

ARTICULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: UM ENFOQUE SOBRE A PROVA

Ionéia de Sousa MARQUES (1); Luiz Claudio Araújo COELHO (2)

(1) Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO, Rua Conselheiro Estelita, 500 – Centro – Fortaleza/CE, (85) 3101 2223, e-mail: ioneiamarques@yahoo.com.br

(2) Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – FAMETRO, Rua Conselheiro Estelita, 500 – Centro – Fortaleza/CE, (85) 3101 2223, e-mail: bleve@bol.com.br

RESUMO

Ainda que pese a consagração do livre convencimento motivado na esfera da processualista penal, existem algumas formas de prova legal que limitam a liberdade do julgador. Dessa forma, não cabe mais ao órgão julgador uma ampla iniciativa probatória, pois deve se limitar ao que os direitos à ampla defesa e ao contraditório contemplam. Assim, este estudo objetiva conhecer os princípios constitucionais que se projetam sobre a disciplina da prova na seara penal, condicionando a atuação do órgão julgador na composição da decisão judicial, bem como definindo os limites de sua atuação processual. Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa de cunho descritivo-exploratório. Os princípios constitucionais constituem fontes formais do processo que têm o escopo de definir os critérios legais a serem obedecidos, visando o objetivo de carrear aos autos provas que demonstrem a existência ou inexistência de um fato alegado e que possam ser apreciadas em juízo. Não há comunhão entre os doutrinadores sobre os princípios que regem o processo penal, sendo, portanto, abordados nesse estudo os princípios da auto-responsabilidade das partes, da audiência contraditória, da aquisição ou comunhão da prova, da oralidade, da concentração, da publicidade e do livre convencimento motivado. Nessa esteira, teve-se a pretensão de aguçar o processo de compreensão sobre os princípios que incidem sobre o instituto da prova, bem como fornecer elementos para a discussão acerca a produção, valoração e julgamento da prova no processo penal.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Direito penal. Processo penal.

1 INTRODUÇÃO

O direito à prova decorre do Estado Democrático de Direito inaugurado com a promulgação da Constituição de 1988. O artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais, traz esta garantia insculpida no direito de ação, no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa. É nesse sentido que devem ser entendidas as palavras de Souza (2008, p. 24), ao explicar que o direito à prova se desdobra em “três realidades procedimentais: o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, consistindo, basicamente, no direito de influenciar na formação do convencimento do órgão julgador”.

O processo penal deve ser conduzido sob o influxo dos princípios e regras de natureza constitucional. As características constitucionais desse ramo do direito o tornam um micro-sistema, que se manifesta na incorporação de princípios, como a presunção de inocência e a garantia das liberdades constitucionais. O processo penal, a seu turno, deve primar por concretizar um procedimento probatório que garanta a efetivação dos direitos fundamentais, incluindo-se nesse rol o direito constitucional à prova.

O direito à prova no processo penal é direito subjetivo. Vislumbrando todas as suas fases, fica evidente que ocorrem dois fenômenos distintos que se apresentam respectivamente tanto na apresentação do material probatório quanto na participação do acusado em todas as fases do procedimento de constituição da prova. Esse pensamento é perflhado por Gomes Filho (1997, p. 84), para quem “o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz”.

A produção da prova em juízo obedece ao chamado procedimento probatório. A seu respeito Marques (2000, p. 364) conclui que “é o conjunto de todas as atividades levadas a efeito, no processo para a prática das provas”. O autor completa seu raciocínio indicando os diversos momentos em que se desenvolve o procedimento probatório, a saber: proposição da prova, admissão da prova e execução ou produção da prova. O procedimento probatório liga-se, então, diretamente ao chamado direito à prova.

Com o advento da Carta Magna de 1988, o sistema acusatório foi constituído como modelo processual penal, mostrando que a busca da verdade real, que anteriormente se pautava por um caráter absoluto e inquisitorial, não encontra espaço nas lides criminais, visto que atualmente o processo visa assegurar a todos o direito à ampla defesa e ao contraditório como garantia constitucional. Como fundamento desse entendimento, partilha-se da compreensão de Barros (2008, p. 14), quando afirmar que “a noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-dependente dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional”.

Dessa forma, não cabe mais ao órgão julgador uma ampla iniciativa probatória, pois deve se limitar ao que os direitos à ampla defesa e ao contraditório contemplam.

O Código de Processo Penal vigente, a partir da nova redação inserida pela lei 11.690/2008, declinou expressamente em seu artigo 155, que “o juiz formará sua convicção pela apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Combinado com o artigo 381, inciso III, que ordena ao juiz que ao proferir sua sentença terá que expor os motivos de fato e de direito que fornece fundamento a sua decisão proferida, instituiu o sistema da livre convicção motivada do órgão julgador no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda que pese a consagração do livre convencimento motivado na esfera da processualista penal, existem algumas formas de prova legal que limitam a liberdade do julgador na produção, valoração e julgamento da prova. Tais casos são representados pelo exame de corpo de delito, para as infrações que deixam vestígios, e também, a prova sobre o estado das pessoas.

Para Nascimento (2005), as provas ilícitas também representam uma limitação ao princípio do livre convencimento motivado do órgão julgador.

Admitindo-se que a vedação às provas ilícitas impossibilita que o julgador fundamente sua decisão nessas provas, também será uma forma de restrição ao livre convencimento do juiz, posto que mesmo tendo convicção sobre determinado fato, não poderá utilizá-lo para sustentar sua decisão, se ele foi levado ao processo por intermédio de uma prova ilícita.

Depreende-se, portanto, que o magistrado deve se ater aos domínios do processo ao fundamentar sua decisão, embasando-a na prova inserida nos autos. Contudo, de acordo com o livre convencimento, o julgador pode valorar as provas como sua convicção dispuser.

Desse modo, torna-se imperioso conhecer os princípios constitucionais que se projetam sobre a disciplina da prova na seara penal, condicionando a atuação do órgão julgador na composição da decisão judicial, bem como definindo os limites de sua atuação processual. Ao dispor sobre a reforma do processo penal, Gomes, Cunha e Pinto (2008) salientam que houve um destaque ao crivo dos princípios constitucionais incidentes sobre a prova. E mais, vincula-se o presente estudo dos princípios ditos constitucionais por se acatar o entendimento veiculado por Nucci (2008, p. 21), segundo o qual “o princípio constitucional há de ser respeitado como elemento irradiador, que imanta todo o ordenamento jurídico”.

Cabe ressaltar que não serão abordados todos os princípios, posto não ser este o interesse maior. A exposição também não visa esgotar o assunto, mas tão somente discutir alguns tópicos avaliados como significativos para a compreensão dos ditos princípios. Dessa forma, serão tangenciados apenas os princípios que se relacionam especificamente com o instituto da prova.

2 TRAÇADO METODOLÓGICO

A pesquisa é um procedimento formal, com métodos de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para reconhecer a realidade ou para descobrir verdades, ainda que parciais (LAKATOS e MARCONI, 2005).

O presente estudo se assenta na modalidade de pesquisa qualitativa, de cunho descritivo-exploratório. Segundo André (2005), as abordagens qualitativas de pesquisas se fundamentam numa perspectiva que valoriza o papel ativo do sujeito no processo de produção de conhecimento e que concebe a realidade com uma construção social. A referida autora revela que há uma valorização do sujeito no desenvolvimento da pesquisa facilitando com isso a produção do conhecimento através da análise da realidade.

A partir do acesso, seleção e leitura de bibliografia temática, procurou-se construir uma primeira aproximação ao objeto de estudo. Assim, os pesquisadores puderam se instrumentalizar de dados atuais que permitiram maior compreensão da realidade (LAKATOS; MARCONI, 2005).

Nesse sentido, Gil (2002, p. 44), circunscreve a pesquisa bibliográfica como exigência de quase todos os estudos. Alerta, ainda, que os estudos exploratórios podem ser efetivados sob essa modalidade de pesquisa e conclui que a pesquisa bibliográfica é “desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho dessa natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas”.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os princípios que regem as provas estão disciplinados na Constituição Federal. Eles constituem fontes formais do processo que têm o escopo de definir os critérios legais a serem obedecidos, visando o objetivo de carrear aos autos provas que demonstrem a existência ou inexistência de um fato alegado e que possam ser apreciadas em juízo. Sendo assim, o processo deve ser elaborado em consonância com os princípios, uma vez que estes são normas de caráter geral, que tem como característica subsidiar a elaboração de diretrizes para todo o ordenamento jurídico. Desta forma, torna-se imprescindível sua observância para que se tenha a eficácia processual legitimada pela legalidade dos atos.

Neste sentido, Alexy (1986) ensina que os princípios são normas que dão ordem, que devem ser cumpridas da melhor maneira possível dentro das possibilidades que oferece o ordenamento jurídico, por serem mandamentos de otimização.

Não há comunhão entre os doutrinadores sobre os princípios que regem o processo penal. Segundo Aranha (1999), essa divergência se funda na seleção dos critérios, que é estabelecida por cada doutrinador. Assim, serão abordados nesse estudo, ainda que se reconheça a existência de outros tantos, os princípios da auto-responsabilidade das partes, da audiência contraditória, da aquisição ou comunhão da prova, da oralidade, da concentração, da publicidade e do livre convencimento motivado.

Cada um desses princípios será comentado a seguir para que se possa explicitar o conteúdo que lhes são afetos.

Pelo princípio da auto-responsabilidade das partes imputa-se ao declarante o ônus de carrear aos autos o material probatório que possa provar o fato alegado em juízo. Este princípio declara que a parte que apresenta uma alegação tem a responsabilidade de comprová-la por intermédio de provas, sejam elas

pessoais, periciais ou documentais. Por outro lado, a parte suportará os efeitos de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, isto é, as partes assumem e suportam a responsabilidade de sua inércia, negligência, erro ou ato intencional, que o juiz não pode suprir sem produção processual de provas (CAPEZ, 2003, p. 259).

O princípio da audiência contraditória estabelece que na esfera penal predomine o princípio da audiência bilateral, que é o direito de se apresentar em juízo a contraprova para cada prova produzida. Haverá a oitiva da parte adversa, não podendo se admitir que se produza e se apresente prova sem que se abra vistas ao processo para que a parte contrária possa elaborar sua defesa, se assim o desejar.

Segundo Marques (2000), a jurisprudência formulou entendimento pacífico quanto à nulidade do processo nos casos em que a parte contrária não tem conhecimento da prova apresentada ou que a ela não lhe seja ofertada oportunidade de se manifestar sobre a nova prova constante dos autos.

O princípio da aquisição ou comunhão da prova alude, ao menos no campo penal, à impossibilidade de exclusividade de utilização da prova produzida, ou seja, a prova não pertence a nenhuma das partes isoladamente. Quando apresentadas elas passam a integrar o processo. Dessa forma, “as provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador” (CAPEZ, 2003, p. 260).

Estabelecida a relação processual, as provas inseridas nos autos tornam-se disponíveis a qualquer dos sujeitos processuais: autor, réu ou juiz. O que pertence à esfera de direitos da parte é o ônus de produzi-la, caso seja alegada em juízo, e ao ser produzida esta passa a integrar um sistema unificado que serve aos litigantes e ao estado-juiz. O Supremo Tribunal Federal, na ação de Habeas Corpus n.º 98.997, fez o seguinte pronunciamento no que se refere ao princípio que hora se discute: “os princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja dão origem ao princípio da comunhão das provas”.

Em razão do princípio da oralidade, no processo penal ocorre a predominância da palavra falada em detrimento da escrita, onde os depoimentos são sempre orais, não devendo ser substituída por outro meio como fonte de declaração. Desta forma, prevalece a palavra falada, a proximidade do juiz com as partes e as provas produzidas e a concentração da causa no tempo. Exceto a prova testemunhal e a pericial, todas as demais provas são produzidas na audiência de instrução, caso o rito seja o ordinário, e na audiência de instrução e julgamento, caso o rito seja o sumário. Esse princípio desautoriza a oitiva por meio de vídeo-conferência.

Por sua vez, o princípio da concentração advém do princípio da oralidade que institui a audiência como espaço-tempo privilegiado para a produção da prova. Em busca de maior rapidez na colheita e produção de provas, as alegações e debates orais ocorrem na mesma audiência. Sendo um meio de se obter economia e agilidade processual, a oralidade empresta à audiência, como marca caracterizadora, a concentração. “Entretanto, como ocorre na oralidade, a concentração apenas se verifica, efetivamente, no procedimento do júri” (BARROS, 2001, p. 15).

O princípio da publicidade estabelece que todos os atos judiciais devem ser públicos, em regra, tanto para a produção da prova como para a audiência. Todas as decisões que forem tomadas no processo, como garantia do devido processo legal, carecem da devida publicidade. Todavia este princípio não é absoluto, pois comporta ressalvas processuais importantes.

Há a previsão extraordinária para que alguns processos corram em segredo de justiça. Essa exceção é única e de caráter excepcional. “Assim, diante dos textos ordinário e constitucional, como regra, a produção da prova em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas” (MOSSIN, 1998, p. 201).

Por fim, o princípio do livre convencimento motivado mantém vínculos com os sistemas de avaliação de prova, a saber: 1) o sistema da certeza moral do juiz; 2) o sistema da certeza moral do legislador; e, 3) o sistema da persuasão racional ou sistema do livre convencimento motivado.

O julgador, pelo sistema da certeza moral, decide sobre a admissibilidade e o valor das provas apresentadas nos autos. Desse modo, o órgão julgador dispõe de liberdade para avaliar as provas, sendo desnecessária a motivação de sua decisão. No ordenamento jurídico brasileiro este sistema encontra guarita no Tribunal do Júri, onde os julgadores decidem por íntima convicção.

Pelo sistema da certeza moral do legislador, também denominado de sistema da verdade legal ou formal, impõe uma valoração hierárquica das provas, vinculando a decisão judicial. Esse modelo não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio. O magistério de Capez (2003, p. 260) sobre o tema é elucidativo, pois no “princípio do livre convencimento motivado as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitada apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos”.

Pelo sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado, o magistrado fica livre para buscar a verdade e a apreciar as provas. Ele age apenas pela sua convicção, ou seja, pelas impressões sensoriais que lhe chegam tanto no tocante à admissibilidade das provas como também na avaliação que fará delas. No entanto, em seu mister, é imprescindível que toda decisão tomada seja motivada, não sendo acolhida as decisões sem a devida fundamentação.

Essa imposição do ordenamento jurídico possibilita às partes acompanhar a apreciação que o órgão julgador realiza no momento de decidir. Para Mirabete (2008, p. 260), nesse sistema, que permite a liberdade judicial no momento de apreciação da prova, a convicção formulada pelo juiz deve ser fundamentada, pois o órgão julgador “não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração. Foi este o adotado pelo Código de Processo Penal, em substituição ao sistema da certeza legal da legislação anterior”.

Torna-se imperioso frisar que, embora o comentário doutrinário de Mirabete (2008) tenha sido exarado antes da vigência das alterações promovidas pela Lei 11.690/2008 no Código de Processo Penal, sua relevância permanece inabalada por ainda estar presente na legislação em vigor.

Por sua vez, Pacheco (2008) destaca em seus ensinamentos que o processo penal deve ter basicamente três referenciais, reputados como sendo preceitos fundamentais, para nortear os princípios na esfera penal, a saber: o princípio da proteção da liberdade individual, o princípio instrumental-punitivo e o princípio da jurisdição. Neste ponto, Pacheco (2008) aprofunda as lições de Aranha (1999), porque, além dos princípios que este apresenta e detalha, aquele explicita referenciais básicos para todo o processo penal.

O princípio da instrumentalidade processual penal se refere ao entendimento de que o processo penal não é um fim em si mesmo, não se basta nem se mantém isolado no ordenamento jurídico. Muito pelo contrario, esse princípio desempenha duas finalidades, garantindo a liberdade e também servindo de elemento de aplicação do direito penal.

Nesse sentido, o princípio da instrumentalidade se subdivide em duas linhas de aplicação. Uma destinada à garantia dos direitos fundamentais, que se constitui no princípio da instrumentalidade do processo penal garantista. Diante dessa perspectiva, o processo penal pode ser considerado como instrumento de garantia da liberdade dos indivíduos envolvido na persecução penal. Encontram-se inseridas nesse entendimento as garantias albergadas pela Constituição Federal em favor do acusado, do ofendido e das testemunhas. Seus respectivos direitos fundamentais devem ser observados e jamais tolhidos pelos atos da persecução penal, que, por isso mesmo, devem primar pela legalidade das atividades desempenhas pelos sujeitos da relação processual e pelo devido processo legal.

A outra vertente do princípio em comento está representada pelo tema da punição no qual o processo penal se torna o instrumento de efetivação do interesse público ao propiciar a persecução penal das condutas repudiadas pelo corpo social.

Para Pacheco (2008), deverá haver harmonia entre a perspectiva instrumental-libertária, que é o processo garantista, e o processo instrumentalmente dirigido para a prática punitiva, que é a perspectiva instrumental-punitiva. Esse equilíbrio deve ser ponderado de modo a evitar a supremacia de um em detrimento de outro, causando o perecimento do equilíbrio entre as expressões do princípio da instrumentalidade.

O dever-poder punitivo do Estado não deve ser enfraquecido frente à liberdade individual. Se assim o for, haverá um desequilíbrio axiológico, frustrando um sopesamento equitativo dos valores em confronto. Segundo Pacheco (2008), tem que haver um desequilíbrio ponderado e não um aniquilamento da perspectiva instrumental-punitiva, pois o que se vislumbra é o princípio prevalente da liberdade e não a aplicação da supremacia da liberdade. Esse desequilíbrio, detectado pelo doutrinador, tem fundamento constitucional no princípio do contraditório, que é aplicado para todos os integrantes da relação processual penal, enquanto que o princípio da ampla defesa se refere tão somente ao acusado e seu defensor. Dessa forma, como assevera

Pacheco (2008), a instrumentalidade não é meramente princípio informativo ou somente interpretativo, mas constituinte mesmo do que se pode denominar essência processual.

Quanto ao princípio da jurisdição, que ocupa o núcleo da processualística, deve servir como referência a todo instituto processual. Ainda segundo Pacheco (2008, p. 124), a jurisdição “como aspecto da soberania estatal, é o núcleo em torno do qual gravitam os demais institutos processuais, que podem ou não ‘existir’, seja a ação, o processo, as partes, as condições da ação ou os pressupostos processuais”. Dessa forma, os institutos da ação, das partes, das condições da ação e dos pressupostos processuais surgiram como limitadores da jurisdição estatal e, como consequência, encontram-se justapostos a ela.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal ao interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime. Nada impede, portanto, que se utilizem provas com a utilização de meios técnicos ou científicos, como gravações em fita magnética, fotos, filmes, videofonograma etc., desde que obtidas lícitamente.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de provas indicados nos artigos 185 e 239 do Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo possível a utilização de outros meios de prova, além dos previstos legalmente.

Oportunizar esse entendimento viabiliza a demonstração de que a prova carrega capital importância nas lides penais. O estado-juiz não visa tão somente culpar o transgressor da norma, sem qualquer outra preocupação legal. A norma processual penal preconiza a elucidação dos fatos.

Nessa esteira, teve-se a pretensão de aguçar o processo de compreensão sobre os princípios que incidem sobre o instituto da prova no processo penal, bem como fornecer elementos para a discussão acerca a produção, valoração e julgamento da prova.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

ANDRE, Marli Eliza Dalmazio Afonso de. **Estudo de caso em pesquisa e avaliação educacional**. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS, Antônio Milton de. **Da prova no Processo no Penal**: apontamentos gerais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11690/08 e n. 11719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito: novo procedimento do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 6.ed – São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. 2. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, José Carlos. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Curitiba: **Jus Navigandi**. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Tribunal do júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e prática**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008.