmente admissível, dadas as circunstâncias do caso. § 3º Ajuizada a ação pública, será competente o tribunal que julgar a matéria. Durante o processo de recurso, é competente o tribunal cuja decisão é contestada. Após a conclusão legal do procedimento, os n.ºs 1 e 2 aplicam-se em conformidade. Após o pedido de reabertura, é responsável o tribunal responsável pelas decisões do processo de reabertura.

²⁸⁰ Ou “senhor do procedimento investigativo”, em alemão: *Herr(in) des Ermittlungsverfahren* é o Ministério Público.

²⁸¹ Exames corporais, em caso de urgência, são ordenados pelo MP. Os §§161, 162, 163 e 165, também tratam da urgência, disciplinando, respectivamente, sobre a necessidade de decisão judicial urgente em casos específicos, a atuação do juiz da investigação, a obrigação das autoridades e agentes da polícia investigar infrações e a tomar todas as medidas que não possam ser adiadas para impedir a ocultação de fatos; a permissão do juiz proceder os atos de investigação judicial em circunstâncias de urgência, mesmo sem requerimento prévio.

²⁸² ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009: 56. MEYER-GOßNER; SCHMITT, 2018: 893. A Alemanha, diferente da Itália, não se refere a essas provas como irrepetíveis.

²⁸³ KINDHÄUSER; SCHUMANN; 2019: 42 e 43. Veja também HERGER, 2013: 88 e 89; HALLER; CONZEN, 2020: 56 e ss

²⁸⁴ O §158 do *StPO* trata de *Strafanzeige* e *Strafantrag*, a rigor, são traduzidos como denúncia/queixa-crime ou requerimento penal. No entanto, para evitar confusão terminológica com os institutos adotados pelo

Segundo Kindhäuser e Schumman, ainda que sejam institutos distintos, ambos são comunicações realizadas perante as autoridades persecutórias com o intuito de examinar a possibilidade de iniciar um processo investigativo com base nas suspeitas que lhes foram dirigidas apontando que foi cometida uma infração penal²⁸⁵, cabendo ao Ministério Público o controle e inspeção dessas comunicações²⁸⁶.

Instaurado o processo investigativo, serão ouvidos vítima, testemunhas, peritos e acusado²⁸⁷; momento em que, a depender da natureza do crime, será inspecionado o local em que o crime fora cometido, com o recolhimento dos instrumentos utilizados para a prática delitiva e análise de documentos pertinentes aos fatos²⁸⁸.

No que toca a esses momentos, o Código de Processo Penal alemão prevê o direito do acusado de estar presente durante o exame judicial²⁸⁹, devidamente acompanhado por seu advogado, e da mesma forma quando se tratar de oitiva do acusado, de testemunhas e peritos; devendo ser oportunizados, ao final, comentários e perguntas às partes. A presença do acusado será obstaculizada se houver risco ao êxito do ato ou da investigação, como um todo²⁹⁰.

No mesmo sentido, o artigo 168d garante o direito de estar presente durante a inspeção judicial, possibilitando que o acusado nomeie seus próprios peritos para que participem do ato de inspeção e investigação.

São também garantias constitucionais e legais do acusado durante o processo investigativo, para além das já citadas: o direito ao silêncio (*Schweigerecht*); o direito de ser ouvido (*Anspruch auf rechtliches Gehör*); o direito ao juiz natural (*Recht auf den*

direito brasileiro optou-se por substituir no texto ambas as expressões por notícia-crime. O primeiro deve trazer o relato de um fato supostamente relevante do ponto de vista criminal; “não possui forma prescrita e nem prazo determinado” (*form und fristlos*), de modo que em caso de uma comunicação oral deve ter o seu conteúdo documentado (§158, Abs.1, *StPO*). O *Strafantrag*, em contrapartida, deve ser apresentado via queixa-crime pela vítima de uma infração penal (§§77 ss. do Código Penal, *StGB*) manifestando o interesse em instaurar o processo penal. O “pedido” (*Antrag*) deve ser apresentado aos órgãos de investigação e pode ser elaborado por escrito ou reduzido a termo (§158 Abs. 2, *StPO*), dentro de um prazo de 3 meses (§77b Abs. 1-2 do *StGB*). (MEYER-GOßNER: 793-ss).

²⁸⁵ KINDHÄUSER; SCHUMANN: 2019: 42.

²⁸⁶ Na prática, a notícia é diretamente levada à polícia, que endereça ao Ministério Público um relatório final (*der Schlussbericht*) resumindo os atos investigativos e as provas coletadas (§160, *StPO*).

²⁸⁷ Tecnicamente, utiliza-se a terminologia “acusado em sentido estrito” (*Beschuldigter im engeren Sinne*) enquanto perdurar o Processo de Investigação. O termo “denunciado” (*Angeschuldigter*) é destinado para a hipótese em que o Ministério Público já ofereceu a inicial acusatória. Emprega-se a expressão “réu (*Angeklagter*)” quando aberto o Processo Principal, oportunidade em que ocorre a “audiência de instrução” (*Hauptverhandlung*). (SCHROEDER, 2007: 68)

²⁸⁸ HEGER, 2013: 90.

²⁸⁹ “Exame judicial” faz referência ao interrogatório e oitiva de testemunhas, peritos (§168c, *StPO*).

²⁹⁰ A exemplo da testemunha que se sinta intimidada pela presença do acusado, prejudicando seu depoimento.

gesetzlichen Richter); o direito à defesa criminal (*Recht auf Strafverteidigung*); o direito a um tradutor (*Recht auf Dolmetscher*); o direito à informação (*Informationsrecht*)²⁹¹; o direito a requerer a prova (*Anspruch auf Beweisantrag*); o direito de presença (*Anwesenheitsrecht*).

O Processo de Investigação encerra-se por meio da propositura da ação penal pública (*Erhebung der öffentlichen Klage*) ou pelo arquivamento (*Einstellung*)²⁹², ainda que seja possível posteriormente a reabertura (§153, *StPO*), exaurindo-se a competência funcional do juiz da investigação com a decisão protocolizada de encerramento das investigações por parte do Ministério Público e eventual propositura da ação penal contra o denunciado (*der Angeschuldigte*) perante o Tribunal de Estado²⁹³.

Dá-se, então, início à fase intermediária (*zwischenverfahren*), disciplinada nos §§ 199 a 211, *StPO*, situada entre a propositura da ação penal pelo Ministério Público e a decisão de recebimento da denúncia, determinando, após exercer sua “função de filtro”²⁹⁴, se haverá abertura do Processo Principal (*Hauptverfahren*)²⁹⁵.

A decisão do Ministério Público no que toca à propositura da ação penal será analisada, passando pelo crivo de validade dos atos de persecução e suficiência do conteúdo do inquérito²⁹⁶, e, na sequência, o juiz presidente deverá, em audiência fechada, dar ciência ao acusado e constar suas impugnações e esclarecimentos acerca dos elementos de prova existentes²⁹⁷. Esse mesmo juiz poderá nomear um defensor e, de ofício²⁹⁸, complementar as informações ou provas.

²⁹¹ O investigado tem o direito de ser devidamente informado sobre o processo ao qual responde.

²⁹² §170, *Abs. 2, StPO*

²⁹³ BEULKE, 2020: 212-213; HEGER, 2013: 93.

²⁹⁴ Processo Intermediário possui uma “função de filtro” (*Filterfunktion*), sobretudo, porque não se deve sobrecarregar nem o denunciado e nem o Estado com a abertura de uma instrução criminal supérflua. KINDHÄUSER; SCHUMANN, 2019: 64. Roxin e Schünemann utilizam a expressão “função de controle negativo”, a saber: “*Die hauptsächliche Bedeutung des Zwischenverfahrens liegt in seiner negativen Kontrollfunktion.*” – Cf. ROXIN, SCHÜNEMANN, 2009: 333.

²⁹⁵ HEGER, 2013: 115-116.

²⁹⁶ Os “estágios do processo” (*Verfahrensstadien*) e os “graus de suspeitas” (*Verdachtsstufen*) que podem recair sobre o investigado, o que está atrelado à “densidade probatória” (*Beweiskraft*) exigida para a abertura da ação penal. MEYER-GÖBNER; SCHMITT, 2018: 961.

²⁹⁷ SCHNEIDER, 2013: 1203.

²⁹⁸ §221, *StPO*.

Aberta a instrução criminal, dá-se início à fase principal²⁹⁹, que passará por duas etapas: a de preparação da audiência principal (*Vorbereitung der Hauptverhandlung*) e a de execução da audiência principal (*Durchführung der Hauptverhandlung*)³⁰⁰.

No correr da preparação há possibilidade de produção antecipada de provas (§223, *StPO*) no caso de doença, enfermidade ou qualquer outro obstáculo intransponível que, a longo prazo, venha a impedir que uma testemunha ou perito compareça à audiência principal, sendo designado um juiz pelo tribunal para o respectivo interrogatório.

Por sua vez, durante a audiência de instrução, tida como o “cerne do processo penal” (*das Kernstück des Strafprozesses*), os fatos serão esclarecidos para compreensão da verdade, sendo assegurada a defesa do réu e, por consequência, um julgamento justo.

No correr das fases de investigação e intermediária, colhem-se evidências e esclarecimentos preliminares, contudo, é no ato da audiência de instrução em que se produzirão provas com valor decisório (*alleinige Grundlage der Entscheidungsfindung*)³⁰¹, conforme disposto na literalidade do §261 do *StPO*³⁰².

Significa dizer que o veredito terá, necessariamente, origem do “epítome da audiência de instrução” (*Inbegriff der Hauptverhandlung*³⁰³), podendo ser utilizado como meio de convencimento tudo o que seja relevante no bojo da audiência de instrução desde o chamamento ao feito, perpassando pelas alegações finais até a concessão da última palavra ao réu³⁰⁴, respeitando o contraditório em todas essas etapas, com a presença do acusado para que exerça seu direito de ser ouvido e solicitar a produção de provas.

Deverá ser respeitado o prazo máximo de 11 dias, contados do encerramento dos debates, para a prolação da sentença, que se dará a partir da livre apreciação das provas³⁰⁵, às portas abertas, sob o “controle público” (*Kontrolle der Öffentlichkeit*)³⁰⁶.

E, assim que proferida a sentença condenatória, cabe impugnação por meio do recurso legal; não havendo manifestação de qualquer das partes, os autos transitam em

²⁹⁹ A etapa principal é disciplinada a partir do §212, *StPO*, no qual prevê a discussão do status do processo com as partes, passando, nos próximos artigos, sobre a designação de audiência, intimação das testemunhas e do acusado, da notificação do advogado de defesa, produção de provas *ex officio*, caso necessário (§§213 a 225a, *StPO*). OS §§226-275, *StPO*, tratam especificamente sobre a audiência principal.

³⁰⁰ ROXIN, SCHÜNEMANN, 2009: 323.

³⁰¹ Em tradução livre “única base para a tomada de decisões”.

³⁰² KINDHÄUSER; SCHUMANN, 2019: 39.

³⁰³ Artigo 261.º Princípio da livre apreciação das provas pelo juiz: Cabe ao tribunal decidir sobre o resultado da obtenção de provas a seu critério e a condenação com base em todo o conteúdo da audiência. (Tradução livre).

³⁰⁴ BVerfG DAR 92, 253 [N]; BGH 11, 74.

³⁰⁵ §261, *StPO*.

³⁰⁶ ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009: 344.

julgado, momento em que se encerra o “processo de conhecimento” (*Erkenntnisverfahren*) e se inicia o processo de execução.

3.2.2. A produção probatória e as provas urgentes

No direito alemão, o princípio da livre apreciação das provas pelo juiz não é irrestrito, curvando-se o julgador à necessária justificação da sua decisão, vedado, evidentemente, o desrespeito às regras processuais – a exemplo do direito ao silêncio não poder causar prejuízos ao acusado – e aos conhecimentos científicos unanimemente reconhecidos³⁰⁷. Em outros termos, a íntima convicção do juiz é, no sistema processual penal alemão, muito mais racional que subjetiva.

A limitação do poder julgador tem explicação na aspiração de reduzir decisões arbitrárias, especialmente ante a atuação ativa do juiz na produção probatória preparatória, quando da abertura da instrução criminal, muito embora esse mesmo juiz, que teve contato com a investigação, será competente para julgar o acusado. Esse envolvimento do magistrado coloca em xeque a imparcialidade decisória, formada no prejudgamento³⁰⁸.

A aquisição de provas (*Herbeischaffung der Beweismittel*) é de responsabilidade do promotor, que deve assegurar que os elementos probatórios sejam apresentados³⁰⁹; por outro lado, a fim de proporcionar a paridade de armas, é possibilitado ao réu a formalização de requerimento de provas perante o tribunal e, sendo deferido, o Ministério Público é comunicado³¹⁰.

Devem ser respeitados, ainda, os princípios da oralidade (*Mündlichkeit*) e da imediação (*Unmittelbarkeit*), o que resulta na necessária repetição de todas as provas na fase principal.

Cabem, porém, duas exceções aos princípios supramencionados, sendo dispensada a obrigatoriedade probatória de: a) um elemento de notoriedade pública (*die offenkundige Tatsache*), como a referência a fatos históricos³¹¹; b) um elemento jurídico quando provenientes os fatos da cultura judiciária ou universitária (*die gerichtskundige Tatsache*)

³⁰⁷ DELMAS-MARTY, 2005: 48.

³⁰⁸ ROXIN, SCHÜNEMANN, 2009: 339.

³⁰⁹ §214, Abs. 4, *StPO*

³¹⁰ §219, Abs. 1 e 2, *StPO*.

³¹¹ §244, II, *StPO*

dos tribunais³¹². Estes últimos não se confundem com os elementos de conhecimento pessoal do magistrado, sobre os quais a decisão não pode se fundar.

A exigência de imediatismo³¹³ é observada tanto no plano formal como no material. O imediatismo formal estipula que o próprio tribunal colhe as provas necessárias e obtém assim uma impressão “imediate” das mesmas, ou seja, a obtenção de provas não deve ser efetuada por terceiros, como um “juiz requerido/designado” (*ersuchter Richter*). O juiz requerido/designado é aquele que, para efeitos de obtenção de provas, foi encarregado por outro tribunal para realizar um determinado procedimento probatório, geralmente, o interrogatório de uma testemunha.

A possibilidade de designar um juiz desta forma foi criada por razões de economia processual, com o intuito de evitar, por exemplo, que a testemunha se desloque para um tribunal distante. Portanto, do ponto de vista formal, impõe-se que, em princípio, as evidências sejam colhidas pelo próprio juiz do tribunal competente para o julgamento do feito e não pelo magistrado requerido/designado.

No entanto, o próprio *StPO* autoriza, excepcionalmente, a designação de magistrado, consoante dispõe o §223 na norma processual penal, ao que se equipara à prova antecipada no Brasil, para colher depoimento de uma testemunha ou um perito que, em razão de “uma doença, uma enfermidade ou outros obstáculos intransponíveis, seja impedido, por um período mais longo ou indeterminado, de comparecer à audiência de instrução³¹⁴. A mesma regra excepcional aplica-se quando não for razoável esperar que uma testemunha ou um perito compareça devido à grande distância geográfica, podendo ser ouvido(a) por outro juiz mais próximo³¹⁵.

Já sob a ótica material, de acordo com o princípio da imediatidade, as provas disponíveis não podem ser trocadas pelos chamados “substitutos de prova” (*Beweissurrogate*³¹⁶). Os substitutos de prova são elementos de prova cujo objeto é nada

³¹² DELMAS-MARTY, 2005: 47.

³¹³ Previsto nos §§244, 250 e 261 do *StPO*.

³¹⁴ § 223 *Vernehmung durch beauftragte oder ersuchte Richter. (1) Das Gericht kann die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter anordnen, wenn Krankheit oder Gebrechen oder andere unüberwindliche Hindernisse ihn für einen längeren oder unbestimmten Zeitraum am Erscheinen in der Hauptverhandlung hindern.*

³¹⁵ As modernizações tecnológicas resolveram o impasse da dificuldade ou impossibilidade de comparecimento por conta da distância, mas ainda é pertinente para as hipóteses em que a tecnologia não é acessível à testemunha ou perito.

³¹⁶ Também traduzido como “substituto de evidências”.

mais que o resultado de outro elemento de prova, valendo-se como um simples indício de prova, mas não uma evidência em si³¹⁷.

No mesmo sentido, ao garantir a ambas as partes a publicidade dos debates (com exceções previamente estipuladas³¹⁸) e a oralidade, tem-se como reflexo a proibição de utilização na fase de julgamento das declarações do acusado ou de testemunhas que tenham sido tomadas pela Polícia ou pelo Ministério Público. As ressalvas à proibição encontram lugar na possibilidade de substituição da oitiva de uma testemunha em juízo pelas declarações obtidas cautelarmente em caso de ausência, doença, morte, distância, doença mental ou quando o Ministério Público ou o acusado assim consintam³¹⁹. Já as declarações tomadas na fase investigativa, perante o Ministério Público ou seus policiais auxiliares, somente poderão ser lidas durante a audiência judicial se houver concordância entre o membro do Ministério Público, o defensor e o acusado, e se tratar necessariamente de causa de superveniência na irrepetibilidade face ao falecimento ou qualquer outra impossibilidade de novo depoimento³²⁰.

De outra senda, é veementemente vedado o uso de declarações anteriores quando houver expressa manifestação da testemunha pelo direito de não ser ouvida em audiência³²¹; nesses casos, é ouvido no lugar o juiz que colheu o depoimento dessa testemunha que recusou prestar novo depoimento.

Veja-se que o processo penal alemão, na esfera probatória, é regido pelo princípio da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*), no qual a íntima convicção

³¹⁷ KINDHÄUSER, SCHUMANN, 2019: 254 e 272.

³¹⁸ Como a segurança do Estado, interesse de menores, proteção da ordem pública e dos bons costumes) ou ainda, segundo valoração do tribunal no caso concreto (desrespeito à Corte etc.).

³¹⁹ § 251 *Urkundenbeweis durch Verlesung*. (1) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten kann durch die Verlesung des Protokolls einer anderen Vernehmung oder eines Dokuments ersetzt werden, das eine von ihm oder ihr stammende Erklärung enthält. 1. wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagter hiezu ihre Zustimmung geben; 2. wenn die Verlesung lediglich der Bestätigung des Geständnisses des Angeklagten dient und sowohl der Angeklagte, der keinen Verteidiger hat, als auch der Staatsanwalt hiemit einverstanden sind; 3. wenn der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben ist oder aus einem anderen Grund innerhalb absehbarer Zeit nicht vom Gericht vernommen werden kann; 4. soweit sich die Urkunde oder das Dokument auf das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens bezieht. (2) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten kann auch durch die Verlesung des Protokolls über seine frühere Vernehmung durch einen Richter ersetzt werden, wenn 1. Krankheit, Gebrechen oder andere unüberwindliche Hindernisse den Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten für einen längeren oder unbestimmten Zeitraum am Erscheinen in der Hauptverhandlung hindern; 2. dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen der Bedeutung seiner Aussage und der großen Entfernung nicht zugemutet werden kann; 3. Staatsanwalt, Verteidiger und Beschuldigte geben ihre Zustimmung zur Verlesung.

³²⁰ DELMAS-MARTY, 2005: 40.

³²¹ §252, *StPO Verbot der Verlesung von Protokollen nach Aussageverweigerung*. Die Erklärung eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht bis zur Hauptverhandlung keinen Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden.

do juiz se forma, além das provas produzidas em audiência, com elementos de prova suscetíveis de influenciar sua decisão, podendo ser conduzido pelo conteúdo da leitura de depoimentos anteriores que, porventura, substituíram a oitiva de uma testemunha, de um cúmplice ou de um *expert*, muito embora o artigo 261 seja claro quanto à necessária formação da decisão a partir do conteúdo da audiência³²².

O mesmo entendimento aplica-se ao interrogatório judicial do indiciado (*der Beschuldigte*) e ao testemunho colhido sob juramento, considerado uma prova antecipada, desde que devidamente protocolado, na audiência de instrução e julgamento do tribunal competente³²³.

Os meios de prova (*die Beweismittel*), relevantes para contextualizar o valor da prova no sistema processual penal alemão, contemplam dois tipos na produção probatória. A dicotomia separa a “prova estrita” (*Strengbeweis*) da “prova livre” (*Freibeweis*). Naquela, a formalidade rigorosa exigida pela lei na sua produção delimita as circunstâncias relevantes para compreensão do crime, conclusão da culpa do infrator e definição do montante da pena, limitando-se às provas testemunhais (*Zeugen*)³²⁴, as periciais” (*Sachverständigen*)³²⁵, documentais (*Urkunden*)³²⁶ e “inspeccionais” (*Augenschein*)³²⁷.

Ao passo que o instituto da “prova livre” possui função residual, de modo que a obtenção e administração têm sua forma à critério de apreciação soberana do julgador de mérito, conforme entender necessário³²⁸. Ainda que livre, não o é em plenitude, já que se curva às regras legais que a limita a cinco modos: 1. oitiva do acusado (*der Anklagte*); 2. oitiva das testemunhas (*die Zeugen*); 3. oitiva dos peritos (*die Sachverständigen*); 4. inspeções *in locu* (*der Augenschein*)³²⁹; 5. documentos (*die Urkunden*)³³⁰. Estes dois últimos tipos são considerados meios de prova "objetivos" (*die Sachlichen Beweismittel*).

³²² § 261, *StPO Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Es obliegt dem Gericht, auf der Grundlage des gesamten Inhalts der Verhandlung nach pflichtgemäßem Ermessen über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu entscheiden und eine Überzeugung zu entwickeln.*

³²³ MEYER-GÖBNER; SCHMITT, 2018: 895.

³²⁴ §48, *StPO*.

³²⁵ §72, *StPO*.

³²⁶ §249, *StPO*.

³²⁷ §86 ss., como, por exemplo, a identificação de cadáver previsto no §88), todos do *StPO*.

³²⁸ ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009: 161-162.

³²⁹ Os §§ 86 a 92, *StPO*, tratam respectivamente da inspeção judicial, do exame de necropsia, identificação do falecido antes da autópsia, extensão da autópsia, autópsia do recém-nascido, exame de cadáver por suspeita de envenenamento e parecer sobre suspeita de falsificação de moeda ou de selos oficiais. O texto dos artigos nada falam sobre a participação do acusado e/ou seu advogado; com ressalva ao dispositivo que o cadáver deverá ser mostrado ao acusado para efeitos de identificação (§88, *StPO*).

³³⁰ §§ 249 a 256, do *StPO*.

Ante a liberdade na sua formação, a prova livre é destinada apenas para a tomada de certas decisões no curso do procedimento, a exemplo da abertura da fase de julgamento ou a recusa em ordenar a expedição de mandado durante as investigações³³¹.

O magistrado, da fase principal fará uso do princípio da livre apreciação das provas (*der Grundsatz der freien Beweiswürdigung*), observando, claro, a formação da prova e a sua natureza. Enquanto o juiz da investigação, durante o período de sua competência, exerce o controle das atividades investigativas e a proteção jurídica preventiva dos direitos fundamentais, especialmente quando se tratar de provas em situação de perigo de demora.

Quando houver urgência na coleta de determinada prova, sem possibilidade de solução imediata por meio de requerimento regular e protocolo da decisão judicial, a exemplo de inexistência ou indisponibilidade do serviço de plantão, o Ministério Público poderá determinar e executar medidas incisivas que afetem garantias individuais, desde que autorizadas judicialmente, pelo juiz da investigação, dentro do prazo de três dias úteis.

Em situação semelhante de perigo de demora, agora derivada da falta de pronto acesso à Promotoria de Justiça ou de sua não localização imediata, o juiz da investigação poderá, de ofício ou mediante representação da Polícia Investigativa, ordenar a realização de medidas investigativas ou coercitivas. Entre essas medidas, destacam-se a inquirição judicial de testemunha e a prisão preventiva do indiciado no local em que se encontra, quando houver risco concreto de que a detenção posterior não seria mais viável – conforme a diretriz da Corte Federal de Justiça (Alemanha, 2010). Após essas ações iniciais, as demais deliberações competirão à Promotoria de Justiça.

3.3. Brasil

O sistema processual penal brasileiro tem suas raízes na tradição jurídica europeia, particularmente no direito português, que influenciou profundamente a legislação do Brasil-Colônia e, posteriormente, a legislação nacional. Durante o período colonial e imperial, o processo penal brasileiro seguia um modelo predominantemente inquisitorial, marcado pela concentração de poderes nas mãos do magistrado e pela limitada participação das partes na condução do processo. Esse modelo, inspirado no direito

³³¹ DELMAS-MARTY, 2005: 44 e 45.

canônico e nas Ordenações Filipinas, conferia pouca ênfase às garantias individuais, priorizando a busca da verdade material acima de outros valores.

Com a Proclamação da República, em 1889, o Brasil iniciou um processo gradual de modernização de suas instituições jurídicas. O Código de Processo Criminal de 1832, que vigorou por quase um século, foi uma tentativa inicial de introduzir maior participação das partes e certo controle judicial sobre as investigações, mantendo ainda suas características inquisitoriais.

A Constituição de 1891 trouxe inovações, como a previsão do *habeas corpus*, que se tornaria um marco no fortalecimento das garantias individuais.

Já em 1941, o Código de Processo Penal, o qual se mantém em vigor atualmente, ainda que constantemente atualizado com novas alterações legislativas, representou um divisor de águas, consolidando um modelo híbrido ao combinar elementos do sistema inquisitorial e do sistema acusatório. Embora trouxesse avanços, como a distinção entre as fases de inquérito e do processo judicial, ele ainda refletia uma forte influência do Estado autoritário da época, com poderes concentrados na figura do juiz e menos protagonismo para as partes, especialmente para a defesa.

Ao ser estruturado em fases bem delimitadas, com a divisão entre o inquérito policial e a fase judicial, observa-se o intuito do legislador em equilibrar a eficácia das investigações e a preservação dos direitos fundamentais dos investigados. Porém, essa separação acabou por concentrar o viés garantista apenas nos autos processuais, uma vez que a etapa administrativa, inquisitiva, limita-se, em tese, à coleta de elementos informativos, sendo preservada a regra constitucional do contraditório somente na etapa judicial, em que as provas são apresentadas, debatidas e valoradas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A partir da segunda metade do século XX, e sobretudo após a Constituição de 1988, o sistema processual penal passou por profundas transformações, a exemplo da introdução dos princípios fundamentais que moldaram o processo penal moderno, tais como a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Esses princípios fortaleceram o modelo acusatório, restringindo os poderes do juiz na fase de investigação e destacando o papel do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública.

Nas últimas décadas, o Código de Processo Penal foi sendo alterado para alinhar-se às exigências de um sistema mais garantista, incluindo a reforma de 2008, que reforçou o contraditório na produção antecipada de provas e alterou dispositivos relacionados à

prisão cautelar; e a Lei 13.964/2019 (conhecido como "Pacote Anticrime"), que introduziu o juiz de garantias para separar funções de investigação e julgamento, em que pese sua implementação tenha se dado parcialmente ao texto original do projeto.

Aspectos como a ilicitude das provas, a relativização de confissões isoladas e a ampliação das prerrogativas defensivas têm sido foco de debate, visando equilibrar a eficácia punitiva com a proteção das garantias individuais. Essa evolução também se manifesta na crescente valorização de métodos científicos de obtenção de provas, como exames periciais e tecnologias digitais, que coexistem com os desafios éticos e processuais inerentes ao seu uso.

3.3.1. A validação probatória e a iniciativa do magistrado na produção de provas

A partir das lições italianas, sistema no qual há distinção entre o momento de admissão e o de aquisição da prova, para o cenário brasileiro, aquela primeira fase do Direito Processual Penal italiano muito se aproxima da fase de proposição de determinado elemento de informação.

Como já visto, o modelo italiano utiliza dessa etapa como um filtro de admissibilidade do que poderá ser utilizado nos autos processuais, correspondendo ao que no Brasil é tratado como uma decisão positiva de autorização de futura produção de determinado meio de prova³³², a qual é requerida em momento específico para tanto. Em outra etapa, a assunção (ou aquisição) da prova no direito italiano equivale à fase de produção probatória no procedimento probatório brasileiro, momento em que o juiz tem contato com a prova, não havendo na doutrina do país latino-americano a fase de aquisição, mas sim a referência à realização do ato probatório.

No Brasil, por sua vez, a informação no campo do processo penal para adentrar por meio da prova conta com seus momentos próprios, todos preclusivos, sendo eles: 1. requerimento, 2. deferimento, 3. produção e 4. valoração. Conforme previsão do §1º, do artigo 400, do CPP, o juiz pode indeferir por entender irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Isto posto, é necessário fazer uma conexão entre a produção probatória existente no sistema brasileiro com a atuação do juiz na angariação de provas, para além da admissão e valoração.

³³² ROCA, 2013: 72.

Como visto, o *standard* probatório é “a diretriz antecedente pela qual se valorará a prova produzida no processo penal, indicando-se os critérios (necessários, suficientes, em geral indutivos) pelos quais se considerará ‘provada’ a pretensão”³³³ de uma das partes, no sentido de convencer cognitivamente o julgador da versão que direcionará a um determinado sentido decisório.

A partir da produção em conformidade às regras processuais e constitucionais, as provas tidas como lícitas serão objeto de valoração em contraditório efetivo para que, posteriormente, sejam utilizadas como motivação e fundamentação da decisão judicial³³⁴, conforme princípio do livre convencimento motivado.

Em cada prova, seja ela pericial, testemunhal, reconhecimento etc., o *standard* exige um grau de confirmação cuja regulação oscila a partir do “fundamento cognoscente das leis causais que conectam as provas com as hipóteses, a solidez epistemológica das provas, o número de passos inferenciais que separam as provas das hipóteses, a quantidade de provas e confirmações, pois a variedade de provas propicia uma imagem mais completa dos fatos”³³⁵.

Destarte, a fim de atingir a plena capacidade, a prova submete-se a critérios, divididos em três momentos: 1. A verificação do cumprimento às regras que fixam os limites legais de produção probatória; 2. A garantia ao princípio do contraditório sobre as provas produzidas, de forma efetiva, e não “dissimulada”, com força a influenciar/alterar a decisão do julgador; e 3. A relação existente entre os elementos de prova apresentados em um processo e as conclusões jurídicas que decorrem dessas provas na formulação da imputação³³⁶.

Ao passar pelo crivo de validade da prova que fora produzida pelas partes, deve-se observar a permissão legal de produção probatória pelo próprio julgador, que, a depender do sistema, detém uma postura ativa, passiva ou supletiva³³⁷. O posicionamento do juiz, seja no instituto da *common law* ou na *civil law*, não deve se sobrepor às atuações da acusação ou da defesa, cada qual com sua linha argumentativa e conjunto probatório.

³³³ ROSA, 2020: 653.

³³⁴ Ibid.: 654.

³³⁵ FERNANDES, 2019: 110.

³³⁶ ROSA, 2020: 654.

³³⁷ KNIJNIK, 2001: 10.

Caso contrário, o protagonismo judicial remeteria ao ultrapassado modelo inquisitorial, distanciando o juiz do seu lugar de receptor da prova³³⁸. Evidente que cabe ao julgador a complementação, a fim de elucidar os pontos que restaram nebulosos, como autoriza, por exemplo, o parágrafo único, do art. 212, do CPP³³⁹; autorização esta que não vai de encontro com o texto do novo art. 3º-A, do mesmo dispositivo legal que, *in litteris*, veda “a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

É essencial, aliás, que o magistrado compreenda na plenitude as questões apresentadas pelas testemunhas em audiência, podendo formular perguntas complementares, seguindo, portanto, uma das vertentes apresentadas pelas partes como tese, desde que não assuma a posição de uma das partes e respeite o conjunto probatório produzido: sendo-o insuficiente para uma condenação, o princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer³⁴⁰. Outro extremo, no qual o juiz adotaria postura ativa, a oitiva de testemunha se daria de ofício, não arrolada pelas partes, ou mesmo a inquirição inicial por parte do magistrado, com perguntas tendenciosas; a requisição de novos documentos e alguma outra diligência não requerida por qualquer uma das partes também representa esse ativismo pelo magistrado.

A postura suplementar do julgador pode surgir da necessidade de afastar a dissonância cognitiva, como se observou do experimento do jurista alemão Schünemann, ao fazer perguntas apenas que corroborem a decisão que fora tomada preliminarmente a partir de suas convicções; ou, de outro lado, perguntas que de fato esclareçam os pontos nebulosos que perduraram mesmo após os questionamentos dos representantes legais das partes.

³³⁸ “Menor não é a relação entre prova e Estado. Ela decorre da circunstância de que as práticas processuais são um fragmento das relações entre o indivíduo e o Estado. Como se sabe, a cada Estado corresponde um modelo processual: um Estado Totalitário tenderá a atribuir poderes ilimitados ao juiz, enquanto que um Estado Liberal tenderá a deixar o controle das provas inteiramente nas mãos das partes. Enfim, cada ordem processual, em cada país, constitui um sistema; cada um deles constitui um modelo processual que se caracteriza por marcantes notas específicas”. KNIJNIK, 2001: 10.

³³⁹ “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

³⁴⁰ “A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o ‘standard’ anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável-, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”. (STF, AP 521, Ministra Rosa Weber).

Em suma, cabe à acusação e à defesa a iniciativa e a quantidade de informação probatória, e, de forma residual, ao julgador cabe apenas complementar a qualidade da informação probatória³⁴¹, a fim de auxiliar na cognição e posterior tomada de decisão.

Ressaltando, evidentemente, que a carga probatória cabe inteiramente à acusação, instituição favorecida pelo aparato tecnológico, procedimental e até mesmo de cooperação na obtenção de prova que destoam, e muito, das armas do opositor, no lugar da defesa. Em clara desvantagem, o acusado tem ao seu lado, em compensação, o princípio da inocência.

Por tal motivo, é imperioso que se adote táticas de contenção do (des)controle judicial, especialmente da estrutura acusatória, a exemplo da vedação de atividade probatória judicial na esfera investigativa, conforme o já citado artigo 3º-A do CPP; ou fixando, para tanto, regramentos e requisitos delimitados pelos *standards* probatórios visando ao menos reduzir decisões desprovidas de racionalidade.

A proibição da iniciativa do juiz na busca de provas é muito bem explicada pelo juiz e doutrinador Rosa ao observar que há “juízes que entram em campo, por debaixo das togas e ‘vestem’ a camisa de um dos jogadores, especialmente pela mentalidade inquisitória/autoritária que muitos sequer sabem que ‘vestem’. Todos os que acreditam em verdade real – essa fraude cognitiva – tem a tendência de operar ativamente na lógica da produção probatória”³⁴².

Compreende-se, portanto, que a busca pela “verdade real”, justificativa para a posição ativa do juiz, é inalcançável, obtendo-se apenas graus de certeza e probabilidade (*standard of proof; measure of persuasion; degree of belief; degree of evidence*) para que se alcance a conclusão decisória entre provado e não provado.

Desta feita, não é necessária a existência de “certeza absoluta” para a tomada de decisão, mas sim a prova acima de uma dúvida razoável quanto à autoria e materialidade daquele fato imputado. Entretanto, como já sobredito, para que seja emitido um decreto

³⁴¹ Nas palavras de CARVALHO: “Assim, pode-se dizer que os poderes instrutórios são ilimitados, digamos assim, na profundidade, mas não na extensão nem no modo de exercê-los. Em outras palavras, trazidas as provas pelas partes, é legítimo ao juiz perquirir sua credibilidade, autenticidade, sanidade e todos os demais atributos, pois a ele cabe valorá-las, Mas não lhe cabe chamar a depor a testemunha não arrolada nem determinar a juntada de documentos não solicitados pelas partes. Na extensão, ou seja, diante da pluralidade de possíveis fontes e meios de provas, não lhe cabe determinar a produção de tal ou qual prova. Seus poderes instrutórios são ilimitados na profundidade das provas trazidas pelas partes, mas limitados na extensão das provas requeridas pelas partes”. (2014: 200)

³⁴² Rosa, 2020: 659.

condenatório, as evidências devem necessariamente conduzir o julgador ao firme convencimento da culpa, havendo dúvida deve conduzi-lo à sentença absolutória³⁴³.

Porém, há um movimento, não só nacional, no qual o interesse de apurar determinadas condutas mais complexas tem se sobreposto à operatividade das garantias, o que implica na distinção entre os graus de exigência de garantias constitucionais no regime probatório de crimes graves. Essa onda de comportamento, marcada pelo “rompimento dos padrões probatórios, incidindo certa dose de imaginação, conjecturas, falácias, heurísticas e vieses desprovidos de base probatória”³⁴⁴.

Referência desse movimento é a proposta inovadora trazida por Deltan Dellagnol, cuja metodologia para a obtenção da “verdade” é o indutivismo, sobre o qual é baseado um modelo lógico-indutivo utilizado para analisar provas e construir hipóteses no campo jurídico, especialmente em investigações criminais, conduzindo à conclusão de que uma “dada hipótese é (provavelmente) verdadeira pelo fato de que ela é aquela que melhor explica a evidência”³⁴⁵.

O processo da IME segue basicamente três etapas: a coleta de evidências (indícios e provas disponíveis), a formulação de hipóteses (diferentes explicações possíveis para os fatos analisados) e, por fim, a seleção da melhor explicação (leia-se a hipótese que melhor se ajusta ao conjunto de evidências, com maior coerência e menor número de lacunas). A partir da plausibilidade de uma determinada hipótese, mesmo sem uma prova direta, um conjunto de indícios coerentes e convergentes é capaz para levar à conclusão mais razoável sobre a culpa ou envolvimento de um investigado em crimes de corrupção.

Assim, se os julgadores que adotam essa metodologia não forem receptivos para reconsiderar suas decisões quando novas evidências ou argumentos emergirem, a derrotabilidade³⁴⁶ será um mecanismo inócuo na tentativa de correção para a IME e evitar que hipóteses jurídicas sejam tratadas como verdades absolutas.

³⁴³ Decisão de João Pedro Gebran Neto, no TRF da 4ª Região, na ApCrim. n. 5026212-82.2014.4.04.7000.

³⁴⁴ ROSA, 2020: 659.

³⁴⁵ A Inferência para a Melhor Explicação é um método de raciocínio que busca identificar qual hipótese melhor explica um conjunto de evidências. Em vez de exigir uma prova direta e conclusiva, a IME trabalha com a ideia de que, diante de várias hipóteses possíveis, deve-se adotar aquela que for mais plausível, coerente e abrangente para explicar os fatos disponíveis.

³⁴⁶ A Teoria da Derrotabilidade é bem explicada por Rosa que, em suas palavras, leciona: “mesmo que os requisitos necessários e suficientes para aplicação de uma norma jurídica estejam presentes será possível, diante do contexto (fático, jurídico, probatório, cognitivo, processual), excepcionar-se sua indigência. No campo do processo penal, nem sempre uma norma jurídica que, aparentemente (prima facie), indique a subsunção será aplicável, justamente em face do reconhecimento de sua derrota por força do incremento das premissas e da instauração de uma exceção”. (Rosa, *op. cit.*: 114).

As controvérsias que decorrem da referida metodologia pairam sobre a possibilidade de levar a condenações com base apenas em indícios, sem provas diretas, dependendo da interpretação subjetiva de quem analisa as evidências e, ainda, pode gerar viés acusatório, reforçando uma narrativa em vez de buscar imparcialidade.

3.3.2. *A prova antecipada e a participação das partes na produção da prova irrepitível*

No sistema processual penal brasileiro, a prova antecipada é uma medida excepcional prevista para garantir a produção de elementos probatórios em situações em que há risco de que determinada prova se torne inacessível ou inutilizável no futuro, usando o direito italiano como fonte inspiracional para a expressão “irrepitível”, ao tratar de tais provas que padecem de risco de perecimento, bem como desse instituto análogo, chamado na Itália como incidente probatório.

O instituto, trazido, inicialmente, para a lei processual civil³⁴⁷, foi aplicado ao processo penal por analogia, prevendo expressamente a medida excepcional em poucos artigos. O artigo 156, do CPP, é o primeiro a abordar a possibilidade de se antecipar a produção de provas “consideradas urgentes e relevantes”, incumbida a quem a alegou ou, facultativamente, ao juiz, de ofício³⁴⁸.

Outra previsão pontual é encontrada no texto do artigo 225 do CPP³⁴⁹, para a hipótese de distância³⁵⁰, enfermidade ou velhice implicar na impossibilidade de comparecimento da testemunha em audiência de instrução, antecipando-se, portanto, a sua oitiva. O dispositivo originário, artigo 847 do CPC brasileiro, já trazia tal previsão e, no artigo subsequente da lei processual civil, determina-se que a prova oral antecipada deve ser produzida em audiência conduzida pela autoridade judicial, na presença das partes, em contraditório concomitante³⁵¹.

³⁴⁷ Previsto nos artigos 846 a 851 do CPC.

³⁴⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

³⁴⁹ Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

³⁵⁰ Hoje, evidentemente, com a tecnologia a distância deixou de ser um risco de perda do depoimento, podendo ser substituído o comparecimento por vídeo conferência.

³⁵¹ “Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento” (artigo. 848, parágrafo único do Código de Processo Civil).

E, por fim, o artigo 366 do CPP³⁵² também regula sobre o tema no caso de suspensão processual por citação editalícia do acusado, podendo-se antecipar a produção das provas urgentes, evitando que se percam.

Outro exemplo de prova antecipada que, embora devesse, não é tratado no CPP, mas previsto apenas na norma cível³⁵³, com disposição pormenorizada nos artigos 464 e seguintes do CPC, é o exame pericial.

A antecipação da prova é justificada pela necessidade de resguardar elementos cruciais à busca da verdade real, especialmente em casos de testemunhas em situação de vulnerabilidade, documentos sujeitos à destruição ou alteração, ou quando a mera questão temporal seria suficiente para comprometer a validade ou a confiabilidade do conteúdo probatório.

Em suma, antecipa-se a produção de uma prova naturalmente irrepitível, proporcionando a participação das partes, em contraditório real e com exercício da ampla defesa, especialmente no que toca à defesa, que costumeiramente tem seu acesso negado quando se fala de uma prova urgente³⁵⁴.

Somente a urgência, ligada à situação impostergável, tal como a interceptação de conversa telefônica ou a busca e apreensão, autorizaria a produção de prova sem respeito ao contraditório e, portanto, sem a instauração do incidente probatório, no caso da Itália, ou do ato de produção antecipada de prova, se em contexto brasileiro. Porém, imprescindível haver certificação de que a prévia comunicação às partes não se deu única e exclusivamente em razão de absoluta necessidade e impossibilidade.

Nas suposições acima mencionadas, denota-se a natureza jurídica de medida cautelar preparatória da ação penal, de modo que o princípio do contraditório é exercido de forma diferida, quando, em tese, não haveria mais risco de frustrar o propósito da medida, razão pela qual sua concessão *inaudita altera pars* somente oportuniza a manifestação das partes acerca das transcrições após a realização do ato³⁵⁵, por se tratar de prova irrepitível.

³⁵² Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

³⁵³ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; [...].

³⁵⁴ Aqui, refere-se às provas urgentes da fase policial, que, sob argumento de risco de periclitamento ou prejuízo das investigações, rejeita-se a participação da defesa.

³⁵⁵ Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, **sob sigilo de justiça**. (Lei n. 9.296/1996) (grifado)

Explanado sobre a prova antecipada e suas ramificações, é imprescindível apontar a correlação entre esse tipo de prova e as provas não repetíveis, posto que, como já estudado no primeiro capítulo, trata-se de diferentes tipos de provas, mas que convergem na urgência e divergem, porém, na participação das partes.

Como visto, a prova antecipada proporciona a concomitante atuação das partes durante a sua produção, justamente em razão de sua irrepetibilidade; por sua vez, nem todas as provas irrepetíveis, na verdade em sua maioria, contam com o contraditório real, especialmente quando a produção ocorre na fase investigativa.

A discussão acerca da (in)existência do contraditório no inquérito policial por ser este um procedimento administrativo, divide-se na doutrina entre os autores que julgam inaplicável o inciso LV, artigo 5º, da CRFB³⁵⁶, por não haver durante as investigações um acusado formal e tampouco um processo³⁵⁷; e aqueles que entendem o princípio do contraditório é absoluto a todas as fases do sistema processual penal.

Apesar dos extensos debates, o inciso XIV do artigo 7ª, do Estatuto da OAB³⁵⁸, garante o exercício do advogado mesmo no curso das investigações, sendo-lhe assegurado o acesso aos autos de inquérito; o que veio a ser ratificado pela Súmula Vinculante 14 do STF³⁵⁹, intitulada “Acesso de advogado ao inquérito policial”, reforçando os preceitos constitucionais que, até então, eram equivocadamente dissociados do inquérito policial³⁶⁰.

Muito embora a prova antecipada possa ser produzida antes mesmo da ação penal, conforme a literalidade do inciso I, do art. 156, CPP, não se depara na prática a recorrência de instauração do instituto na fase pré-processual, seja de ofício pelo juiz, já que raramente há advogado constituído durante as investigações, seja pela defesa, que costuma ser intencionalmente excluída da colheita de provas nessa etapa inquisitória.

³⁵⁶ No Capítulo I, sobre os direitos e deveres individuais e coletivos: Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁵⁷ COUTINHO, 2000: 11-13.

³⁵⁸ Lei n. 8.906/94: São direitos do advogado: XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

³⁵⁹ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Publicação - DJe nº 26/2009, p. 1, em 9/2/2009.

³⁶⁰ Como bem dissertado pelo professor LOPES JR sobre o artigo constitucional mencionado alhures “não pode ser objeto de interpretação restritiva, já que a postura do legislador foi garantista, sendo que o equívoco terminológico (falou processo administrativo quando deveria falar em procedimento administrativo) não pode ser óbice para aplicação do contraditório na investigação preliminar”. (2010: 468).

Sem aprofundar no debate da possibilidade da participação ativa da defesa, que se afastaria do foco do trabalho, impende demonstrar os reflexos arbitrários do Estado quando da coleta de provas irrepetíveis³⁶¹, que, por óbvio, não serão repetidas em juízo e ainda assim servirão para o convencimento do magistrado³⁶².

Para tanto, deve-se ter em conta que muitas provas pré-constituídas não são reproduzidas em juízo, tornando-se definitivas³⁶³, a partir da validação com o contraditório postergado, quando, então, as partes poderão se manifestar sobre aquela prova já feita, pronta.

Nesse norte, para elucidação, aponta-se algumas problemáticas do contraditório diferido na validação das provas irrepetíveis. A dizer, uma delas é a impossibilidade de o indiciado apresentar quesitos antes da produção de prova pericial, como acontece nas esferas cível e trabalhista, mesmo quando de moderada urgência (“provas urgentes postergáveis”, na classificação italiana), em que seria plenamente viável a notificação do interessado sobre a diligência³⁶⁴.

Nesse cenário, a defesa fica restrita a contestar o laudo pericial, não existindo um contraditório eficaz na produção da prova, até porque é inviável que o perito complemente o exame sobre uma prova que já pereceu ou se modificou. Para ilustrar, basta imaginar um laudo de necropsia, confeccionado a partir do que o perito médico observou no cadáver, mas pode ter deixado passar algum detalhe que a defesa seria diligente em apontar com o intuito de respaldar sua tese defensiva.

Não é diferente com uma perícia no local do crime, por exemplo. Como é recorrente, a polícia deixa de preservar adequadamente o local do crime ou não observa que havia no local cápsulas de uma arma diferente daquela apreendida com o suspeito, o que poderia provar que outra pessoa armada também disparou ali e configurar até mesmo uma legítima defesa. Então, com o local desfeito, não será possível uma nova perícia.

Destarte, não há justificativa para que uma prova pericial seja produzida na fase policial sem contraditório efetivo se inexistir perigo de desaparecimento dos vestígios, mas somente deveria ser admitida como prova definitiva na hipótese de real urgência³⁶⁵;

³⁶¹ FERNANDES FILHO, 2005: 36.

³⁶² Denominar-se-á aqui como prova todos os elementos produzidos no inquérito policial, uma vez que é o que se tem observado nos processos criminais, pois são utilizados como provas e não apenas como elementos informativos.

³⁶³ NUCCI, 2011: 395.

³⁶⁴ BADARÓ, 2023: 412.

³⁶⁵ FERNANDES, 2005: 83

caso contrário, os elementos probatórios do inquérito não devem ser aproveitados no processo.

“Para a prova pericial produzida durante o inquérito policial tem sido aceita, com tranquilidade, a possibilidade de o juiz valorá-la no momento da sentença. A razão é que é se trata de uma prova cautelar, produzida antecipadamente, tendo em vista que, na maioria dos casos, deve ser realizada desde logo, diante do risco de perecimento dos objetos a serem examinados”³⁶⁶. Essa assertiva é questionável, pois, como já visto, nem sempre a perícia é altamente urgente a ponto de ser frustrada ao chamamento das partes para participar.

No que toca às declarações prestadas por uma testemunha na fase pré-processual, cujo comparecimento em juízo para repetição da prova é obstaculizado por qualquer causa, discute-se a permissão de serem admitidas na fase processual e de que forma seriam valoradas já que produzidas sem contraditório³⁶⁷.

Outro ponto controvertido é o reconhecimento pessoal que, como recentemente declarado pelo CNJ³⁶⁸, tem natureza irrepitível, pois nunca poderá ser repetido em condição idêntica. Conforme já vinha lecionando parte da doutrina, “o reconhecimento é meio de prova capaz de produzir elementos de prova quando realizado na presença de um juiz e em respeito às garantias do devido processo legal”³⁶⁹, contudo, a lei fala em “autoridade”³⁷⁰, estendendo a interpretação à autoridade policial, tornando válido o reconhecimento realizado na delegacia, desde que condicionado aos termos fixados nos incisos do mesmo artigo³⁷¹.

A obviedade da necessária nulidade do procedimento realizado em desrespeito às formalidades processuais enfrentou debates em sentido oposto, inclusive em decisões de tribunais superiores, dando validade ao reconhecimento feito ilegalmente, “transmutando-o em outro meio de prova”³⁷², para que o ato não seja perdido, “podendo

³⁶⁶ BADARÓ, 2016: 64.

³⁶⁷ LOPES JR., 2021: 202.

³⁶⁸ Resolução n. 484/2022 do CNJ.

³⁶⁹ LOPES, 2011: 31-32.

³⁷⁰ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: [...] III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, **a autoridade** providenciará para que esta não veja aquela; (grifado)

³⁷¹ Os quais, vale dizer, raramente são observados. Até mesmo a presença da “autoridade” é suprimida no reconhecimento cotidiano.

³⁷² NUCCI, 2011: 497-498.

constituir-se numa prova meramente testemunhal, de avaliação subjetiva, que contribuirá ou não para a formação do convencimento do magistrado”³⁷³.

Nesse contexto, certamente o melhor momento para o reconhecimento pessoal é na fase investigativa, com maior proximidade temporal do crime, quando “as imagens do evento estão mais frescas na mente do reconhecedor”³⁷⁴; porém, ainda assim, “a ação do tempo, o disfarce, as más condições de observação, os erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária”³⁷⁵.

Ante sua fragilidade, a prova precária deve ser produzida uma única vez, atraindo para o ato do reconhecimento a imprescindibilidade da participação de um defensor, nos moldes da antecipação da prova, a fim de garantir um contraditório significativo e evitar futuras nulidades do ato de produção da prova.

Falou-se, até aqui, da possibilidade de produzir as provas irrepitíveis postergáveis, ainda na fase policial, no regramento da antecipação probatória, instituto este que não se estenderia às provas irrepitíveis impostergáveis, de real urgência na sua produção.

No que toca a estas últimas, sendo inviável aguardar o chamamento das partes e do defensor, sob risco de o objeto da prova sofrer mutação ou perda, a prova será produzida com necessário adiamento do contraditório. A questão que recai sobre essa produção assenta no seu valor probatório, a ser analisado em comparação aos demais elementos de prova do processo, além da observância dos limites epistemológicos e legais na produção e admissão dos meios de provas.

Identificado qualquer vício nos meios de prova, o juiz declarará a nulidade da prova produzida; se for uma ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, deverá ser reconhecida sua inadmissibilidade no processo³⁷⁶ e, por consequência, seu desentranhamento dos autos³⁷⁷.

Uma inovação trazida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) foi o §5º do artigo 157: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”³⁷⁸. O intuito, acompanhado pela lógica do juiz das

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ RJDTACrim 9/138.

³⁷⁵ TOURINHO FILHO, 2009: 569.

³⁷⁶ CF, Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

³⁷⁷ CPP, Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

³⁷⁸ Cuida-se de quatro ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas em face de dispositivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que alteraram o Código de Processo

garantias implementado pela mesma lei, era afastar o juiz contaminado por uma prova que não poderá ser utilizada.

A iniciativa encontra amparo na comprovada dissonância cognitiva dos magistrados que naturalmente buscam elementos para respaldar suas convicções, semeadas pela acusação desde as provas unilaterais coletadas na fase investigativa.

A participação ativa das partes, incluindo o defensor, constitui condição *sine qua non* para a adequada produção de provas no processo penal. Além disso, a supervisão direta e contínua por parte do órgão julgador é igualmente essencial para garantir a legitimidade e a eficiência da instrução processual. Nesse contexto, a introdução do princípio da identidade física do juiz reforça a necessidade de que o magistrado responsável pela condução da fase instrutória também seja aquele que profira a sentença³⁷⁹, assegurando uma compreensão aprofundada das circunstâncias do caso e promovendo a coerência no julgamento.

Logo, a observância do contraditório funciona como uma condição indispensável para a existência legítima da prova no processo. De maneira que apenas podem ser considerados como provas os elementos de conhecimento que sejam introduzidos no procedimento judicial na presença do juiz e mediante a participação dialética das partes, garantindo a ampla defesa e o equilíbrio entre os litigantes.

Esse raciocínio desencadeia na preocupação de uma condenação fundamentar-se exclusivamente em indícios, os quais não passaram pelo contraditório, mas serão incorporados ao processo penal igualmente, diferente do sistema de tarifação da prova, e poderão formar a convicção do magistrado.

A reflexão de que o contraditório é um “duelo” que serve para superar a dúvida do juiz³⁸⁰ aponta para a necessária bilateralidade argumentativa e participativa das partes para que não haja enviesamento das provas, a ponto de ser necessário afastar o juiz que teve contato com o conteúdo das investigações, produzido em inobservância ao contraditório.

Penal (CPP), especialmente quanto à instituição do “Juiz das Garantias”. A decisão sobre a inconstitucionalidade do § 5º do art. 157 do Código de Processo Penal (CPP) foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.298, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ([Vide ADI 6.298](#)), por maioria, vencido, em parte, o Ministro Cristiano Zanin, que propunha interpretação conforme ao dispositivo.

³⁷⁹ Art. 399, §2º, CPP.

³⁸⁰ CARNELUTTI, 2002: 41-42.

3.3.3. O Papel do Juiz de Garantias e a necessária preservação da imparcialidade do magistrado à luz da teoria da dissonância cognitiva

O instituto do juiz das garantias nasceu do Projeto de Lei n. 8.045/2010, o qual foi (parcialmente) implementado por meio do “Pacote Anticrime”³⁸¹, quase uma década depois, inserindo ao Código de Processo Penal os artigos 3º-A ao 3º-F, cuja exposição de motivos resume-se em três finalidades: 1) adoção do sistema acusatório; 2) otimização da atuação jurisdicional criminal e 3) distanciamento do juiz da instrução com os autos de inquérito.

A ideia central era manter os autos da investigação apartados do processo criminal, a cargo da secretaria do juízo das garantias, competente por qualquer intervenção do juiz durante a investigação, com o controle da legalidade e das garantias dos direitos fundamentais durante o inquérito policial, sendo concedido acesso ao Ministério Público e à defesa³⁸².

A figura do juiz das garantias encontra semelhança com o juiz da investigação (*der Ermittlungsrichter*) do Código Processual Penal alemão, assim como tem clara inspiração no *Giudice per Le indagini preliminari* do sistema italiano. Igualmente a este último, no Brasil “a atuação do juiz de garantias é ocasional, sem funções de instrução³⁸³, limitada ao controle da legalidade e à garantia dos direitos fundamentais”³⁸⁴.

Por sua vez, o juiz das investigações do sistema alemão pode assumir, de ofício ou mediante representação da Polícia Investigativa, a qualidade de “Promotor de Justiça de urgência” (*der Notstaatsanwalt*)³⁸⁵, nos moldes do § 165 do *StPO*³⁸⁶, com excepcional competência para a realização de medidas investigativas ou coercitivas, tais como a inquirição judicial de testemunha que não poderá ser ouvida posteriormente ou a prisão preventiva do indiciado que não será mais localizado.

³⁸¹ Lei n. 13.964/2019 – Cf. exposição de motivos do Projeto de Lei.

³⁸² LOPES JR., 2021: 202.

³⁸³ O artigo 4º do Projeto de Lei nº 156/2009 disciplina, literalmente: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”. Verifica-se, aqui, a preocupação do papel magistrado dentro da relação processual, diferindo-se do lugar de parte, pois somente com o afastamento do julgador os direitos fundamentais do acusado serão observados.

³⁸⁴ OLIVEIRA, 2016: 166.

³⁸⁵ ROXIN; SCHÜNEMANN, 2009: 57.

³⁸⁶ § 165. Atos judiciais de natureza investigativa em caso de perigo de demora - Em caso de perigo de demora, poderá o juiz proceder, também sem requerimento, aos atos investigativos necessários, se um promotor de justiça não estiver alcançável.

Denota-se, portanto, que, em quaisquer sistemas, brasileiro, italiano e alemão, a fase pré-processual atua como um “instrumento de limitação ao poder de acusar criminalmente, [como] um filtro que verifica a existência de justa causa para a abertura do juízo penal”³⁸⁷.

A fim de evitar que o juiz do processo se contamine com o conteúdo da investigação e seja conduzido pelas decisões tomadas naquela etapa pré-processual, afetando a parcialidade do julgador na fase processual, o juiz das garantias teria, em tese, competência até o recebimento da denúncia, passando-se, então, a atuar o juiz da instrução. Tanto que o texto da lei é justamente nesse sentido, delimitando a competência do juiz das garantias tanto no art. 3º-B, inciso XIV (“decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”); quanto no art. 3º-C (“A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”).

Contudo, indo de encontro com a proposta originária do PL, sob o argumento que a independência funcional do magistrado em exercer seu julgamento motivado seria afetada pela restrição de acesso, decidiu o STF, em 2023, pela inconstitucionalidade do ponto central da aspiração legal (inciso XIV, do art. 3º-B, do CPP), fixando que “a atuação do juiz das garantias se encerra com o oferecimento da denúncia ou da queixa, e não com o recebimento de uma delas, devendo o juiz da instrução ter acesso aos elementos produzidos no inquérito policial ou no procedimento investigativo criminal”³⁸⁸ (grifado).

A previsão de separação física dos autos do inquérito³⁸⁹ é, na verdade, uma tendência intrínseca de afastar o juiz “de mérito” dos elementos produzidos na etapa policial, os quais se resumem, em regra, a informações frágeis, produzidas unilateralmente, sem a observância ao princípio do contraditório.

Estudos científicos, como já visto alhures, baseados inclusive em evidências empíricas, demonstraram que a imparcialidade do juiz que supervisiona o inquérito policial tende a ser comprometida pela cognição prévia exigida nesse estágio do processo,

³⁸⁷ FERNANDES, 2005: 75.

³⁸⁸ Julgamento conjunto da ADI 6.298/DF; ADI 6.299/DF; ADI 6.300/DF e ADI 6.305/DF (relator Min. Luiz Fux), em 24/08/2023, pelo STF.

³⁸⁹ Art. 3º-C, § 3º, CPP: “Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”.

especialmente ao decidir sobre medidas invasivas, como a decretação de prisões preventivas ou a autorização de interceptações telefônicas³⁹⁰.

Desprezando o estudo alemão que demonstrou a aplicação da teoria da dissonância cognitiva no âmbito jurídico, havendo um pré-julgamento altamente condenatório a partir do conteúdo das investigações, o Supremo entendeu que o contato do juiz com os elementos que ensejam a denúncia não seria suficiente para fragilizar a imparcialidade do julgador.

Em razão da ausência do contraditório e ampla defesa, a legislação depositou maior atenção à utilização das provas colhidas durante as investigações, restringindo a valoração de elementos produzidos no inquérito a ponto de vedar a fundamentação exclusiva na formação da convicção do juiz, ficando aqueles dependentes da aliança com as provas produzidas na fase processual, “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”³⁹¹.

A atuação do juiz das garantias se estende à fiscalização da produção das provas irrepetíveis, porém como mero “guardião das regras do jogo, e não [como] senhor da investigação preliminar”³⁹²; muito diferente do juiz instrutor dos sistemas de outros países, cujo papel de protagonismo nas investigações permite que busque elementos de informação que entender necessários para respaldar a ação penal, sobre a qual ele mesmo decidirá a admissibilidade³⁹³. Com a atuação ativa do juiz, ainda que involuntariamente, a acusação se favorece, tendo o próprio julgador como produtor de provas condenatórias.

Visando evitar que uma das partes seja beneficiada em detrimento da outra, o magistrado deve atuar com imparcialidade, desempenhando o papel de um terceiro desinteressado, conduzindo o processo de forma equidistante, avaliando igualmente as versões apresentadas sobre os fatos e garantindo tratamento com paridade e oportunidades justas às partes. O distanciamento do julgador em relação aos interesses em disputa constitui um princípio fundamental do processo penal, caracterizando o sistema acusatório e configurando uma garantia essencial para a realização de um processo justo e ético.

A imparcialidade, nesse contexto, requer que o magistrado mantenha uma postura isenta³⁹⁴, preservando sua objetividade e evitando qualquer influência emocional ou

³⁹⁰ GLOECKNER, 2015: 263-286. Ver também, SCHÜNEMANN, 2012: 30-50.

³⁹¹ Art. 155, CPP.

³⁹² ROSA, 2020: 344.

³⁹³ OLIVEIRA, 2016: 165. Na mesma linha: SÁ, 2010: 163.

³⁹⁴ Art. 3º-A, CPP:

subjetiva que possa favorecer ou prejudicar qualquer das partes, para que a atuação jurisdicional seja racional e equilibrada, totalmente afastada do interesse subjetivo do magistrado, de forma que a análise se dê friamente sobre os fatos e provas apresentados.

No tocante à imparcialidade, imperioso distinguir, brevemente, a subdivisão em subjetiva e objetiva.

A primeira assenta-se no íntimo da convicção do magistrado, que é conduzido pelo prejulgamento formado sobre o objeto a partir das razões de uma das partes³⁹⁵. Nesta expressão, “uma das partes”, sabe-se que, na verdade, a referência é ao órgão acusador, pois a defesa, via de regra, apenas começará a se manifestar nos autos, apresentando suas provas, versão e requerimentos já na fase processual, após longa sementeira acusatória pelo Ministério Público.

Por sua vez, a imparcialidade objetiva é aferida pela postura da entidade julgadora, que deve gerar confiança ao conduzir o processo, na posição de terceiro neutro³⁹⁶, sem demonstrar qualquer dúvida quanto à ausência de favoritismo³⁹⁷. Ao surgir questionamento quanto à legitimidade do magistrado, haverá o afastamento desse juiz, pois “não se pode ter temor de que o julgamento esteja afeito a um juiz inimigo, ou, de qualquer modo, parcial”³⁹⁸.

O alheamento do julgador aos interesses em jogo funciona como princípio supremo do processo, marca do sistema processual acusatório, enfim, como verdadeira garantia fundamental orientada à concretização de um processo penal justo e ético. E a atuação jurisdicional objetiva, desapaixionada, na qual não deverá favorecer, seja por interesse ou simpatia, seja por ódio ou antipatia, a nenhuma das partes. Em outras palavras, é o desinteresse subjetivo no resultado do processo que faz com que se caracterize o ser imparcial.

Ainda que a Constituição Federal não seja tão explícita quanto ao direito de ser julgado por um juiz imparcial como acontece no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁹⁹, é inegável o papel da imparcialidade como *conditio sine quae non*

³⁹⁵ GIACOMOLLI, 2016: 278.

³⁹⁶ GIACOMOLLI, 2016: 280.

³⁹⁷ É o que se denomina de teoria da aparência, pautada pelo adágio inglês *justice must not only be done; it must also be seen to be done*.

³⁹⁸ FERRAJOLI, 2006: 535.

³⁹⁹ Decreto n. 678/92, “Art. 8. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

de qualquer juiz. O que não significa dizer que o juiz deve ser neutro, porquanto a neutralidade é compreendida como a ausência de ideologia, sendo impossível uma abstração subjetiva quando se fala de um ser humano, constituído por razão e emoção.

Em suma, os riscos de imparcialidade são reduzidos com a implementação do juiz das garantias ao impedir o contato do juiz de instrução com os atos investigatórios, com exceção, conforme a lei, às provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas⁴⁰⁰.

Ponto que merece enfoque, justamente em face da impossibilidade de repetição, é o das provas irrepetíveis produzidas sem respeito ao princípio do contraditório e levadas para a fase judicial com o mesmo valor das provas antecipadas, estas as quais são submetidas ao contraditório real, e dos meios de obtenção de prova, cuja urgência e sigilo justificam, em regra, o contraditório diferido.

3.4. Propostas de aprimoramento do sistema processual penal brasileiro, no que toca à valoração da prova irrepetível, a partir da inspiração europeia

O ponto nevrálgico deste estudo é a delimitação do valor probatório de atos irrepetíveis, tema bastante discutido em outros países, especialmente quando se trata daqueles de causas supervenientes, quando produzidos durante a fase de inquérito, na ausência das partes e, portanto, com postergamento do contraditório para a fase processual.

Ao estudar os sistemas processuais penais italiano e alemão, é possível transportar para o Brasil ideias estrangeiras do trato das provas irrepetíveis.

O direito italiano, exemplar no funcionamento do sistema acusatório, somente confere valor de prova às declarações de testemunhas e acusados quando produzidas em exame cruzado, devendo ser instaurado o incidente probatório para produção das provas naturalmente irrepetíveis, pois “nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no juízo, nem contestar a prova que tenha sido produzida durante o depoimento oral”⁴⁰¹.

Denota-se, nesse sistema, a priorização do princípio do contraditório, valendo-se de um instituto, ainda que na fase investigativa, para garantir a participação das partes na

⁴⁰⁰ Art. 3º-C, §3º, CPP.

⁴⁰¹ FERRUA, 2012: 02.

produção de uma prova que não poderá ser repetida em juízo. Por meio desse instrumento, a Itália prioriza o “contraditório para a prova”, como chama Ubertis, resultando num contraditório forte; diferente do que ocorre no “contraditório sobre a prova”.

A ressalva nessa regra italiana atinge a hipótese de irrepetibilidade superveniente que também terá valor no processo apesar da supressão do contraditório, face à total imprevisibilidade da futura perda ou alteração da prova. Nessas hipóteses a prova é aceita principalmente pelo fato de sua perda não derivar da desídia da acusação, mas por decorrer de surpresa que inviabiliza a repetição.

Já as provas naturalmente irrepetíveis efetivamente urgentes poderão dispensar a participação das partes, devendo ser demonstrado que a espera prejudicaria a essência da prova, sendo, portanto, valoradas igualmente como prova, a partir do contraditório postergado.

As provas irrepetíveis que se enquadrem na urgência e impostergabilidade, as de causa superveniente, bem como as que foram produzidas em incidente probatório, serão incluídas nos autos que o julgador tem acesso; as demais ficarão em autos apartados a fim de não contaminar o magistrado com uma prova imperfeita que pode gerar efeitos de uma prova plena.

Na Alemanha, mesmo sendo a prova urgente deve ser submetida ao contraditório (*Kontradiktorische Vernehmung*) sempre que possível, sob supervisão do Juiz da Investigação; caso não o seja, mecanismos compensatórios devem ser adotados para garantir que as partes tenham oportunidade de influenciar a valoração da prova. Denota-se, nesta seara, que se retoma o conceito intrínseco do contraditório já abordado alhures: o princípio do contraditório somente cumpre sua função, na essência, quando exercido pelas partes com capacidade de efetivamente influenciar na decisão do magistrado; caso contrário, o exercício do contraditório é um mero teatro para cumprir formalidade e possibilitar que a prova seja utilizada para fins decisórios.

E, ainda, a medida deve ser essencial para a investigação e não deve violar direitos fundamentais de forma desproporcional, ou melhor, devem ser observados os princípios da proporcionalidade e necessidade, sempre autorizada ou supervisionada a coleta da prova pelo juiz da investigação; somente será dispensada autorização prévia quando houver extrema urgência (*Gefahr im Verzug*), devendo, contudo, ser submetida posteriormente a um rigoroso exame de admissibilidade e revisão judicial.

Na hipótese de violação das garantias processuais, a defesa pode questionar a validade da prova.

A relevância da prova irrepitível, embora não se faça uso da expressão dentro do processo alemão, para a formação do convencimento do juiz deve ser ponderada à luz de outros elementos do processo, pois cabe ao magistrado assegurar que nenhuma prova isolada, especialmente a que não é repetida, determine a decisão sem a devida contextualização e elementos corroborantes.

Em situações de emergência, como o depoimento de uma testemunha gravemente doente, é permitido documentar a prova por meio de registros escritos ou audiovisuais, a qual será submetida ao tribunal e às partes, numa espécie de produção antecipada, quando poderão questionar sua validade ou apresentar contra-argumentos em etapas posteriores do processo.

Reforça-se que a regra alemã é que será no ato da audiência de instrução a produção das provas com valor decisório, dando origem à expressão “*Inbegriff der Hauptverhandlung*” (“do epítome da audiência de instrução”). Então, no caso de uma declaração colhida na esfera policial não for renovada em audiência por sua vontade própria, seu depoimento não pode ser utilizado para decisão, a não ser que seja ouvido em seu lugar o juiz que colheu o depoimento ou haja expressa autorização das partes.

A exemplo dos países europeus estudados como referência, o princípio do contraditório deve ser preservado, ainda que na fase administrativa, cabendo exceções apenas quando se tratar de provas urgentes impostergáveis (conceito italiano), e não como regra geral de contraditório diferido ante a suposta urgência ou prejuízo na investigação.

De outra senda, no Brasil as provas irrepitíveis produzidas na fase policial são despidas do contraditório concomitante sempre em prol do êxito das investigações e sob pretexto da urgência na coleta e produção da prova; sendo ela pericial ou cautelar, todas igualmente acostadas aos autos processuais – momento em que serão apreciadas a validade e a legalidade-, sobre as quais o juiz da instrução terá acesso e poderá usá-las para fundamentação da decisão condenatória.

Ao aplicarem o art. 155 do CPP por intermédio de uma interpretação que facilita a fundamentação das decisões, em aparente respeito ao princípio do livre convencimento motivado, os juízes de instrução continuam a ter acesso ao conteúdo que deveria ficar acautelado no juiz das garantias, a exemplo das declarações colhidas durante o inquérito, que não foram repetidas em juízo por inércia da Acusação em não arrolar as testemunhas para renovarem seus depoimentos.

Então, no contexto brasileiro, caso se trate de prova de irrepitibilidade natural, a qual deveria ser produzida em observância ao contraditório (real, e não diferido), por

meio da antecipação de prova, instituto análogo ao italiano, presidida pelo juiz das garantias⁴⁰² durante a fase pré-processual. Desta forma, a prova irrepitível teria validade para ser anexada, posteriormente, aos autos da ação penal, para valoração do juiz da instrução.

Não sendo produzida a prova irrepitível em contraditório real ou, na expressão de Alexandre Morais da Rosa, “contraditório significativo”, não poderá o juiz de instrução ter acesso a ela, uma vez que, em contato com a “prova” estará contaminado por um mero elemento informativo, quiçá um indício, que não merece o mesmo valor de uma prova.

O mesmo deve acontecer com a prova que se torna irrepitível por superveniência. Em que pese a perda da prova não tenha se dado por falta de diligência dos interessados na prova, ela é frágil no seu nascimento sem contraditório, de forma a não ser convalidada prova na mesma medida, tampouco ser suficiente para respaldar isoladamente uma condenação⁴⁰³.

Imprescindível que a prova, que não poderá ser repetida, seja produzida na presença (ou participação) de ambas as partes para que se reduza a dissonância cognitiva do juiz que, só assim, não receberá a prova enviesada pela acusação e poderá decidir, conforme o livre convencimento motivado, menos contaminado.

Não sendo viável a participação das partes do nascimento da prova naturalmente irrepitível, deverá ser demonstrada a extrema urgência na coleta da prova para que seja válida, e ainda assim, deve ser sopesada a ausência do contraditório real, devendo ser utilizada em complementação a outras provas robustas.

Por sua vez, havendo perda da prova por desídia da Polícia ou do Ministério Público, não deve ser incluída nos autos processuais, mantendo-as apartadas para acesso apenas pelo juiz das garantias, a fim de evitar a contaminação do juiz julgador. A suposição pode tratar não somente de uma prova de irrepitibilidade superveniente, mas também no caso de uma irrepitibilidade natural, cuja urgência seja baixa, a prova foi perecendo diante da inércia da acusação.

Retoma-se aos conceitos de atos de investigação e atos de prova, que se diferem pelo exercício do contraditório, podendo ambos serem realizados durante o inquérito policial, porém em situação emergencial, quando absolutamente impostergável, serão

⁴⁰² O inciso VII, do art. 3º-B, do CPP, atribui a competência ao juiz das garantias: VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral.

⁴⁰³ GRECO FILHO, 2010: 204-205.

produzidas as informações irrepetíveis; ou em situação de urgência, quando exigir menor pressa, serão produzidas informações cautelares; e, sendo viável, as provas serão produzidas de forma antecipada.

Destarte, cada elemento será valorado dentro da limitação dada por sua produção, merecendo tratamento desigual conforme sua definição teórica, seja como elementos informativos, provas pré-constituídas, indícios ou, efetivamente, prova plena.

CONCLUSÃO

O trabalho buscou demonstrar que a diferença entre os vários tipos de prova, a dizer provas pré-constituídas, provas constituídas, indícios, elementos informativos e elementos de prova, por exemplo, contam com valores probatórios distintos considerando a forma e o momento de sua produção, a observância (ou não) ao princípio do contraditório, e, portanto, a finalidade destinada para determinado tipo de decisão a depender do peso da prova.

A prova irrepetível, ponto central deste estudo, via de regra, produzida na fase preliminar, sem a presença do suspeito e tampouco de seu advogado, tem o contraditório diferido para a etapa judicial, quando, então, as partes poderão se manifestar sobre aquela prova que, mesmo que impugnada, não sofrerá repetição, quiçá uma mera complementação a partir da memória falível do perito que elaborou o laudo, quando se tratar de um exame técnico ou a breve leitura da declaração de uma testemunha que, por uma irrepetibilidade superveniente, não possa prestar novo depoimento em juízo.

Esse tipo de prova, delicado por sua natureza, mereceria tratamento especial pela norma processual penal brasileira, diferente do que sugere o texto do artigo 155 do CPP, ao autorizar o juiz a fazer uso dos elementos informativos travestidos de provas irrepetíveis, cautelares e/ou antecipadas, como se força de prova tivessem.

Com base no sistema do livre convencimento motivado, que rege a apreciação das provas pelo juiz no sistema processual penal brasileiro, o magistrado tem liberdade para valorar as provas apresentadas no processo, sem estar engessado por regras fixas de hierarquia ou de quantidade de provas. Contudo, o juiz não fica completamente desimpedido, uma vez que deve fundamentar suas decisões de forma clara e objetiva, demonstrando o caminho lógico que percorreu para atingir aquela conclusão a partir das provas disponíveis no processo. Denota-se que o objetivo desse modelo é garantir a imparcialidade e a racionalidade na formação da convicção do julgador, promovendo a justiça e, ao mesmo tempo, respeitando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por “provas disponíveis” entende-se as provas legais, obtidas licitamente, respeitando os procedimentos exigidos pela norma processual penal e pelas regras constitucionais, que visam garantir um julgamento com base em elementos objetivos e não em meras suposições ou convicções pessoais. E, muito embora o sistema brasileiro faça uso da valoração da prova pelo livre convencimento motivado, há resquícios da

tarifação da prova ao sobrepor a prova pericial à prova testemunhal; esta tida como falível, enquanto aquela, produzida por um ser humano igualmente falível, é considerada mais confiável, mesmo que pré-constituída sem a participação das partes.

Ainda, supondo a inexistência de provas diretas dentre as provas disponíveis, o julgador poderá utilizar de indícios na formação da convicção, embora não isoladamente. De uma forma ou de outra, as provas disponíveis devem ser suficientes para formar o juízo de certeza, de outro modo a decisão deve ser favorável ao réu.

A disponibilidade do conjunto probatório demonstra a importância da diferenciação entre elementos informativos e elementos de prova, prova pré-constituída e prova constituída, indícios e prova direta. Todo o material coletado durante as investigações, os chamados elementos informativos não teriam a validade para fundamentar uma decisão judicial, a contrário dos elementos probatórios.

Nesse ponto, tem potencializada a problemática da prova irrepitível ao se questionar a imparcialidade do juiz que atuou na investigação preliminar, tendo contato com os elementos informativos, os quais são produzidos distantes do contraditório e da ampla defesa, e, inclusive, produzindo provas de ofício, decretando medidas cautelares, e que, posteriormente, decidirá sobre o mérito do mesmo processo penal.

Incontroversa a suscitação de dúvidas quanto à imparcialidade do magistrado potencialmente contaminado com as provas enviesadas do inquérito policial e, claro, aos possíveis prejuízos dessa atuação monopolizada, tanto que o Brasil importou para o sistema processual penal o *giudice per le indagini preliminari* (GIP) italiano, no aqui chamado juiz das garantias. Nos dizeres de Daniel Kessler de Oliveira, “ao afirmar que a imparcialidade de um julgador está posta em dúvida, não se está a afirmar que este é corrupto, improbo ou prevaricador em razão disto, mas apenas a ventilar a possibilidade de que, em razão de determinadas circunstâncias, elementos subjetivos estranhos aos autos possam estar influenciando significativamente o seu julgamento, de modo a lhe retirar a essencial qualidade de terceiro imparcial”⁴⁰⁴.

Nesse contexto, é de extrema relevância a compreensão dos efeitos da teoria da dissonância cognitiva nas decisões tomadas pelos magistrados que, em alguma medida, atuaram na fase investigatória. O estudo de mesmo nome, realizado por Leon Festinger, na área da psicologia, observou o comportamento humano, especialmente no que toca à cognição, constatando que os seres racionais têm uma tendência natural de buscar uma

⁴⁰⁴ OLIVEIRA, D. K., 2016: 238

estabilidade cognitiva, afastando incoerências conflitantes com suas opiniões, atitudes e/ou decisões.

A zona de conforto, na qual se afasta o sentimento incômodo de dissonância cognitiva, somente é alcançada quando, voluntária ou involuntariamente, evitam-se informações que conflituem com a ideia inicial.

O conceito da teoria foi transportado ao cenário jurídico pelo estudioso alemão Bernd Schünemann a partir do experimento analisado em sua obra, cujo título, “O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental”, indica o cerne da pesquisa: apurar se o conhecimento do magistrado acerca da investigação preliminar impede o imparcial processamento das circunstâncias e provas do fato *sub judice* ou se o julgador é conduzido pela linha persecutória dos agentes estatais responsáveis pela investigação.

A pesquisa, como abordado alhures, tem como base a teoria da dissonância cognitiva e dois processos cognitivo-comportamentais dela decorrentes, os quais resultam do rompimento do estado de equilíbrio cognitivo, resumidos pelo efeito inércia ou perseverança ao superestimar as hipóteses pré-concebidas, em detrimento de outras desconsideradas e/ou contraditórias àquelas tidas como verdadeiras; e pelo princípio da busca seletiva de informações, de maneira que somente as informações que confirmem crenças prévias serão selecionadas, e refutem as informações dissonantes.

Destarte, os estudos de Festinger e de Schünemann reforçam que o ser humano busca constantemente uma estabilidade cognitiva, o que implica evitar ou desvalorizar elementos dissonantes e confirmar hipóteses previamente formadas, corroborando de forma enviesada os elementos que moldaram o pré-julgamento. No campo do processo penal, seguindo o mesmo raciocínio lógico da teoria, o juiz que, na fase investigatória, decide sobre questões que tangenciam o mérito, como a existência do crime e a autoria, inevitavelmente pode desenvolver um viés que o impede de analisar de maneira absolutamente imparcial as provas e argumentos apresentados na fase processual.

Ao levantar o debate da contaminação do magistrado com o conteúdo do caderno policial, a prova que não poderá ser repetida posteriormente em juízo é a que merece maior atenção, uma vez que, a prova, em princípio, considerada pré-constituída, passa a ser constituída, ainda que não perpassa pelo contraditório real, pois o contraditório diferido para a etapa judicial, como já visto, é meramente *pro forma*.

Ainda assim, o juiz está autorizado pelo artigo 155 do CPP a utilizar a prova irrepetível para fundamentar suas decisões.

Com o intuito de evitar o contato do juiz de mérito com os elementos probatórios do inquérito o Projeto de Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) previu a implementação do juiz das garantias, para que este atuasse na fase preliminar até o recebimento da denúncia, cujo oferecimento costuma vir acompanhado da integralidade dos autos policiais. A partir de então, após o recebimento da denúncia, o juiz julgador passaria atuar, já na etapa de instrução processual. Porém, a aprovação parcial do texto legislativo tornou inócuo o cargo desse novo juiz para a finalidade de preservar o juiz julgador, visto que, com a decretação de inconstitucionalidade, a competência do “juiz garantidor” encerra-se com o oferecimento da denúncia, ficando a cargo do juiz julgador o recebimento da denúncia, proporcionando todo material investigativo.

É o que se depara da leitura do teor dos atuais artigos 3º-A ao 3º-F, do CPP, inseridos pelo “pacote” Pacote Anticrime”, dos quais, em suma, extrai-se a adoção do sistema acusatório, com a vedação da iniciativa do juiz na fase investigativa, as atribuições e competência definidas, a observância aos direitos constitucionais do investigado e o obrigatório afastamento da fase instrutória do juiz que atuou como garantidor nas investigações.

O Ministro Luiz Fux, ao suspender a eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do CPP, em 2020, (STF, ADI n. 6.299 MC/DF), reputou questionável a presunção de que juízes que acompanham investigações tenha a tendência de produzir vieses que prejudiquem o exercício imparcial da jurisdição, especialmente na fase processual penal. Nesse sentido, o ministro argumentou que: “(...) A base das ciências comportamentais é o caráter empírico de seus argumentos. A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. Mais ainda, também não se pode inferir, a partir desse dado científico geral, que a estratégia institucional mais eficiente para minimizar eventuais vieses cognitivos de juízes criminais seja repartir as funções entre o juiz das garantias e o juiz da instrução. Defensores desse argumento sequer ventilam eventuais efeitos colaterais que esse arranjo pode produzir, inclusive em prejuízo da defesa”.

No formato implementado do juiz das garantias, o juiz da instrução e julgamento continua, como antes, em contato com o conteúdo investigativo, produzido sem contraditório. Diferindo-se, e muito, dos modelos estrangeiros, especialmente o italiano, que serviu de fonte de inspiração para o Brasil.

Na Itália, com o *giudice per le indagini preliminari* (GIP) e, na Alemanha, com o *Ermittlungsrichter* (juiz das investigações), o afastamento do juiz de cada etapa “processual” é bem delineado e, aliado a isso, a prova irrepitível conta com tratamento especial para que o contraditório seja real, respeitado assim que se produz a prova e não na modalidade postergada.

Para a Alemanha, que não usa a expressão referente à “irrepetibilidade”, em uma situação de perigo de demora, o juiz da investigação atuará na qualidade de “Promotor de Justiça em caso de urgência” – *der Notstaatsanwalt*, como manda o § 165 do *StPO*, exaurindo-se sua competência com a decisão de encerramento das investigações por parte do Ministério Público e, sendo o caso, com a propositura da ação penal contra o denunciado (*der Angeschuldigte*) perante o Tribunal de Estado.

No país germânico, o *Ermittlungsrichter* (juiz da investigação) garante o afastamento do juiz julgador do conteúdo investigativo e a observância dos direitos fundamentais do suspeito.

De outra senda, a Itália cuidadosamente separa em três autos os conteúdos obtidos durante as investigações, destinando ao juiz de mérito apenas uma parcela do material colhido, o qual contém as provas que poderão ser utilizadas em julgamento (*fascicolo per il dibattimento*), compondo com a decisão do recebimento da denúncia, o rol de testemunhas e as provas não repetíveis e/ou antecipadas.

O sistema processual penal italiano conta com o incidente probatório, procedimento semelhante ao de prova antecipada do sistema processual nacional, justamente para garantir a participação das partes na produção urgente de determinada prova que futuramente não poderá ser repetida em juízo em razão de sua irrepetibilidade natural. Razão pela qual as provas irrepitíveis transponíveis aos autos que serão encaminhados ao juiz de instrução serão essencialmente aquelas que se formaram no incidente probatório, formando caráter de prova antecipada, ou, em casos excepcionais, as que eram urgentes e impostergáveis, e fundamentalmente não viabilizou a participação das partes.

Nesse aspecto, os sistemas processuais penais analisados no trabalho podem servir como inspiração para o tratamento a ser dispendido às provas irrepitíveis, especialmente no que confere ao valor nelas depositado e, por consequência, o fim mais adequado para sua utilização.

Em outras palavras, nos países europeus abordados há diferenciação para o uso das provas irrepitíveis por causas supervenientes, que, por óbvio, não houve descuido na perda da prova, mas a perda se deu por motivos imprevisíveis. Por sua vez, as provas

naturalmente irrepitíveis, previsivelmente irrepitíveis por sua natureza, devem ser submetidas ao contraditório ainda na fase das investigações, a serem chamados para o ato o suspeito, o seu advogado, o promotor e o juiz. Caso a prova não seja urgente a ponto de dispensar a presença das partes, a ausência de notificação gerará nulidade do ato e, por consequência, inutilização da prova.

Esse é ponto central para que a valoração da prova irrepitível seja justa.

Tendo em conta os efeitos da dissonância cognitiva, é de extrema relevância ponderar o peso que uma prova produzida sem observância ao contraditório real e que não poderá ser repetida na fase judicial terá na formação do “livre convencimento” do juiz da instrução que teve contato com a prova enviesada para a condenação. Essa “prova” tendenciosa, com características de elemento informativo, será fixada na psique do magistrado como uma versão unilateral que conduzirá a uma decisão condenatória; isso ocorre porque: (i) é significativamente mais comum que decisões condenatórias sejam proferidas quando o juiz tem acesso prévio aos autos da investigação preliminar; (ii) há uma grande deficiência na preservação adequada de informações que contradizem os elementos investigatórios, mesmo quando produzidas em juízo; e (iii) as perguntas formuladas durante a audiência de instrução frequentemente têm o propósito de confirmar um conhecimento prévio baseado no inquérito policial, em vez de buscar novas informações.

Ora, se a própria função de garantidor dos direitos fundamentais (CPP, art. 3º-B, *caput*), exercida pelo magistrado nessa fase investigatória, lhe impõe o dever de proceder a uma minuciosa análise dos pressupostos e requisitos das medidas cautelares, o que o faz com base nos elementos informativos colhidos unilateralmente pelos órgãos persecutórios, parece razoável supor que isso, por si só, já teria contribuído para a formação de sua convicção acerca do caso penal, sobre a certeza da existência do crime e provável culpabilidade do acusado, perdendo, como consequência, a imparcialidade necessária para o correto exercício da atividade jurisdicional.

Afinal, não são raras as hipóteses em que uma decisão proferida na fase investigatória, decretando, por exemplo, uma medida cautelar, apresenta uma ampla fundamentação e um juízo valorativo sobre circunstâncias do fato e do indivíduo, que denotam praticamente um convencimento pré-formado na mente do julgador.

Nas palavras de Ritter, partindo-se “do princípio de que todos buscam um estado interior de consonância (coerência) entre os conhecimentos que possuem (cognições), a teoria da dissonância cognitiva explica, em suma, que a presença de dissonância

(incoerência) entre cognições, inevitavelmente origina pressões (conforme sua magnitude) para sua redução e evitação do seu aumento, visando à retomada daquele estado harmonioso”⁴⁰⁵.

Todos esses estudos e pesquisas acerca da teoria da dissonância cognitiva demonstram, à evidência, que se não há certeza quanto à perda de parcialidade do magistrado, pelo menos se cria uma fundada suspeita acerca de possíveis prejuízos à garantia da imparcialidade em um processo penal que admite a atuação de ofício do juiz na fase judicial da persecução penal, e até pouquíssimo tempo também na fase investigatória, permite, ademais, o livre contato do julgador com os autos do inquérito policial, cujos elementos informativos poderiam, até bem pouco tempo, ser utilizados de maneira subsidiária para fins de formação do convencimento do juiz (CPP, art. 155, caput, com redação dada pela Lei n. 11.690/08).

Por isso, nas palavras de Rosa, “a relevância democrática da cisão entre juiz das garantias e juiz de julgamento, com a exclusão dos atos de investigação, porque mitiga o efeito da dissonância cognitiva”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ RITTER, 2016: 97-98.

⁴⁰⁶ ROSA, 2020: 151.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Manuel de,

(2022) O sistema judicial alemão. Um breve excurso sobre o modelo de organização judiciária. In *Revista de Direito Civil*, VII, 4, p. 855-870.

ALEMANHA,

(1987) *Die Strafprozessordnung*.

AMBOS, Kai,

(2009) A Teoria do efeito extensivo no Direito Processual Penal Estadunidense e sua aplicação ao Processo Penal Alemão. Informativo Pitsch, *Strafprozessuale Beweisverbote*.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri,

(2009) *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

AMODIO, Ennio,

(1974) Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XVII, p. 373-376.

ARAÚJO, Marcelo Azambuja,

(2017) Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 16, p. 233-246, jan./jun.

ARENHART, Sérgio,

(2005) *A verdade e a prova no processo civil*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/617012042/Arenhart-Sergio-A-Verdade-e-a-Prova-No-Processo-Civil-1> . (Acessado em 04/01/2025).

AROCA, Juan Montero; RAMOS, Manuel Ortells; CÓLOMER, Juan-Luis Gómez;
REDONDO, Alberto Montón,
(1996) *Derecho jurisdiccional III*. Proceso penal. Barcelona: José Maria Bosch Editor.

AROCA, Juan Montero,
(2000) *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch.

AROCA, Juan Montero,
(2011) *La prueba en el proceso civil*. 6. ed. Espanha: Thomson Reuters.

AVENA, Norberto,
(2010) *Processo penal esquematizado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy,
(2003) *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy,
(2015) *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy,
(2016) *O valor probatório do inquérito policial*. Polícia e investigação no Brasil. Brasília: Gazeta Jurídica.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy,
(2023) *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/processo-penal-ed-2023/1929470064>. (Acessado em 13/08/2024).

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo,
(2007) Standards probatórios no processo penal. *Revista AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, p. 161-185, nov.

BECCARIA, Cesare,

(2000) *Dos delitos e das penas*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret.

BENEDETTI, Amadeo,

(2003) *L'osservazione per l'intelligence e l'indagine*. Genova: Erga Edizioni.

BIONDI, Giuseppe,

(2006) *L'incidente probatorio nel processo penale*. Milano: Editore Giuffrè.

CASARA, Rubens R. R; MELCHIOR, Antônio Pedro,

(2013) *Teoria do processo penal brasileiro - dogmática e crítica: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BEULKE, Werner,

(2020) *Strafprozessrecht*. 12^a ed., Heidelberg: C.F. Müller.

BRASIL,

(1941) Decreto-Lei n. 3.689 (Código de Processo Penal).

(1988) Constituição da República Federativa do Brasil.

(1996) Lei n. 9.296.

(2006) Lei n. 11.343.

(2008) Lei n. 11.690.

(2008) Lei n. 11.689.

(2013) Lei n. 12.850.

(2015) Lei n. 13.105 (Código de Processo Civil).

(2019) Lei n. 13.964.

CAMBI, Eduardo,

(2006) *A prova civil*. Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAPPELLETTI, Mauro,

(1974a) *El proceso civil en el derecho comparado*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.

CAPPELLETTI, Mauro,

(1974b) *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.

CAPEZ, Fernando,

(2016) *Curso de Processo Penal*, 23ª ed. São Paulo: Saraiva.

CARNELUTTI, Francesco,

(2002) *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller.

CARRARA, Francesco,

(1902) *Programma del corso di Diritto Criminale*, Parte Generale, volume II, 9ª edição. Firenze: Fratelli Cammelli.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo; CUNHA MARTINS, Rui,

(2012) *Decisão judicial*. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madrid: Marcial Pons.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de,

(2014) *Processo penal e Constituição*: princípios constitucionais do processo penal. São Paulo: Saraiva.

CHIAVARIO, Mario,

(1982) *Processo e garanzie dela persona*. Milano: A. Giuffrè.

CHOUKR, Fauzi Hassan,

(2017) *Iniciação ao Processo Penal*. Florianópolis: Empório do Direito.

COMOGLIO, Luigi Paolo,

(1990) Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo CPP. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, jan.-mar, fasc. I, pp. 113-47. Milano: Giuffrè.

CONIGLIO, Antonino,

(1920) *Le presunzioni nel processo civile*. Palermo: Celere.

CORBI, Fabrizio,

(1975) *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*. Milão: Giuffrè.

CORDERO, Franco,

(1963) Tre studi sulle Prove Penali. Milão: Giuffrè.

CORDERO, Franco,

(2006) Um'arma contro due. *Rivista di diritto processuale*, v.61, n. 3, p. 807-812, luglio/sett. Padova: A. Milani.

CORDÓN AGUILAR, Julio César,

(2011) *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el Proceso Penal*. Salamanca: Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP).

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda,

(2000) *Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro*. Separata ITEC, ano 1, n. 4 – jan/fev/mar.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda,

(2001) Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*, 2001/2002.

COUTURE, Eduardo J.,

(1999a) *Fundamentos do direito processual civil*. Campinas: Red Livros.

COUTURE, Eduardo,

(1999b) *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*. Buenos Aires: Depalma.

CUNHA MARTINS, Rui,

(2013) *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. São Paulo: Atlas.

DENTI, Vittorio,

(2004) *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org),

(2005) *Processos Penais da Europa*. Tradução: Fauzi Hassan Choukr, colab Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juri.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando,

(2002) *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I. Bogotá: Temis.

DI MARTINO, Corrada; PROCACCIANTI, Teresa,

(2010) *La prova testimoniale nel processo penale*. 2ª ed., Padova: Cedam.

DINAMARCO, Cândido Rangel,

(2004) *Instituições de direito processual civil*. v. III, 4. ed., São Paulo: Malheiros.

DOMINIONI, Oreste; CORSO, Piermaaria; GAITO, Alfredo; SPANGHER, Giorgio; GALANTINI, Novella; FILIPPI, Leonardo; GARUTI, Giulio; MAZZA, Oliviero; VARRASO, Gianluca; VIGONI, Daniela,

(2018) *Procedura penale*. 6. ed., Turim: G. Giappichelli.

FEITOZA, Denilson,

(2010) *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 7ª ed., Niterói: Impetus.

FERNANDES, Antônio Scarance,

(2005) *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimetro no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FERNANDES, Antônio Scarance,

(2012) *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERNANDES, Lara Teles,

(2019) *Prova testemunhal no Processo Penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. Florianópolis: Ematis.

FERRAJOLI, Luigi,

(2006) *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FERRAJOLI, Luigi,

(2009) *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 9. ed., Madrid: Trotta.

FERRUA, Paolo,

(2012) *Il giusto processo*. 3ª ed., Bologna: Zanichelli.

FERRUA, Paolo,

(2017) *La Prova nel processo penale*. Struttura e procedimento. 2. ed, v. I, Turim: Giappichelli.

FESTINGER, Leon,

(1978) *Teoria da dissonância cognitiva*. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar.

FREY, Dieter,

(1978) *Kognitive Theorien der Sozialpsychologie*. 1 ed., Bern: Huber.

FREY, Dieter; DAUENHEIMER, Dirk; PARGE, O. & HAISCH, Jochen,

(1993) Die Theorie sozialer Vergleichsprozesse. In: Frey, D. & Irle, M. (Hrsg.): *Theorien der Sozialpsychologie, Band I: Kognitive Theorien*, 2 ed., Bern: Huber.

GALLI, Joel Eliseu,

(2012) A representatividade garantista do júri popular na raiz constitucional como forma de repulsa ao recurso da dúvida como fundamento da decisão de pronúncia. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/a-representatividade-garantista-do-juri-popular-na-raiz-constitucional-como-forma-de-repulsa-ao-recurso-da-duvida-como-fundamento-da-decisao-de-pronuncia/> (Acessado em 11/08/2024).

GESU, Cristina Di,

(2019) *Prova penal e falsas memórias*. 3ª ed., Porto Alegre: Editora do Advogado.

GIACOMOLLI, Nereu José,

(2008) *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GIACOMOLLI, Nereu José,

(2016) *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª ed., São Paulo: Atlas.

Gloeckner, Ricardo J,

(2015) Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 117, p. 263-286.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães,

(2009) *Prova – Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord). *As reformas no processo penal. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora dos Tribunais.

GRECO FILHO, Vicente,

(2010) *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães,

(2010) *As Nulidades no Processo Penal*. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUILLÉN, Víctor Fairén,

(1992) *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

HALLER, Klaus; COZEN, Klaus,

(2020) *Das Strafverfahren*. 8ª ed., C.F. Müller.

HARTMANN, Érica de Oliveira,

(2003) Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 39. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v39i0.1749> (Acessado em 03/10/2023).

HERGER, Martin,

(2013) *Strafprozessrecht*. 1ª ed., Stuttgart: Kohlhammer Verlag.

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

(2022) *Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça*. 2ª ed. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf> (Acessado em 21/12/2024).

ITÁLIA,

(1988) *Codice de Procedura Penale*.

KELSEN, Hans,

(2013) *Teoria pura do direito*. Traduzido por J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais.

KNIJNIK, Danilo,

(2001) Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, n. 353, jan/fev.

KNIJNIK, Danilo,

(2007) *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense.

KINDHÄUSER, Urs; SCHUMANN, Kay H.,

(2019) *Strafprozessrecht*. 5 ed., Baden-Baden: Nomos.

KOZIELECKI, Józef,

(1996) *The mechanism of self-confirmation of hypothesis in a probabilistic situation*. In Symposium 25: Heuristic processes in thinking. International Congress of Psychology, Moscow, pp. 86–95.

LIMA, Renato Brasileiro de,

(2024) *Manual de Processo Penal*. 13ª ed., São Paulo: JusPodium.

LOPES, Mariângela Tomé,

(2011) *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/>. (Acessado em 02/01/2025).

LOPES JR., Aury,

(2010) *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen,

(2014) *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva.

LOPES JR., Aury,

(2014) Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender imparcialidade do juiz. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz/>. (Acessado em 24/02/2024).

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz,

(2016) A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº16, set.-dez. 2016, p. 55-91. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11252> . (Acessado em 30/09/2024).

LOPES JR., Aury,

(2021) *Direito Processual Penal*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva.

LOZZI, Gilberto,

(2013) *Lezioni di procedura penale*. 8. ed., Torino, Italy: G. Giappichelli Ed.

MALAN, Diogo Rudge,

(2009) *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino,

(1996) *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, V, I, São Paulo: Bookseller.

MATILDA, Janaína,

(2019) *Standard de prova: a modéstia necessária a juízes na decisão sobre fatos*.

Disponível em: [\(PDF\) MATILDA Standards de prova A modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção](#).

MENDES, Paulo de Sousa,

(2014) *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina.

MENDRONI, Marcelo Batlouni,

(2010) *Provas no processo penal* – estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas.

MEYER-GOßNER, Lutz; SCHMITT, Bertram,

(2018) *Strafprozessordnung – Kommentare*. 61. ed., Munique: C.H. Beck.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel,

(1997) *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José Maria Bosch.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis,

(2009) *A prova por indícios no processo penal*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

NIEVA-FENOLL, Jordo,

(2012) *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

NOBILI, Massimo,

(1974) *Il principio del libero convincimento del Giudice*. Milano: A. Giuffrè.

NUCCI, Guilherme de Souza,

(2011) *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de,

(2003) *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

OLIVEIRA, Daniel Kessler,

(2016) *A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de,

(2010) *Curso de processo penal*, 13. ed., Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de,

(2016) *Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro*. PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica.

PEREIRA, Rui Soares,

(2019) *Los Modelos de Prueba: cuestionamiento de su elección y aplicación considerando um caso paradigmático*. In AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Eds.) *Fundamentos de Derecho Probatorio em matéria penal*. Valência: Tirant Lo Blanch.

PITOMBO, Sérgio marcos de Moraes,

(2018) *Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial – perspectivas para o futuro*. In: GIL, Maria Eugênia (Org.). *Obra em Processo Penal*. São Paulo: Singular.

Pitz, G. F.:

(1968) *Information seeking when available information is limited*. In *Journal of Experimental Psychology*, 76 (1, Pt. 1), p. 25–34. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/h0025302>. (Acesso em 30/12/2024).

ROSA, Alexandre Morais da,

(2020) *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 6ª ed., Florianópolis: EMais.

REZENDE, Guilherme Madi,

(2010) Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – Descabimento. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 207. Disponível em: <http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim207.pdf>. (Acessado em: 06/10/2024).

RITTER, Ruiz.

(2016) *A Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva*. Porto Alegre: PUCRS. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Publicada em 2017 pela editora Empório do Direito.

ROCA, Elvira Nadia la,

(2013) *Le regole di esclusione della prova nel processo penale*. Roma: Aracne.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd,

(2009) *Strafverfahrensrecht*. 26. ed., Munique: C.H. Beck.

SÁ, Priscila Placha,

(2010) Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no Projeto de Lei do Senado 156/2009. O novo Processo Penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SAAD, Marta,

(2004) *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SABATINI, Guglielmo,

(1911) *Teoria delle prove nel diritto giudiziario penale*. 2ª parte, Catanzaro: Tip. Gaetano Silipo.

SANTOS, Moacyr Amaral,

(1968) *Prova judiciária no cível e comercial*. 3. ed., v. I, São Paulo: Max Limonad.

SANTOS, Moacyr Amaral,

(1952) *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 2ª ed., correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad.

SCAPARONE, Metello,

(2008) *Compendio di procedura penale*. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio (Coords.). 4. ed., Padova: Cedam.

SCHNEIDER, Hartmut,

(2013) *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7ª ed., Munique: C.H. Beck.

SCHROEDER, Friedrich-Christian.

(2007) *Strafprozessrecht*, 4. ed., Munique: C.H. Beck.

SCHÜNEMANN, Bernd,

(2012) O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental (Tradução por José Danilo Tavares Lobato). *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set/dez.

SCHÜNEMANN, Bernd,

(2013) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons.

SILVA, De Plácido e,

(2010) *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense.

SIRACUSANO, Delfino; SIRACUSANO, Fabrizio,

(2013) *Le Prove*. In: SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale Penale*. Edizione a cura de CHIARA, G. Di; PATANÈ, V.; SIRACUSANO, F. Milano, Italy: Giuffrè.

SOARES, Gustavo Torres,

(2016) *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.

STEIN, Friederich,

(1999) *El Conocimiento Privado del Juez*. Ed. 2. Bogotá: Temis.

TARUFFO, Michele,

(1992) *La prova dei fatti giuridici – nozioni generali*. Milano: Giuffrè.

TARUFFO, Michele,

(2002) *La prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues,

(2010) *Curso de direito processual penal*. 4. Ed., Salvador: JusPodivm.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta,

(2014) *Il diritto delle prove penali*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore.

TONINI, Paolo,

(2018) *Manuale di Procedura Penale*. 19. ed. Milano, Italy: Giuffrè.

Tonini, Paolo,

(2002) *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa,
(2009) *Manual de Processo Penal*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa,
(2010) *Código de Processo Penal Comentado (artigos 1º ao 393)*. 13ª ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva.

TRAMONTANO, Luigi,
(2011) *Codice di procedura penale*. Itália: La Tribuna.

UBERTIS, Giulio,
(1992) *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milão: Giuffrè.

UBERTIS, Giulio,
(2015) *Profili di epistemologia giudiziaria*. Milano: Giuffrè.

UBERTIS, Giulio,
(2005) *Il contraddittorio nella formazione della prova penale*. In: YARSHELL, Flávio Luis; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. 1ª ed., São Paulo: DPJ.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de,
(2018) *A prova no processo penal: a importância da valoração do lastro probatório e de seu controle por meio recursal*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 13, n. 2, p. 695-721, ago. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369430012>. (Acesso em 04/01/2025).

VELLOSO, Adolfo Alvarado,
(2015) *La prueba judicial: notas críticas sobre la confirmación procesal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

VOLK, Klaus; ENGLÄNDER, Armin,
(2013) *Grundkurs StPO*. 8. ed. Munique: C.H. Beck.

JURISPRUDÊNCIA

STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1.032.853/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 27/02/2018, DJe 07/03/2018;

STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 521.131/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/02/2018, DJe 21/02/2018;

STJ, 5ª Turma, HC 413.104/PA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 08/02/2018, DJe 15/02/2018;

STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 312.502/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 13/06/2017, DJe 01/08/2017;

STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1581047/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ 01/06/2017;

STF, ADI 6.581/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 24/08/2023;

STF, HC 70.344/RJ, 2.ª T., rel. Min. Paulo Brossard, publicado em 22/10/1993;

STF, AP 481/PA, rel. Min. Dias Toffoli, Rev. Min. Luiz Fux, DJ 08/09/2011;

TRF 4ª Região, ApCrim. n. 5026212-82.2014.4.04.7000, Des. João Pedro Gebran Neto, DJe 25/02/2019.