

THAIS JUNQUEIRA MAGANINI MARTELLOZO

As declarações do acusado como fonte de prova: reavaliação do papel do imputado no processo penal à luz da eficiência e do garantismo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

THAIS JUNQUEIRA MAGANINI MARTELLOZO

As declarações do acusado como fonte de prova: reavaliação do papel do imputado no processo penal à luz da eficiência e do garantismo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação da Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo - SP

2020

Nome: MARTELLOZO, Thais Junqueira Maganini

Título: As declarações do acusado como fonte de prova: reavaliação do papel do imputado no processo penal à luz da eficiência e do garantismo

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Às minhas filhas Júlia e Beatriz,

Eternamente.

AGRADECIMENTOS

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina”.

(Cora Coralina)

RESUMO

MARTELLOZO, Thais Junqueira Maganini. *As declarações do acusado como fonte de prova: reavaliação do papel do imputado no processo penal à luz da eficiência e do garantismo*. 2020. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho tem o escopo de analisar, de forma crítica, a palavra do acusado e o seu tratamento durante a atividade probatória. O estudo foi realizado por meio do acurado exame da legislação nacional e estrangeira, bem como das posições dos mais diversos doutrinadores. A dissertação faz uma análise dos principais aspectos sobre a teoria geral da prova, da terminologia e da relevante distinção entre fonte de prova, meio de prova, elemento de prova e resultado probatório, na medida em que possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. Também discorre sobre as declarações do imputado no direito inglês, no direito norte-americano e, principalmente, no direito italiano, que influenciou fortemente o processo penal brasileiro. Trata, também, dos institutos do interrogatório, do direito ao silêncio e da confissão e da possibilidade de se entender as declarações do acusado como fonte de prova pessoal. Finalmente, há especial atenção à colaboração premiada, mais especificadamente ao valor probatório que tem a declaração do agente colaborador e a possibilidade de ser ele fonte de prova.

Palavras-chave: Direito. Direito Processual Penal. Prova. Interrogatório do acusado.

ABSTRACT

MARTELLOZO, Thais Junqueira Maganini. *The accused's statements as a source of evidence: reassessing the role of the accused in the criminal proceedings in the light of efficiency and guarantee*. 2020. 94 f. Dissertation (Master) - Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The present work aims to critically analyze the accused's word and his treatment during the probationary activity. The study was carried out through an accurate examination of national and foreign legislation, as well as the positions of the most diverse indoctrinators. The dissertation analyzes the main aspects of the general theory of evidence, terminology and the relevant distinction between the source of evidence, the means of proof, the evidence and the evidential result, as it makes it possible to make the accusatory criminal process compatible with the powers the judge's instructions. It also discusses the statements of the accused in English law, in American law and, mainly, in Italian law, which strongly influenced the Brazilian criminal process. It also deals with the institutes of interrogation, the right to silence and confession and the possibility of understanding the accused's statements as a source of personal evidence. Finally, special attention is paid to the award-winning collaboration, more specifically to the evidential value of the collaborating agent's statement and the possibility of being a source of evidence.

Keywords: Law. Criminal Procedural Law. Proof. Interrogation of the accused

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ASPECTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA	15
2.1 Noções sobre prova	15
2.2 A relação entre prova e verdade e o estudo da prova à luz das garantias constitucionais processuais	16
2.3 Terminologia.....	19
2.4 O direito à prova.....	31
2.4.1 Noções.....	31
2.4.2 Natureza e titularidade	32
2.4.3 conteúdo	32
2.4.4 O direito à prova no direito estrangeiro.....	33
2.4.5 O direito à prova nos textos internacionais sobre Direitos Humanos	35
2.4.6 Limites ao direito à prova.....	36
2.4.6.1 Admissibilidade da prova.....	37
2.4.6.2 Exclusão de provas determinadas por regras processuais.....	38
2.4.6.3 Exclusão de provas determinadas por razões extraprocessuais: as provas ilícitas	38
2.4.6.4 Exclusão das provas determinadas por motivos lógicos: relevância e pertinência	42
3 AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO.....	44
3.1 Aspectos gerais do direito de defesa	44
3.1.1 A defesa como garantia constitucional e sua abrangência	44
3.1.2 Defesa técnica.....	45
3.1.3 Autodefesa.....	46
3.2 Conceito de interrogatório.....	47
3.3 A disciplina do interrogatório no Brasil.....	47
3.4 Natureza jurídica do interrogatório.....	49
3.5 O interrogatório e o princípio do nemo tenetur se detegere.....	51
3.5.1 O princípio do nemo tenetur se detegere: noções históricas	51
3.5.2 O princípio do nemo tenetur se detegere e o direito ao silêncio no direito brasileiro.....	53
4 AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO DIREITO ESTRANGEIRO	82
4.1 As declarações do acusado no sistema anglo-americano	58

4.1.1 Direito inglês	58
4.1.2 Direito norte-americano.....	Erro! Indicador não definido.
4.2 As declarações do acusado no sistema europeu-continental.....	60
4.2.1 Direito alemão.....	Erro! Indicador não definido.
4.2.2 Direito argentino	Erro! Indicador não definido.
4.2.3 Direito chileno	Erro! Indicador não definido.
4.2.4 Direito espanhol.....	Erro! Indicador não definido.
4.2.5 Direito francês.....	Erro! Indicador não definido.
4.2.6 Direito italiano	Erro! Indicador não definido.
4.2.7 Direito português.....	Erro! Indicador não definido.

5 DAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA63

5.1 Valor probatório do interrogatório.....	63
5.2 Presunções psicológicas originárias das declarações do acusado	64
5.3 O interrogatório como fonte de prova e como meio de defesa	Erro! Indicador não definido.
5.4 Da necessidade de reformulação do tratamento dado às declarações do acusado.....	65

6 CONCLUSÃO.....71

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS83

1 INTRODUÇÃO

No âmbito deste trabalho, pretende-se analisar as declarações do acusado como fonte de prova, bem como reavaliar a posição do imputado no processo penal, à luz da eficiência e do garantismo.

É inegável a importância da atividade probatória no processo penal. A disciplina da prova é um dos temas de maior relevância para a ciência do processo, tendo em vista que a verificação dos fatos em que se fundamentam as pretensões das partes é pressuposto fundamental para que o juiz profira uma decisão justa. O ato de provar significa, assim, formar a consciência do julgador sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.

Com a produção probatória, busca-se uma solução satisfatória que permita traçar limites ao poder do Estado, que, durante a atividade persecutória, não poucas vezes, atenta contra direitos fundamentais do indivíduo.

No processo penal, não se pode conceber que o Estado exerça seu poder punitivo com fundamento em provas atentatórias à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade e à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança, enfim, aos valores tutelados por normas e princípios constitucionais e materiais. Assim, a obtenção de elemento probatório mediante violação de qualquer norma do ordenamento constitui prova vedada e, em consequência, não se presta à formação do convencimento judicial.

Neste contexto, em um processo penal de matriz acusatória, a prova da culpabilidade incumbe ao órgão acusatório, de modo que o imputado não pode ser induzido ou coagido a contribuir para sua condenação nem a carrear ou oferecer meios de prova contra sua defesa.

Considerando o processo de partes, que é permeado pela cláusula do devido processo legal e que tem na garantia do contraditório um de seus fundamentos, é perigoso conceber o interrogatório do acusado como ato tendente a obter a confissão e a provar sua culpabilidade. Admitir como positivo o fato de o imputado depor, abrindo mão de seu direito de silenciar, com a finalidade de confessar acarreta, ao menos implicitamente, violação à presunção de inocência e negação do valor dialético do processo. Isto porque se pressupõe que o acusado é culpado e se nega eficácia ao método da controvérsia.

Em um modelo de processo penal que se diz acusatório, o direito de não se auto incriminar assume relevante papel, pois afasta a figura do imputado como objeto da prova e o alça a sujeito de direitos, que não tem a obrigação de colaborar com a produção de prova que possa implicar sua condenação e que tem o direito de se autodefender de modo legítimo.

O direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo nem a declarar-se culpado reveste-se de expressiva significação político-jurídica, pois impõe limites à atividade persecutória do Estado. Tal garantia institui um círculo de imunidade que confere ao indiciado e ao acusado proteção efetiva contra eventuais ações arbitrárias do poder estatal e de seus agentes oficiais.

Pode-se afirmar, pois, que o direito de não depor contra si mesmo nem a declarar-se culpado e, em decorrência, o direito ao silêncio são as marcas que dão a característica ao sistema acusatório.

Sem a pretensão de esgotar o estudo sobre o tema, o presente trabalho tem como escopo fomentar a discussão, de acordo com a divisão abaixo exposta.

No segundo capítulo, será apresentado um panorama geral sobre a teoria geral da prova, com análise da terminologia (muito importante na delimitação do tema em estudo) e com estudo sobre o direito à prova, incluindo as limitações que são impostas a este direito.

No terceiro capítulo, será analisado o conteúdo das declarações do acusado no processo, incluindo os diversos pontos de seu regime jurídico nacional, os aspectos do princípio do *nemo tenetur se detegere* e do direito ao silêncio.

O quarto capítulo, por sua vez, será destinado ao estudo das declarações do acusado à luz da doutrina e da legislação estrangeiras.

O quinto capítulo será dedicado à análise crítica das declarações do acusado no âmbito da atividade probatória, em uma tentativa de reavaliar sua posição na relação processual, sempre tendo em vista um processo penal que, por um lado não descarta da efetividade nem dá margem à impunidade e que, ao mesmo tempo, represente um instrumento a ser moldado sobre a dignidade da pessoa humana.

Isto porque, e acima de tudo, o estudo tem como suporte fundamental a linha de pesquisa “eficiência e garantismo”, desenvolvida no Departamento de Processo Penal da

Faculdade de Direito da USP, pelos Professores Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes e Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Procura-se, por meio do binômio “eficiência - garantismo”, atingir um procedimento penal que, ao mesmo tempo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para assegurar o direito fundamental à segurança e garanta ao imputado todos os meios de defesa de sua liberdade. Neste sentido, conforme leciona Antonio Scarance Fernandes, não se deve pender para os extremos do hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo.¹

É importante anotar que eficiência e garantismo não encerram ideias antagônicas; pelo contrário, constituem valores do moderno processo penal que se complementam. Assim, parte-se da premissa de que a efetividade no processo penal resulta do equilíbrio entre o interesse do Estado na segurança social e o de liberdade do indivíduo. Esse equilíbrio permitirá realizar a justiça e assegurar a paz social.

¹Antonio Scarance Fernandes. O equilíbrio na repressão do crime organizado. In: Gavião de Almeida, José Raul; Zanoide de Moraes, Maurício e Scarance Fernandes, Antonio. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 10.

2 ASPECTOS DA TEORIA GERAL DA PROVA

2.1 NOÇÕES SOBRE PROVA

A disciplina da prova é um dos temas de maior relevância para a ciência do processo, tendo em vista que a verificação dos fatos em que se fundamentam as pretensões das partes em um processo judicial é pressuposto fundamental para que o juiz profira uma decisão justa.²

Analisada como instrumento de solução de conflitos sociais, a prova judiciária tem como escopo a fixação dos fatos no processo e, em consequência, na própria consciência social. Por isso, é possível afirmar que o procedimento probatório é dotado de inegável caráter social; a sua finalidade não se encerra na formação do convencimento do juiz, ou seja, a atividade probatória não está voltada tão só e exclusivamente ao conhecimento dos fatos pelo magistrado.

A forma como é desenvolvido o sistema probatório de um Estado é o selo que dá a característica a um sistema de matriz acusatória ou de cunho inquisitório. Nesse sentido, como destaca Antônio Magalhães Gomes Filho, “a prova judiciária constitui sobretudo um *fenômeno cultural* vinculado a concepções e paradigmas estreitamente relacionados às características de uma determinada sociedade”.³

É possível afirmar, pois, que cada sistema probatório corresponde ao modo de ser de cada grupo social. Mirjan R. Damaska, ao discorrer sobre a relação entre o processo e as formas de poder, salienta que a fisionomia do processo é sensível às variações da ideologia dominante, especialmente às oscilações entre individualismo e coletivismo, entre liberalismo e autoritarismo.⁴

De fato, enquanto no processo civil, as mudanças ideológicas têm um efeito imediato na quantidade de poder de direção da causa que deve ser atribuído às partes, no

² No Brasil, um dos mais importantes trabalhos sobre o direito à prova no âmbito do processo penal foi desenvolvido por Antônio Magalhães Gomes Filho, *O direito à prova no processo penal*. O professor estudou a fundo o tema partindo do pressuposto de que a atividade probatória, além de sua função cognitiva, cumpre importante papel social de justificar, perante a sociedade, a própria decisão judicial. Neste contexto, os pronunciamentos judiciais tornam-se legítimos não somente pela existência, pura e simplesmente, das provas; mas também pela qualidades destas e pelas formas de sua obtenção e incorporação no processo.

³ Magalhães Gomes Filho, Antonio. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

⁴ Damaska, Mirjan R. *I voltidellagiustizia e delpotere: analisiscomparatisticadel processo*, trad. Andrea Giussani e Fabio Rota, Bologna: Il Mulino, 1991.

processo penal, as variações ideológicas determinam o grau de proteção que o Estado concede ao acusado.

Para Damaska, as ideias dominantes sobre o papel do Estado influenciam as concepções dos objetivos da justiça e estas, por sua vez, são relevantes para a escolha de várias soluções processuais. Assim:

Quando lo Stato è visto como manager, l'amministrazione della giustizia appare rivolta alla realizzazione di programmi di governo ed alla attuazione di scelte politiche dello Stato. Al contrario, dove lo Stato si limita a mantenere l'equilibrio sociale, l'amministrazione della giustizia tende ad essere assimilata alla risoluzione dei conflitti.⁵

No campo do processo penal, a importância do tema é ainda mais acentuada, pois “só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo”.⁶

O estudo da prova é tema bastante envolvente, uma vez que, para além dos aspectos jurídicos, abarca questões lógicas e epistemológicas, fato que exige do operador do direito incursões nas áreas da psicologia e das ciências sociais.

Com efeito, admite-se que métodos probatórios e princípios que independem do direito podem inspirar a construção de um sistema racional de admissão da prova, em clara demonstração da influência da epistemologia no campo da prova judicial.⁷

2.2 A RELAÇÃO ENTRE PROVA E VERDADE E O ESTUDO DA PROVA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

A ideia de prova está frequentemente associada à concepção de verdade. Afirma-se que a função da prova é a de estabelecer a verdade dos fatos. De acordo com Antônio

⁵ Damaska, Mirjan R. *I voltidellagiustizia e delpotere: analisiscomparatisticadel processo*, trad. Andrea Giussani e Fabio Rota, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 42.

⁶ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303.

⁷ Sobre a análise da prova judicial sob o enfoque da epistemologia: Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em 15.07.2018.

Magalhães Gomes Filho, esta afirmação configura uma vinculação de caráter persuasivo, por meio da qual a confusão entre elementos descritivos e emotivos é empregada com o fim de assentar que as decisões judiciais, por se fundamentarem em provas, são verdadeiras e, por isso, são justas.⁸

Ao comparar a atividade do juiz e a do historiador, no que toca à busca da verdade para a reconstrução dos fatos, Magalhães Gomes Filho salienta que a atividade de ambos é voltada a acontecimentos passados. Assim, é impossível ao juiz a observação direta dos fatos. No que toca à diferença entre ambos, o mestre pondera o seguinte: a) o magistrado está vinculado ao que tiver sido objeto dos pedidos das partes, que restringem a investigação aos fatos relevantes para a aplicação do direito (princípio da vinculação temática), ao passo que o historiador é livre na delimitação de sua pesquisa; b) ao julgador não é dado, como o é ao historiador, um ilimitado alargamento de pesquisa, devendo chegar alguma conclusão diante de qualquer material probatório recolhido (ausente prova suficiente para condenar, o acusado deve ser absolvido) e c) quanto aos métodos utilizados na colheita, seleção e avaliação dos dados obtidos, o juiz tem sua atuação pautada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção ou avaliação dos elementos de prova, fato que já não ocorre com o historiador.⁹

Na busca de identificar os objetivos perseguidos pela atividade probatória, a doutrina costuma se utilizar dos conceitos de verossimilhança e de probabilidade como sucedâneos da verdade que se busca no processo.

Contudo, é possível uma reconstituição verdadeira dos fatos, por meio da busca da verdade processual, a verdade dos fatos, do processo, não importando se para o alcance desta verdade se tenha usado a verdade formal ou a real.

Assim, a verdade a ser perseguida no processo penal não pode ser absoluta, mas a verdade humana e eticamente possível. A busca desta verdade processual é um valor a ser perseguido.

O estudo da prova judiciária não pode ser dissociado da garantia do devido processo legal, manifestação genérica do *due process of law*, que determina, em um proclamado Estado de Direito, a imperiosidade de: a) processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus

⁸ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo II, n. 1, p. 42-43.

⁹ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova... . Op. Cit.*, Capítulo II, n. 2, p. 43-46.

dispositivos, nos moldes dos preceitos constitucionais; b) aplicação das normas jurídicas por meio do processo, entendido como instrumento hábil à interpretação e à realização do direito e c) garantia, no processo, da paridade de armas entre as partes, com vistas à determinação da igualdade substancial.¹⁰

Em primeiro lugar, é essencial que a atividade probatória seja informada pela garantia do contraditório e da ampla defesa, ambas decorrentes do devido processo legal.

No processo penal está em jogo o *status libertatis* do cidadão e sendo assim, para que a decisão judicial seja legítima, deve ela ser calcada e m material probatório apto a esclarecer os fatos sob a ótica da sociedade e também do indivíduo: se, por um lado, é necessário que as hipóteses apresentadas pelo órgão acusatório sejam verificadas, uma vez que sem a existência de provas robustas não é possível superar a presunção de inocência do acusado, por outro lado, o conjunto probatório deve ser produzido em contraditório, com a participação ativa da defesa.

Como esclarece Magalhães Gomes Filho, “a *verdade processual*, nessa ótica, não é a verdade extorquida inquisitorialmente, mas uma verdade obtida através de provas e desmentidos”.¹¹ Esta afirmação pode, então, ser resumida em dois brocardos latinos: *nulla accusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione*.

Além na necessária observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, o procedimento probatório também deve ser informado por outras garantias do devido processo legal, entre elas a imparcialidade do juiz, a legalidade e a publicidade.

Em primeiro lugar, a imparcialidade, cunhada por Ada Pellegrini Grinover como o dogma mais caro ao processo penal acusatório, deve ser observada durante todo o procedimento probatório, sendo vedado ao magistrado usar as vestes de um juiz inquisidor na busca pessoal de meios de prova.¹²

¹⁰ Tucci, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 202-203.

¹¹ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo II, n. 6, p. 55.

¹² Grinover, Ada Pellegrini. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim do IBCCRIM*, n. 30, jun. 1995. Neste artigo, Grinover teceu severas críticas à chamada figura do *juiz-inquisidor* instituída pelo artigo 3º da Lei nº 9.034/95, que permitia o acesso a dados, documentos e informações pessoalmente pelo magistrado, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Segundo a Professora, o dispositivo era inconstitucional pois feria a garantia da imparcialidade e porque vulnerava o sistema acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988, ao confundir as funções de acusar e de julgar. Felizmente, essa disposição constante da revogada Lei nº 9.034/95 não foi repetida na nova lei sobre o crime organizado, Lei nº 12.850/13, que define

De fato, em um modelo de processo penal de matriz acusatória, não é admitida a exacerbação da figura do juiz na condução da pesquisa probatória, com ilimitados recursos para a pesquisa de uma verdade absoluta. Nesse sentido, deve o julgador permanecer acima dos interesses em conflito, equidistante às partes, a quem compete a produção e introdução da prova judiciária no processo.

Em segundo lugar, a fim de assegurar o caráter racional da atividade probatória, esta deve ser informada pela legalidade, com a observância de regras previamente estabelecidas pelo legislador.

Isto porque, ausente uma disciplina jurídica da prova, o juiz poderia permitir o ingresso no processo de material probatório que justificasse uma tese previamente escolhida, violando também a imparcialidade. É possível dizer que as regras probatórias constituem verdadeiras garantias, que resultam diretamente do texto constitucional.

Por fim, importa salientar que o devido processo legal resolve-se também na garantia da publicidade, impondo transparência ao procedimento probatório. Trata-se de garantia de suma importância, porque constitui o selo de uma cultura jurídica democrática, uma das marcas distintivas do modelo acusatório, de modo a assegurar a efetividade das demais garantias acima mencionadas.

Com efeito, a publicidade de toda a atividade judiciária, em especial a probatória, é indispensável para que possa haver um controle das partes e da sociedade em geral sobre o modo como a justiça é administrada.

Nestes termos, de acordo com Magalhães Gomes Filho, o segredo é totalmente incompatível com o modelo acusatório e, diante do fato de que uma das finalidades da prova é justificar perante a sociedade o resultado da atividade jurisdicional, o seu teor não pode ser subtraído ao conhecimento da sociedade.¹³

2.3 TERMINOLOGIA

O termo *prova* tem a mesma origem etimológica do vocábulo *probo* e ambos originam-se do latim *probatio*.

organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

¹³ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo II, n. 6, p. 57.

Prova pode ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto.

Ao considerar a natureza polissêmica do termo *prova*, Antonio Magalhães Gomes Filho aduz que, em um sentido amplo, prova é o conjunto de atividades desenvolvidas no processo com a finalidade de recolher e analisar os dados necessários para que o juiz possa decidir acerca dos fatos alegados pelas partes como fundamento de suas pretensões. Tais atividades, que são próprias do juiz e das partes, integram o procedimento probatório e devem observar os princípios e regras do devido processo legal, tais como contraditório, imparcialidade do juiz e publicidade.¹⁴

Neste contexto geral, o vocábulo prova pode ser usado em três acepções: a) demonstração; b) experimentação e c) desafio ou obstáculo a ser superado.¹⁵

Além destas três acepções de prova, o termo também é empregado para designar variados aspectos deste fenômeno complexo. São eles: *elemento de prova*, *resultado de prova*, *fonte de prova*, *meios de prova*, *meios de pesquisa* ou *investigação de prova* (modernamente chamados de *meios de obtenção de prova*), *prova direta*, *prova indireta*, *prova direta* ou *positiva*, *prova contrária* ou *negativa*, *prova típica*, *prova atípica* e *argumento de prova*.

Não há, na doutrina, unanimidade na conceituação destas locuções; aliás, verifica-se certa confusão terminológica, que reflete inclusive na legislação. Aqui, neste trabalho, além da rápida menção a todos estes termos segundo a doutrina de Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁶, dar-se-á ênfase às diversas definições da expressão *fonte de prova* (que integra o objeto do estudo) e, como consequência lógica, dos *meios de prova*, uma vez que ambos os fenômenos estão intimamente ligados.

O emprego inadequado do termo acarreta incertezas e contradições na análise dos fenômenos ligados à prova judiciária. O Código de Processo Penal brasileiro de 1941

¹⁴ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43-61.

¹⁵ Sobre as diversificadas acepções do termo prova, conferir: Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

¹⁶ Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

utiliza o termo genérico *prova* em várias acepções distintas. O artigo 155, por exemplo, usa o vocábulo *prova* como *elementos de prova*, ao passo que o artigo 156, como *resultado de prova*.

De início, distingue-se entre *elemento de prova* e *resultado de prova*. Denomina-se *elemento de prova* ou *evidence*, em inglês, “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”¹⁷. A declaração de uma testemunha sobre determinado fato ou o conteúdo de um documento são *elementos de prova*.

Por outro lado, *resultado da prova* ou *proof*, em inglês, significa “a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato”. Cuida-se do resultado que o juiz obtém a partir dos elementos probatórios, de modo a concluir pela existência ou não dos fatos alegados pelos sujeitos processuais.

Importante, aqui, estabelecer a distinção entre *elemento de prova* e *elemento de investigação*, considerando-se esse último como o ato que visa à obtenção de informações que levam a um juízo de probabilidade suficiente para sustentar a *opinio delicti* do órgão acusador ou fundamenta a adoção de medidas cautelares pelo juiz.

Por sua vez, atos de prova objetivam a introdução de dados probatórios, ou seja, elementos de prova, no processo.

A Lei nº 11.690/2008, que alterou o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, tornou explícita a diferença entre prova (leia-se: elemento de prova) e elementos informativos da investigação: *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*.

Passa-se, neste ponto, a expor os diversos conceitos de *fonte de prova* e a sua distinção com os demais institutos.

¹⁷ Gomes Filho, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307.

Aqui, Gustavo Badaró lembra que o primeiro a chamar a atenção para a diferenciação entre *fontes* e *meios de prova* foi Carnelutti.¹⁸ Partindo da premissa de que, na prova direta, há um contato imediato entre o juiz e o fato a ser provado, de modo que o meio de conhecimento limita-se a uma atividade de percepção do fato *probadum* pelo magistrado e de que, na prova indireta, há uma separação entre o juiz e o fato que se quer provar, sendo que o conhecimento é obtido por meio da atividade judicial e também por meio de um fato exterior, mediante integração entre percepção e dedução, o jurista italiano estabelece que *fonte de prova* é o “fato do qual se serve para deduzir a própria verdade”, ao passo que *meio de prova* consubstancia-se na “atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar”.¹⁹

Parte dos autores italianos, com apoio nas mudanças advindas na legislação peninsular com a edição do Código de Processo Penal italiano de 1988, distingue os meios e fontes de provas em outros termos.

Com efeito, Paolo Tonini ensina que *fonte de prova* “è tutto cio che è idoneo a fornire risultati apprezzabili per la decisione del giudice; ad esempio, à fonte di prova una persona, un documento o una cosa”, ao passo que *meio de prova* “è lo strumento col quale si acquisisce al processo un elemento che serve per la decisione; ad esempio, mezzo di prova è una testimonianza”. Por sua vez, *elemento de prova* “è il dato grezzo che si ricava dalla fonte di prova, quando ancora non è stato valutato dal giudice”. E prossegue: “Questi valuta la credibilità della fonte e l’attendibilità dell’elemento ottenuto, ricavandone un *risultato probatório*. Da questo e dai risultati di altri mezzi di prova il giudice trae l’accertamento del fatto storico”.²⁰

É importante mencionar que estes conceitos foram definidos com base na interpretação obtida das disposições do Código de Processo Penal italiano de 1988 e não

¹⁸ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 163.

¹⁹ Carnelutti, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99.

²⁰ Tonini, Paolo. *La prova penale*. Quarta edizione. Verona: Grafiche Fiorini, 2000, p. 32.

mais com fundamento em elaborações doutrinárias baseadas em outros contextos legislativos e que se valiam de multiplicidade de termos.²¹

Giulio Ubertis também se preocupou em distinguir as expressões *elemento de prova, fonte de prova, meios de prova e resultado probatório*:

Il primo e, dal punto di vista della sua centralità gnoseologica, più importante momento costitutivo della sequenza probatoria è l'elemento di prova, rappresentato da ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva inferenza (per esempio: dichiarazione testimoniale, caratteristica dell'oggetto sequestrato, espressione contenuta in un documento, e così via).

Il soggetto o l'oggetto da cui può derivare al procedimento almeno un elemento di prova è la fonte di prova, che a sua volta può essere tanto personale (come nel caso del teste) quanto reale (come nell'ipotesi del documento).

L'attività attraverso cui viene introdotto nel procedimento almeno un elemento di prova è il mezzo di prova (testimonianza, confronto, perquisizione, intercettazione telefonica, ecc), per la cui esecuzione possono essere coinvolte più fonti di prova (si pensi ai soggetti che partecipano a un confronto).

Sulla base dell'elemento di prova così conseguito (o di più elementi di prova, quali Le impronte digitali sull'arma del delitto e quelle dell'imputato, necessarie per l'analisi dattiloscopica di comparazione), si svolgerà l'inferenza del giudice, il cui esito sarà rappresentato da una proposizione costituente il vero e proprio risultato di prova (da non confondere con la conclusione probatoria raggiunta al termine della valutazione probatoria, di cui si parlerà più avanti).²²

Já Luigi Paolo Comoglio refere-se à fonte de prova como “l'elemento de prova utilizável ai fins da decisão, a circunstância útil ai fins das investigações, quando possíveis

²¹ Tonini, Paolo. *La prova penale*. Quarta edizione. Verona: Grafiche Fiorini, 2000, p. XI. No sentido de que a edição do Código de Processo Penal de 1988 não estancou a confusão terminológica no direito italiano, ver Luigi Paolo Comoglio: Lessico delle prove e modelo accusatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno L, n. 4, ottobre/dicembre 1995, p. 1201-1230. Segundo este autor, na disciplina probatória regulada pelo Código de Processo Penal de 1988, os termos técnicos-jurídicos não foram utilizados de forma coerente com os princípios inspiradores do modelo acusatório e nem de modo unívoco, acarretando ambiguidade.

²² Ubertis, Giulio. La ricostruzione del fatto nel processo penale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 49, jan./fev.. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=118466. Acesso em: 20 set. 2020.

oggetti delle attività di ricerca e di acquisizione probatoria nella fase delle indagini preliminari o nel corso dell'udienze preliminare dinanzi al g.i.p.”.²³

No Brasil, Antonio Magalhães Gomes Filho leciona que *fontes de prova* são as pessoas ou coisas das quais se pode conseguir o elemento de prova. Podem ser *fontes pessoais* (testemunhas, acusado, perito, vítima) e *fontes reais* (documentos). Os *meios de prova*, por sua vez, são “os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)”.²⁴

Para Grinover, Scarance e Magalhães, *fonte de prova* são os fatos percebidos pelo juiz, *meios de prova* são os instrumentos pelos quais tais fatos se fixam no processo e, por fim, *objeto da prova* é o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova.²⁵

Gustavo Badaró adota a distinção entre os fenômenos *fonte de prova*, *meios de prova*, *elemento de prova* e *resultado probatório* cunhada pela doutrina italiana. Para ele, *fonte de prova* é tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz e é anterior ao processo. Os *meios de prova* correspondem aos instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são levadas ao processo. *Elemento de prova* é o dado bruto que é extraído da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz. E, por fim, *resultado probatório* é a conclusão do magistrado sobre “a credibilidade da fonte e a atendibilidade do elemento obtido”.²⁶

Cândido Rangel Dinamarco conceitua *fontes de prova* como “pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação. São elementos, ou meios instrumentais externos que, quando trazidos ao processo, o juiz e as partes submetem às investigações necessárias a obter tais informações”. As fontes podem ser reais (por exemplo, as coisas ou pessoas submetidas a

²³ Comoglio, Luigi Paolo: Lessico delle prove e modelo accusatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno L, n. 4, ottobre/dicembre 1995, p. 1207.

²⁴ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 387.

²⁵ Grinover, Ada Pellegrini; Scarance Fernandes, Antonio e Magalhães Gomes Filho, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 114.

²⁶ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

perícia médica) e pessoais (por exemplo, pessoas chamadas a tomar parte na instrução probatória mediante a realização de atos seus e concurso de sua vontade, como testemunhas e partes em depoimento pessoal). Por sua vez, *meios de prova* são “técnicas processuais destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa. Diferentemente das fontes, que vêm do mundo exterior para o interior do processo, os meios de prova são fenômenos internos do processo e do procedimento. Atuam sobre aquelas e cada um deles é constituído por uma série ordenada de atos integrantes deste, realizados em contraditório, com observância das formas estabelecidas em lei e comandados pelo juiz”.²⁷

Por vezes, as expressões *fonte de prova* e *meio de prova* são utilizadas como sinônimos. Nesse sentido, Chiovenda aduz que “meios de prova são as fontes de que o juiz extrai dos motivos de prova” (a testemunha, por exemplo), sendo que os motivos são “as alegações que determinam, diretamente ou não, a convicção do juiz” (a afirmação de um fato que irá influenciar na causa, oriunda da testemunha presencial).²⁸ De seu turno, Pontes de Miranda leciona que “meios de prova são fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes”.²⁹

Modernamente, não é mais aceitável a equiparação dos termos *fonte de prova* e *meio de prova*. A distinção entre estes institutos é evidente e relevante no estudo do procedimento probatório. Tanto não são equivalentes, que, como se verá adiante, é possível que as declarações do acusado sejam fonte de prova, mas não é aceitável, segundo a melhor doutrina, que sejam meio de prova. Essas questões serão tratadas em momento oportuno deste trabalho.

Ao discorrer sobre a utilidade da distinção entre *meio* e *fonte de prova*, Gustavo Badaró ensina que, além de um refinamento e aperfeiçoamento do vocabulário técnico, há,

²⁷ Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Mallheiros, 2017, vol. III, p. 97-98.

²⁸ Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. III, p. 95.

²⁹ Miranda, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 257. Nesse mesmo sentido, assevera Guilherme de Souza Nucci que meio e fonte de prova são conceitos tão entrelaçados “que não merecem ser separados no contexto da prova. Portanto, tentar diferenciá-los aponta unicamente para uma vontade sutil de fazer prevalecer o aspecto de defesa que, realmente, deve possuir o interrogatório, mas não se justifica”. E conclui que parece “inadequado ao processo penal distinguir entre meio de prova, pois não se trata de mero problema terminológico, mas de comunicação” (*O valor da confissão o meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 165-167).

ainda, uma relevância prática, qual seja, diferenciar os sujeitos que podem dispor de cada um destes fenômenos.³⁰

Nesse sentido, as *fontes de prova* podem ser utilizadas tanto pelas partes como pelo juiz. Normalmente, têm como destinatários as partes, a quem cabem buscá-las e integrá-las ao processo, diante do ônus de provar os fatos alegados. Contudo, o juiz também pode ser destinatário de *fontes probatórias*, nada impedindo que ele tome conhecimento de uma *fonte* e determine a produção do *meio de prova* a ela relativo (fenômeno conhecido como ativismo judicial, que confere uma ampliação dos poderes judiciais).

Os *meios de prova*, por sua vez, enquanto instrumentos pelos quais as *fontes* são levadas ao processo, possibilitando o convencimento da veracidade ou falsidade das alegações, têm por destinatário o juiz.

Note-se que a possibilidade de o magistrado tomar conhecimento de uma *fonte* e determinar, de ofício, a realização do *meio de prova* adequado e pertinente para a incorporação daquela ao processo, bem como a possibilidade de o juiz determinar, também de ofício, a produção de um *meio de prova* sem que exista, antes, qualquer fonte de prova não implicam quebra da imparcialidade judicial. Ao magistrado é vedada a busca por *fontes de provas*, circunstância que o tornaria um juiz instrutor e, ao mesmo tempo, julgador da causa, em clara ofensa ao princípio da imparcialidade.³¹

Sobre o assunto, importante transcorrer a lição de Gustavo Badaró:

A distinção entre fonte de prova e meio de prova é relevante, na medida em que possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. O juiz não pode ser um investigador de fontes de provas. Como já visto, a atividade de investigação pressupõe a eleição mental, ainda que provisória, de uma hipótese preferível eleita, que coloca em risco a imparcialidade do investigador. Portanto, quem investiga não pode julgar. Coisa diversa, porém, é admitir que, uma vez existindo nos autos do processo a notícia de uma fonte de prova – que não foi investigada pelo julgador, mas que se teve conhecimento por

³⁰ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 167.

³¹ Sobre a relevância da distinção entre meio e fonte de prova, ver: Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 167-168.

atividades das partes –, o juiz possa determinar sua introdução no processo, mediante a produção do meio de prova correspondente.³²

Prosseguindo-se na análise dos diversos aspectos do fenômeno probatório, tem-se que os *meios de pesquisa* ou *investigação da prova* ou *meios de obtenção de prova* são instrumentos para a colheita de elementos e fontes de prova com aptidão de influenciar o julgador (são exemplos a interceptação telefônica, a quebra de sigilos fiscal e bancário, a busca e apreensão)

Gustavo Badaró expõe cinco traços distintivos entre meios de obtenção de prova e meios de prova: a) os meios de obtenção de prova não são, por si só, fontes de convencimento judicial, ou seja, somente indiretamente e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução histórica fática; ao passo que os meios de prova são instrumentos aptos a servir, diretamente, ao convencimento judicial sobre a veracidade ou não de um fato; b) os meios de obtenção de prova consubstanciam em uma colheita de um elemento probatório preexistente à realização do meio (por exemplo, a busca e apreensão de um documento) e dizem respeito a procedimentos, geralmente extraprocessuais, regulados por lei; enquanto os meios de prova se produzem no processo e se referem a uma atividade endoprocessual desenvolvida perante o juiz e as partes, com vistas à introdução e fixação de dados probatórios no processo; c) os meios de pesquisa de provas constituem técnicas ocultas de investigação que restringem, de modo legítimo, direitos fundamentais do investigado (direito à privacidade, à intimidade ou à liberdade de manifestação de pensamento); de outro turno, a produção de um meio de prova lícito não implica restrição a direitos das partes; d) os meios de obtenção de prova são regidos pelo princípio da reserva legal, de modo que não é possível sua meios de investigação atípicos; ao passo que os meios de prova, por não implicarem restrição de direitos, são guiados por um princípio de liberdade de sua produção, admitindo-se meios de prova atípicos e e) os meios de obtenção de prova possuem um caráter de surpresa, sendo que sua eficiência com vistas à efetiva colheita de elementos probatórios úteis depende do desconhecimento do investigado de que é ou será alvo da medida; de outra banda, para a produção de um meio de prova, deve ser observado o contraditório, com ciência prévia às partes.³³

³² Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 266.

³³ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 129-132. No mesmo sentido, é a distinção exposta por Luigi Paolo Comoglio (Lessico delle prove e

No tocante ao direito comparado, o Código de Processo Penal italiano de 1988 fez a distinção entre *mezzi di prova* (Título II do Livro III, artigos 194 a 243) e *mezzi di ricerca della prova* (Título III do Livro III, artigos 244 a 271).

Os chamados *mezzi di prova* são os testemunhos, perícias e documentos, enquanto os *mezzi di ricerca della prova* são as inspeções, buscas, sequestros e interceptações de comunicações.

Paolo Tonini discorre sobre quatro traços distintivos entre os *meios de prova* e os *meios de investigação de prova*: a) enquanto o elemento de prova forma-se após a realização do meio de prova, por intermédio do meio de investigação de prova, é obtido para o procedimento um elemento probatório pré-existente ao desenrolar deste; b) os meios de prova podem ser produzidos tão somente perante o juiz na fase de debates ou no incidente probatório; em contrapartida, os meios de investigação da prova podem ser produzidos pelo juiz, pelo Ministério Público nas investigações preliminares ou pela polícia judiciária durante a investigação; c) os meios de investigação da prova têm como elemento o fator “surpresa”, ausente a comunicação do investigado ou de seu defensor quando são realizados na fase investigativa, ao passo que os meios de prova produzidos, de forma excepcional, durante as investigações preliminares devem obedecer à garantia do contraditório, que se dá por meio do incidente probatório e d) os termos dos meios de prova são juntados diretamente aos autos na fase de debates somente na hipótese em que tenham sido produzidos por meio do incidente probatório; em contrapartida, os termos dos meios de investigação da prova são acostados aos autos diretamente, por não serem repetíveis.³⁴

O Código de Processo Penal português de 1987 também diferenciou os *meios de prova* dos *meios de obtenção de prova* (Títulos II e III do Livro III, que trata Da Prova). Entre os *meios de prova* estão: a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, da acareação, da prova por reconhecimento, da reconstituição

modelo accusatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno L, n. 4, ottobre/dicembre 1995, p. 1206-1207): *mezzi di prova* “sono tutti caratterizzati dall’ attitudine ad offrire al giudice risultanze probatorie direttamente utilizzabili in sede di decisione, e quindi hanno in quel giudice il loro naturale destinatário”. Por sua vez, os chamados *mezzi di ricerca della prova* “non sono di per sé fonti di convincimento, ma servono quali strumenti per acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria, e quindi hanno come possibili destinatari anche il p.m. e la p.g., nei limiti previsti dal condice”.

³⁴ Tonini, Paolo. *A prova no processo penal*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 242-243.

do fato, da prova pericial e a prova documental. Entre os meios de obtenção de prova encontram-se: os exames das pessoas, lugares e coisas, as revistas e buscas, as apreensões e as escutas telefônicas.

O Projeto de Código de Processo Penal brasileiro (PLS nº 156/2009) também contempla essa distinção.

Afirma-se doutrinariamente que o interrogatório pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova.

A distinção é importante. Com efeito, leciona Antônio Magalhães Gomes Filho:

Num processo penal garantidor, no qual seja assegurado ao réu o direito de não colaborar para a obtenção de provas contra si mesmo (*nemo tenetur se accusare*), a distinção entre fonte e meio de prova é relevante: o acusado será, eventualmente, fonte de prova, na medida em que trazer voluntariamente elementos probatórios úteis à decisão; mas o seu interrogatório não poderá ser considerado meio de prova porque não constitui atividade destinada a tal finalidade, mas antes instrumento de defesa.³⁵

Com efeito e já adiantado tópico posterior deste trabalho, as declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório constituem meio de contestação da acusação e instrumento para o imputado expor a sua versão dos fatos narrados na peça acusatória. O acusado, enquanto sujeito da defesa, não tem a obrigação nem o dever de fornecer elementos de prova, podendo inclusive calar-se, sem que seu silêncio seja interpretado em seu desfavor.

Há, ainda, outras classificações que merecem ao menos uma rápida menção: prova direta (aquela que permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial) e prova indireta (aquela que, para se chegar a uma conclusão sobre o fato a se provar, o juiz deve realizar pelo menos duas operações inferenciais); prova direta ou positiva (aquela que objetiva confirmar a asserção sobre o fato principal) e prova contrária ou negativa (aquela que tem o escopo de negar a asserção sobre o fato principal, demonstrando que este não ocorreu); prova típica (aquela catalogada e regulada em lei) e prova atípica (aquela de que o legislador não cogitou).

³⁵ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 309.

Também é importante discorrer sobre o argumento de prova, instituto previsto no direito processual civil italiano, no artigo 116, n. 2, do Codice di Procedura Civile: *Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.*

De acordo com esta previsão do ordenamento italiano, pode o juiz extrair argumentos de prova das respostas fornecidas pelas partes em sede de interrogatório livre, da recusa em consentir inspeções e de seu comportamento no processo. Relevante salientar que a este argumento de prova não é conferido o mesmo valor probante de um elemento de prova, pelo que não é suficiente para decidir (muito embora possa reforçar o raciocínio do magistrado estabelecido com base em verdadeiros elementos de prova).

Não há previsão semelhante no estatuto processual penal italiano. Contudo, entende-se que a ideia do argumento de prova está presente na seara criminal, como se depreende do disposto no art. 192, n. 3 do Codici di Procedura Penale: *Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.*

De acordo com os ensinamentos de Magalhães Gomes Filho, este dispositivo prevê não ser possível estabelecer a autoria do fato exclusivamente com base na *chamada do corrêu*, de modo que são necessários outros elementos de prova que confirmem a idoneidade da atribuição da responsabilidade penal feita por uma acuado em relação a outro.

Ainda segundo o mestre³⁶, embora a *chamada do corrêu* não tenha sido desenvolvida no Brasil, a ideia parece estar presente no ordenamento brasileiro: tanto no artigo 158 do Código de Processo Penal, que reputa indispensável o exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado, como no artigo 186, parágrafo único, do Estatuto Processual Penal, que prevê que o silêncio não importa em confissão nem pode ser interpretado em prejuízo da defesa.

³⁶ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 313.

2.4 O DIREITO À PROVA

2.4.1 Noções

No ordenamento brasileiro, todas as Constituições a partir da República previram, entre os direitos individuais, a garantia do direito de defesa na seara criminal, incluindo o direito à prova.

Hoje, o reconhecimento do direito à prova decorre do sistema de garantias constitucionais, especialmente, das disposições que asseguram o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência (artigo 5º, incisos LIV, LV e LVII, da Constituição Federal), assim como da incorporação no ordenamento brasileiro, com *status* constitucional, dos textos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal).

Destas disposições constitucionais e internacionais, extrai-se o direito de defender-se provando, pressuposto de um processo justo e equitativo e condição para obtenção e prova da culpabilidade.

Ada Pellegrini Grinover ressaltou que o direito à prova constitui aspecto insuprimível das garantias de defesa e do contraditório.³⁷

De fato, o direito à prova só pode ser entendido no quadro das garantias da ação e da defesa. A atividade probatória representa o momento central do processo, pois possibilita a demonstração da verdade, revestindo-se de importância essencial para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa está, pois, subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção, isto é, às possibilidades de as partes servirem-se das provas.

No âmbito da legislação infraconstitucional, é importante mencionar algumas disposições de nosso Código de Processo Penal de 1941, incluindo algumas que sofreram, ao longo dos últimos anos, importantes alterações, as quais reconhecem às partes a iniciativa probatória: o artigo 41 que faculta à defesa e à acusação a indicação de testemunhas; o artigo 212 (alterado sensivelmente pela Lei nº 11.690/2008) adotou o sistema do exame direto e cruzado na inquirição de testemunhas, ao estabelecer que as

³⁷ Grinover, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 21.

perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, competindo ao juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos (parágrafo único).³⁸

Tais dispositivos nos permite concluir pela existência de um direito à prova em nosso ordenamento jurídico.

Note-se, por outro lado, que a possibilidade conferida às partes de obtenção de documentos em qualquer fase do processo foi suprimida pelas reformas legislativas, de modo que o artigo 400 do Estatuto Processual Penal brasileiro teve sua redação alterada pela Lei nº 11.719/2008.

2.4.2 Natureza e titularidade

O direito à prova, cujos titulares são as partes no processo, em igualdade de condições, é entendido como direito público subjetivo de empregar todas as provas de que dispõem, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos que fundamentam suas pretensões.³⁹

Este direito subjetivo tem a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e defesa: a parte tem a prerrogativa de apresentar ao juízo as próprias pretensões e o poder de influir positivamente sobre o convencimento do juiz.

Quanto à titularidade, importante mencionar que, muito embora os textos internacionais refiram-se à figura do acusado, os titulares da ação penal também são titulares do direito à prova, nos termos dos princípios da igualdade e do contraditório.

2.4.3 Conteúdo

Ao estudar o conteúdo do direito à prova, Magalhães Gomes Filho assenta:

O reconhecimento de um verdadeiro *direito subjetivo à prova*, cujos titulares são as partes no processo (penal, no nosso caso), supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova,

³⁸ Antonio Magalhães Gomes Filho fez importante estudo sobre as substanciais alterações realizadas no Código de Processo Penal de 1941, especialmente em relação à disciplina da prova, em artigo nomeado “Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008”, in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297.

³⁹ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo III, n. 9, p. 83-85.

tudo antes de, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional.⁴⁰

Nesse contexto, o exercício do direito à prova deve permear todo o procedimento probatório.

Então, o autor considera que este direito público subjetivo compreende: o direito à investigação (atividade de pesquisa probatória que, além dos órgãos oficiais, também deve ser conferida também às partes); o direito de proposição de provas (indicação, requerimento); o direito à produção da prova (execução, assunção) e, por fim, o direito à valoração das provas.⁴¹

2.4.4 O direito à prova no direito estrangeiro

O sistema anglo-americano, também conhecido como sistema *adversary*, tem como primado a iniciativa individual, característica da *common law* e se fundamenta em ideais de um Estado que se propõe exclusivamente solucionar conflitos sociais sem interferir diretamente neles para impor suas próprias escolhas. Em consequência desta organização estatal preocupada em tão somente manter o equilíbrio social, toda a iniciativa processual e, principalmente, a probatória compete às partes. As próprias partes decidem quais são as questões de fato e são as responsáveis pela produção e introdução das provas no processo. Ao juiz cabe a assegurar a correção da disputa, sem interferir na apuração dos fatos, em um papel de moderador.

É reconhecida, neste sistema, a impossibilidade de obtenção de um resultado absolutamente verdadeiro por meio da pesquisa probatória. Trabalha-se com uma verdade provável, própria das coisas humanas, que não é absoluta e nem exclui uma probabilidade contrária, posto que é escolhida por razões éticas.

Assim, diante da preocupação com a lisura do encontro dialético entre as partes e da valorização de aspectos relativos à correção do procedimento, as cortes inglesas e norte-americanas, desde o século XIX, já vinham reconhecendo o direito à prova (*right to evidence*).

⁴⁰ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo III, n. 10, p. 85.

⁴¹ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo III, n. 10, p. 85-89.

Por outro lado, ao contrário do que sucedeu com o modelo anglo-americano, os ordenamentos continentais, que adotavam o sistema inquisitivo, tardaram para reconhecer a existência de um direito à prova.

De fato, a inferioridade das partes na obtenção da prova, o dogma da verdade real e principalmente a adoção do sistema do livre convencimento, levado às últimas consequências, no sentido de conferir ao magistrado liberdade absoluta na condução do procedimento probatório consistiam obstáculos ao reconhecimento de um direito à prova.

Contudo, após a 2ª Guerra Mundial, verificou-se um movimento de constitucionalização das garantias processuais, contidas em textos internacionais de direitos humanos, fato que ensejou o reconhecimento, ainda que tímido, do direito à prova.

Na antiga Alemanha Federal, decisões da Corte Constitucional das décadas de 50 e 60 reconheceram, ainda de modo limitado e no âmbito civil, o direito à participação das partes na pesquisa da verdade.

Na Espanha, o direito à prova passou a ser constitucionalmente assegurado no artigo 24, 2, da Carta de 1976: *todos tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*.

Por sua vez, na Itália, com inspiração nas garantias contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Pessoa Humana, o direito à prova passou a ser previsto no Código de Processo Penal de 1988, no artigo 190, nos seguintes termos:

Art. 190.

Diritto alla prova.

1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.

2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.

3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.

De acordo com a doutrina italiana, foi instituído o direito de defender-se provando⁴², com o reconhecimento de iniciativa probatória às partes, cabendo ao juiz iniciativa na pesquisa probatória somente em caráter excepcional. O magistrado passou a

⁴² Vassali, Giuliano. Il diritto alla prova nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 11(1), 1968, 3-59.

ter um poder integrativo, podendo completar as provas indicadas pelas partes em hipóteses taxativamente previstas em lei.

Ao analisar a mudança na legislação italiana, consagradora de um modelo acusatório puro, Magalhães Gomes Filho salientou que:

O novo diploma peninsular não somente operou uma alteração na técnica de reconstrução dos fatos no processo, mas realizou fundamentalmente uma opção de natureza político-ideológica, na direção de um modelo cultural em que ao princípio da igualdade jurídica entre as partes corresponde, no plano lógico, o princípio da divisão do conhecimento, que representa condição indispensável para obtenção de uma verdade eticamente válida; nessa visão, o contraditório deixa de ser um simples instrumento de controle das partes sobre informações já colhidas, para constituir-se em participação efetiva na própria introdução e formação do material probatório.⁴³

Com efeito, conforme alterações realizadas na legislação italiana, só seria considerado prova o elemento introduzido pela parte, com o controle do adversário, na fase do juízo oral, chamada de *dibattimento*.

Ocorre que o movimento pendular da história fez com que a mudança radical ocorrida no sistema italiano, que passou de um sistema misto para um modelo acusatório puro, fosse superada por alterações legislativas com toques do modelo inquisitivo. Foi o que ocorreu com a edição da Lei nº 356, de 1992, que introduziu ao Estatuto Processual Penal italiano o artigo 190 *bis*, endurecendo o tratamento penal e processual para a chamada criminalidade organizada, ao permitir a introdução como prova declarações prestadas por testemunhas em fases anteriores ao *dibattimento*. Trata-se das denominadas leis de emergência.

2.4.5 O direito à prova nos textos internacionais sobre Direitos Humanos

Os textos internacionais sobre direitos humanos também fizeram referência ao direito à prova, com vistas à proteção do acusado no processo penal, área em que se verificava as maiores violações contra a liberdade, a integridade física e a dignidade do ser humano.

Mesmo sem se referir expressamente ao direito à prova, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, estatuiu que *toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e*

⁴³ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo III, n. 4, p. 70.

em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa (artigo 11, 1).

Por outro lado, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, foi expresso ao incluir entre as garantias mínimas do acusado o direito de *inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as de acusação*.

A Convenção Europeia, de 1950, também conhecida como Estatuto de Roma, também estabeleceu que toda pessoa acusada tem o direito de *inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação, e obter o comparecimento e inquirição das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação* (artigo 6º, 3, letra d).

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), assegurou à defesa o direito de *inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*.

O direito à prova constitui, assim, um componente essencial do chamado *modelo internacional de processo justo* e garante ao acusado, além do direito de obter o comparecimento das testemunhas de defesa, a possibilidade de participar, em contraditório, da oitiva das testemunhas de acusação.

Destaque-se, por fim, que, a despeito da grandiosidade e da importância de direitos e garantias processuais nos vários documentos internacionais sobre direitos humanos, a comunidade internacional ainda encontra sérias dificuldades para dar a devida efetividade aos direitos humanos.

2.4.6 Limites ao direito à prova

Considerando que o ordenamento jurídico tutela outros valores e interesses igualmente dignos de proteção e tendo em vista a necessidade de convivência das liberdades públicas, o direito à prova não é absoluto, isto é, está sujeito a limites.

Isso porque,

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se

permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.⁴⁴

Conforme assinalado em momento anterior deste estudo, a verdade é muito importante para o processo; contudo, não exerce mais aquele papel de centralidade de outrora.

Admite-se, hoje, que a verdade seja colocada em segundo plano, vale dizer: é possível que restrições legítimas à reconstrução dos fatos sejam justificadas pela existência de valores de maior relevância. Tome-se, por exemplo, uma prova obtida mediante tortura. Trata-se de prova vedada, pois a dignidade da pessoa humana sobrepõe-se à busca da verdade.

De acordo com os ensinamentos de Antonio Magalhães Gomes Filho, em um processo de partes, “correlato ao direito à prova, existe também um direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes”.⁴⁵

Os limites ao direito à admissão da prova podem ter fundamentos extraprocessuais (políticos), como ocorre em relação à proibição de provas obtidas com violação a direitos fundamentais, ou processuais (lógicos), ocasião em que se excluem as provas impertinentes, irrelevantes ou que possam acarretar uma decisão errônea.⁴⁶

2.4.6.1 Admissibilidade da prova

A admissibilidade prova constitui um conceito de direito processual. Trata-se de valoração prévia realizada pelo legislador a fim de evitar o ingresso no processo e a consideração pelo juiz na reconstrução dos fatos de elementos provenientes de fontes espúrias ou meios de prova inidôneos. Formula-se o termo em sentido negativo: inadmissibilidade, proibição de prova ou *exclusionary rules*.

A inadmissibilidade da prova distingue-se da nulidade da prova: enquanto a nulidade é pronunciada em julgamento posterior à realização do ato, por meio do qual se reconhece sua invalidade e ineficácia e não é automática, podendo do ato irregular ser

⁴⁴ Grinover, Ada Pellegrini; Scarance Fernandes, Antonio e Magalhães Gomes Filho, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

⁴⁵ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo III, n. 10, p. 89.

⁴⁶ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo IV, n. 1, p. 93.

considerado válido e eficaz se não ocorrerem determinados pressupostos legais para sua invalidação, a inadmissibilidade, em contrapartida, decorre de uma apreciação feita antecipadamente, de modo a impedir que a irregularidade se consuma e impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se da ideia de inexistência jurídica.

Ainda, a inadmissibilidade da prova também não se confunde com a ilicitude da prova, pois esta resulta de uma desconformidade com o direito material.

2.4.6.2 Exclusão de provas determinadas por regras processuais

As regras de exclusão de provas determinadas por regras processuais visam a uma correta apuração da verdade e são comuns no sistema anglo-americano. São as chamadas *exclusionary rules of intrinsic policy*.

Tais regras sobre prova estão também presentes no sistema da *civil law* e se consubstanciam, por exemplo, no princípio da imediação e da oralidade.

No Brasil, por exemplo, cite-se o artigo 158 do Código de Processo Penal, que prevê a indispensabilidade do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios, prova que não pode ser suprida pela confissão do acusado. Trata-se, pois, de regra que busca evitar que o convencimento do juiz possa ser conduzido a conclusões arriscadas sob o aspecto de uma correta reconstrução dos fatos.

2.4.6.3 Exclusão de provas determinadas por razões extraprocessuais: as provas ilícitas

Quando se fala em regras de exclusão de provas determinadas por razões extraprocessuais, refere-se à proibição de provas obtidas com violação a direitos fundamentais.

O estudo destas regras é muito importante na medida em que visam preservar a esfera individual contra intromissões, embora sejam regras ditadas pelo interesse de eficiência do processo.

No processo penal, não se pode conceber que o Estado exerça seu poder punitivo com fundamento em provas atentatórias à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade e à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança, enfim, aos valores tutelados por normas e princípios constitucionais e materiais. Assim, a

obtenção de prova mediante violação de qualquer norma do ordenamento constitui prova ilegal e, em consequência, não se presta à formação do convencimento judicial.

Até o início do século passado, sustentava-se que a obtenção de provas mediante violação a qualquer direito acarretava tão somente punição ao infrator da norma, sendo que foi a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Weeks*, quem primeiro considerou a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente.

No tocante à vedação das provas, segundo a terminologia proposta por Nuvolone⁴⁷ e adotada por Ada Pellegrini Grinover⁴⁸, com apoio da maioria da doutrina, tem-se que a prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal ou a um princípio do direito positivo, em sentido absoluto ou relativo. A prova é vedada em sentido absoluto quando o ordenamento proíbe em qualquer caso a sua produção. Em contrapartida, é vedada em sentido relativo quando o sistema condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas. A vedação pode ser estabelecida por uma lei processual ou por uma lei material.

Assim, quando a proibição for estabelecida por uma lei processual, a prova será ilegítima, devendo ser declarada nula. Por outro lado, quando a proibição for de natureza material, a prova será ilícita e, portanto, inadmissível.

A Constituição Federal trata da inadmissibilidade das provas ilícitas no artigo 5º, LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, o elemento de prova obtido mediante violação do direito material não pode ingressar no processo e, caso isso ocorra, não pode produzir qualquer efeito válido sobre o convencimento do juiz.

Por sua vez, a Lei n. 11.690/08, ao conferir nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, estabeleceu que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A inovação é passível de críticas, de forma que

⁴⁷ Nuvolone, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, v.21, n.1, p.442-475, 1966.

⁴⁸ Grinover, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 96-99.

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.⁴⁹

A questão dos efeitos indiretos do reconhecimento da ilicitude da prova também foi objeto da reforma legislativa de 2008. Assim, o § 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal passou a adotar a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada”, criada pela Suprema Corte americana, segundo a qual o vício da prova obtida ilicitamente contamina a prova que dela deriva: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Nota-se que o legislador infraconstitucional estabeleceu duas limitações à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação: a prova derivada da ilícita é admitida quando a prova puder ser descoberta por outra maneira (descoberta inevitável ou *inevitable discovery*) ou quando a conexão entre uma e outra é tênue, de modo a não tratar a primária e a secundária como causa e efeito (fonte independente ou *independent source*). Vale dizer: se a prova derivada é proveniente de fonte própria ou se a prova obtida de forma ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento da prova secundária, não há falar em contaminação desta prova, podendo ser introduzida no processo.

No tocante à primeira situação (descoberta inevitável),

Era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*.⁵⁰

No entanto, as maiores críticas foram estabelecidas em relação à previsão da fonte independente, inclusive, quanto à definição estabelecida pela Lei n. 11.690/08, no § 2º do art. 157: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites

⁴⁹ Grinover, Ada Pellegrini; Scarance Fernandes, Antonio e Magalhães Gomes Filho, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

⁵⁰ Magalhães Gomes Filho, Antonio. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Assis de Moura, Maria Thereza Rocha de. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 268.

típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Com efeito, o legislador afastou-se da noção original estabelecida pela jurisprudência norte-americana, sugerindo que “basta a simples *possibilidade* de que a prova venha a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial”. Ademais, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, o conceito normativo de fonte independente “subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior”. Para o Professor, a disposição “abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada”, padecendo de inconstitucionalidade.⁵¹

Além das situações especiais acima expostas, no sentido de que nem sempre as provas subsequentes a uma ilicitude inicial estarão contaminadas pelo vício, discute-se, atualmente, a utilização das provas ilícitas proibidas pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

A admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, mediante a aplicação do critério da proporcionalidade, é praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência brasileiras e tem grande aceitação no direito estrangeiro.

De fato, no confronto entre uma proibição de prova e o direito à prova da inocência, este último deve prevalecer. Para além do fato de que a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis em um Estado Democrático de Direito, ao próprio Estado não interessa a punição de um inocente, o que poderia implicar a impunidade do verdadeiro culpado por uma prática delitiva.

Outrossim, importante limitação à prova no processo penal resulta da garantia da não autoincriminação e esse o principal ponto deste trabalho.

Cuida-se, aqui, de regras de exclusão probatórias ditadas pela necessidade de tutelar os direitos fundamentais relativos à liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e a integridade física do imputado.

⁵¹ Gomes Filho, Antonio Magalhães. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: Assis de Moura, Maria Thereza Rocha de. (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008, p. 271.

Atualmente, a tentação de se buscar a reconstrução dos fatos por meio das declarações do acusado ainda é muito presente nos ordenamentos jurídicos; desse modo, a confissão ainda continua com o título de “a rainha das provas”.

Nos ordenamentos continentais, que ainda contém diversas características do modelo inquisitivo, o reconhecimento à garantia da não autoincriminação, por meio do exercício do direito ao silêncio, ainda é recente.

No Brasil, por exemplo, recentemente o nosso Código de Processo Penal foi alterado para se adaptar à garantia do direito ao silêncio insculpida no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, bem como no artigo 8º, 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Interessa, neste ponto deste estudo, ressaltar que o direito à não autoincriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova da acusação, de modo que “sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis de repressão, comprometendo do caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional”.⁵²

2.4.6.4 Exclusão das provas determinadas por motivos lógicos: relevância e pertinência

A exclusão das provas não é fundada tão somente em critérios jurídicos; pode também ter como fundamento motivos de ordem lógica.

Nesse sentido, fala-se em relevância e pertinência da prova quando esta for útil ao julgamento e não representar perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do juiz.

No Brasil, não há uma norma genérica que versa sobre a exclusão das provas impertinentes ou irrelevantes. Contudo, é possível infirmar que o tema foi tratado pelo legislador ordinário nos artigos 184 e 212 do Código de Processo Penal.

De fato, o artigo 184 estabelece que, salvo o caso de exame de corpo de delito, pode o juiz negar a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

⁵² Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, Capítulo IV, n. 7, p. 114.

Por sua vez, ao estatuir o sistema do exame direto e cruzado na inquirição de testemunhas (o *cross-examination*, traço marcante do sistema processual da *common law*), o artigo 212 prevê que o juiz pode vetar perguntas que induzam a resposta, que não tiverem relação com a causa ou que implicarem a repetição de outro questionamento já respondido.

3 AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO

3.1 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO DE DEFESA

3.1.1 A defesa como garantia constitucional e sua abrangência

Ao estabelecer o princípio da inafastabilidade do controle judicial ou da reserva de jurisdição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, inciso XXXV), a Constituição Federal de 1988 confere *status* constitucional aos direitos de ação e de defesa.

Além de conceder às partes o acesso ao Judiciário, a ordem constitucional assegura todo um conjunto de garantias consubstanciado na cláusula do devido processo legal, insculpido no inciso LIV do mesmo artigo 5º (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Vale dizer: garantias das partes e garantias da jurisdição.

O devido processo legal deve, então, ser analisado sob uma dupla ótica: uma individualista e outra publicista. Sobre essa dúplici perspectiva, Ada Pellegrini Grinover estatui que:

Se de um lado as posições de vantagens das partes no processo podem ser vistas como direitos públicos subjetivos, segundo a ótica de tipo individualista que privilegia o interesse individual sobre o social; do outro lado, podem ser vistas como *garantias*, e não apenas das partes mas também do *justo processo*, segundo a ótica de tipo publicista que dá relevância ao interesse geral na justiça da decisão.⁵³

Em outros termos, o devido processo legal consagra garantias das partes e do próprio processo. De um lado, está o interesse das partes na possibilidade de sustentar suas razões de forma plena e efetiva e na produção de provas, de modo a influir concretamente no convencimento do juiz; de outro lado, encontram-se as garantias da regularidade do processo e da imparcialidade do julgador.

Assim, o direito de defesa é consagrado na Constituição Federal, que prevê no artigo 5º, inciso LV, que “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”.

⁵³ Grinover, Ada Pellegini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio no processo de estrutura cooperatória. In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 1.

Neste contexto, verifica-se uma íntima relação entre defesa e contraditório: em um primeiro momento, é incontestável que a defesa deriva do contraditório, uma vez que é por meio deste que o acusado tem ciência da acusação e pode preparar a sua defesa. Por outro lado, em um segundo momento, é a defesa que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste.

Isto porque a defesa representa, na realidade, um aspecto integrante do próprio direito de ação, quais face e verso da mesma medalha, até porque não se pode falar em ação senão com relação à defesa, baseando-se a atuação de ambas as garantias sobre componentes idênticas.⁵⁴

Ao discorrer sobre o conteúdo do contraditório, Ada Pellegrini Grinover sustenta que esta garantia há de ser plena e efetiva, no sentido de permitir a real participação das partes na relação jurídica processual. Ressalta, ainda, que plenitude e efetividade do contraditório preconizam a necessidade de utilização de todos os meios necessários para evitar que as distintas posições no processo possa comprometer seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças: “a quem age e a quem se defende em Juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões”.⁵⁵

Importante ressaltar, ainda, que defesa e contraditório não guardam relação de primazia ou derivação. Ambos são manifestações do devido processo legal que interagem no processo.

3.1.2 Defesa técnica

O direito de defesa abrange duas facetas: o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa, vertentes complementares da mesma garantia.

Defesa técnica é aquela exercida por profissional devidamente habilitado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e que dispõe de conhecimento jurídico específico, a fim de possibilitar uma adequada defesa do imputado.

Para ser ampla, nos termos do preceito constitucional, a defesa técnica apresenta-se como necessária, indeclinável, plena e efetiva. Desta forma, são condições fundamentais para a paridade de armas a concessão ao acusado de oportunidade de escolha de advogado de sua confiança e a efetiva possibilidade de contato entre imputado e defensor.

⁵⁴ Grinover, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio no processo de estrutura cooperatória. In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 5.

⁵⁵ Grinover, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 18.

Não é por outra razão que a própria Constituição Federal considera o advogado indispensável à administração da Justiça (artigo 133) e prevê a possibilidade de defesa por defensor público, quando o imputado não puder às próprias expensas obter defensor particular.

3.1.3 Autodefesa

Por sua vez, a autodefesa é aquela desempenhada pelo próprio acusado, em participação pessoal nas atividades defensivas.

A autodefesa não pode ser imposta ao acusado e, desse modo, pode ser renunciada. A renunciabilidade não implica sua dispensabilidade pelo juiz. Nesse sentido, “o cerceamento de autodefesa, mutilando a possibilidade de o acusado colaborar com seu defensor e com o juiz para a apresentação de considerações defensivas, redundaria no sacrifício de toda a defesa”.⁵⁶

A maior parte da doutrina assenta que a autodefesa abrange o direito à defesa e o direito de presença.⁵⁷

Antonio Scarance Fernandes acrescenta um terceiro aspecto sobre essa garantia. Assim, sustenta que a autodefesa é composta de três aspectos: direito à audiência (por meio do qual pode o imputado, pessoalmente, apresentar sua defesa ao juiz, o que se dá por meio do interrogatório); direito de presença (por meio do qual se assegura ao acusado a oportunidade de participar dos atos de instrução, auxiliando o advogado na realização da defesa) e direito de postular pessoalmente (tome-se, por exemplo, a possibilidade de interpor recursos e de impetrar *habeas corpus*).⁵⁸

⁵⁶ Grinover, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio no processo de estrutura cooperatória. In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 10.

⁵⁷ Ver por todos: Grinover, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio no processo de estrutura cooperatória. In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 10.

⁵⁸ Scarance Fernandes, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 263-264. No mesmo sentido: Gustavo Henrique RighiIvahy Badaró. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

3.2 CONCEITO DE INTERROGATÓRIO

Trata-se de ato processual a partir do qual o acusado tem a possibilidade de influenciar a formação do convencimento do juiz, por isso é ato de máxima relevância no processo. É por meio do interrogatório que o réu exerce seu direito de audiência, um dos aspectos da autodefesa, como acima exposto.

O interrogatório constitui a manifestação da autodefesa, uma das decorrências da ampla defesa constitucional (ao lado da defesa técnica). Cuida-se de ato de defesa renunciável, pois o acusado não é obrigado a comparecer para ser interrogado; e, ainda que compareça à audiência ou seja requisitado pelo juiz, tem o direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder as perguntas feitas (tanto pela autoridade policial como pelo juiz).

No que toca à requisição do preso para ser interrogado, há discussão doutrinária quanto aos efeitos que teria a condução diante da possibilidade de silenciar.

A despeito de inúmeras vezes no sentido da legalidade da condução coercitiva, prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, Antonio Scarance Fernandes reputa estranha a condução obrigatória ao interrogatório para o acusado, perante o juiz, afirmar o seu direito ao silêncio.

Com efeito, “em decorrência dessa natureza renunciável do direito ao interrogatório e do direito ao silêncio, não pode o indiciado ou acusado ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização desse ato”.⁵⁹

3.3 A DISCIPLINA DO INTERROGATÓRIO NO BRASIL

A disciplina jurídica do interrogatório sofreu inúmeras alterações nos últimos tempos.

Antes da edição da Lei nº 10.792/2003, o interrogatório era entendido como meio de produção de prova, destinado à obtenção da confissão do imputado, elemento essencial na pesquisa da verdade real. Constituía a grande oportunidade que o magistrado tinha de, em contato pessoal com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade e tentar obter a confissão.

⁵⁹ Scarance Fernandes, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 264.

O texto original do artigo 186 do nosso Estatuto Processual Penal previa que, ao informar sobre a faculdade que acusado tinha de não responder às perguntas formuladas, o juiz deveria adverti-lo de que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

O interrogatório era um ato personalíssimo, que contava tão somente com a participação do juiz e do interrogando, sem a presença de seu defensor.

Além disso, na sequência dos atos procedimentais, o interrogatório era o primeiro ato da instrução, que ocorria após o recebimento da denúncia e a realização a citação. Acreditava-se que as declarações do acusado colocadas como primeiro ato do procedimento servia para que, em caso de confissão ou apresentação de álibi deficiente, o juiz iniciasse a formação de seu convencimento em desfavor do imputado, de modo a influenciar a maneira de colheita dos demais depoimentos.⁶⁰ Note-se que, já no início da instrução, o magistrado já tinha formulado uma hipótese fática a ser confirmada, hipótese esta que certamente converter-se-ia na decisão final.

Mesmo antes da entrada em vigor da Carta Constitucional de 1988, Ada Pellegrini Grinover já considerava a existência do pleno direito de calar como decorrência do fato de não existir, no processo penal, ônus para a defesa e entendia que, da presunção de inocência, decorria a impossibilidade de se atribuir sanções ao silêncio do imputado, ainda que indiretas (como a previsão contida no artigo 198 do Código de Processo Penal que previa que, embora o silêncio não importasse confissão, poderia constituir elemento para a formação do convencimento do juiz).⁶¹

Aliás, esta sanção indireta ainda remanesce em nosso ordenamento, uma vez que o mencionado dispositivo não sofreu alterações, muito embora a manutenção da redação do artigo 198 seja considerada pela doutrina mais consentânea com os direitos e garantias individuais do imputado como uma falha.⁶²

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi afirmado o direito ao silêncio: *O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado* (artigo 5º, inciso LXIII).

⁶⁰ Fernandes, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 19-20.

⁶¹ Grinover, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, jan./mar. 1976, p. 15-31.

⁶² É o que se depreende de: Fernandes, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 19-20.

A despeito de o preceito constitucional referir-se ao acusado preso, a doutrina entendia que a norma alcançava qualquer pessoa acusada. Além disso, firmou-se entendimento de que os artigos 186 e 198 não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

Diante da necessidade de conformação da legislação ordinária à nova ordem constitucional, foi editada a Lei nº 10.792/2003 que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal. Com efeito, o interrogatório do acusado passou a ser realizado na presença de seu defensor (artigo 185, *caput*), foi previsto o direito de entrevista reservada entre acusado e seu advogado (artigo 185, §2º), também foi estabelecido o direito ao silêncio, que não importa em confissão nem pode ser interpretado em prejuízo da defesa, devendo o imputado ser informado de seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas formuladas (artigo 186, *caput* e parágrafo único) e, ainda, passou-se admitir a possibilidade de as partes formularem perguntas aos interrogando, ao final do interrogatório judicial.

Vê-se, pois, que o interrogatório não é mais um ato unilateral e isolado do juiz; trata-se, pois, de ato realizado em contraditório e com a participação dos sujeitos processuais. As partes têm, após o interrogatório judicial, a faculdade de formular perguntas ao interrogando.

Além disso, entre as alterações procedidas em nosso ordenamento pela Lei nº 11.719/2008, verifica-se a mudança na ordem dos atos instrutórios, de modo que o interrogatório constitui, agora, o último ato da instrução (como já ocorria com as infrações de menor potencial ofensivo, que são processadas pelo rito sumaríssimo, previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais).

De fato, a nova redação do artigo 400 do Código de Processo Penal passou a prever que, na audiência de instrução e julgamento, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem (ressalvado o disposto no artigo 222 do Código), bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, ao interrogatório do acusado.

3.4 NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

Muito se discute acerca da natureza jurídica do interrogatório, sendo que há 3 (três) posições: meio de prova; meio de defesa e meio de defesa e de prova (caráter misto).

Em primeiro lugar, parcela pequena da doutrina entende que, por estar posicionado no Código de Processo Penal entre os meios de prova, o interrogatório serve como alicerce condenatório e continua a ser meio de prova, podendo “acidentalmente ser usado como meio defesa”.⁶³

A segunda corrente doutrinária é a que entende que o interrogatório constitui um meio de defesa⁶⁴ e, de forma mais específica, de autodefesa.

Com efeito, diante da evolução da disciplina do interrogatório, a partir da previsão constitucional e legal do direito ao silêncio e de sua colocação como ato final da instrução processual, este ato transmutou-se de instituto dirigido principalmente à pesquisa das provas (e leia-se: provas contra o réu, como ocorria no sistema inquisitório) em instituto dirigido à autodefesa do acusado.

De fato, esta é a posição mais consentânea com o processo de partes, igualitário e baseado na paridade de armas, pois entende o interrogatório como meio de defesa do qual dispõe o imputado de contestar a acusação expor a sua própria versão dos fatos.

No momento da oitiva do acusado, pode o juiz, de fato, obter elementos úteis para o deslinde da causa. Contudo, o interrogatório não tem como finalidade a colheita de provas, de modo que, em razão do direito de não depor contra si mesmo nem declarar-se culpado (*nemotenetur se ipsum accusare*), o réu não tem a obrigação de fornecer elementos de prova.

É neste contexto que Grinover, Gomes Filho e Fernandes aduzem que o interrogatório pode constituir *fonte de prova*, mas não *meio de prova*⁶⁵, circunstância que será analisada em momento posterior deste trabalho.

⁶³ Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94. Aliás, para o autor, a Lei nº 10.792/2003 alterou partes da disciplina do interrogatório sem apresentar grandes inovações. Segundo ele, constitui o interrogatório meio de prova “em primeiro lugar, porque colocado no Código entre provas e como tal considerado pelo julgador ao formar sua convicção; depois, porque as perguntas podem ser feitas livremente, apenas obedecendo às diretrizes do art. 188; em terceiro, porque pode atuar tanto contra o acusado, no caso da confissão, como em seu favor; e, finalmente, porque o silêncio, a recusa em responder às perguntas, pode atuar como um ônus processual (arts. 186 e 191)”.

⁶⁴ Nesse sentido: Fernandes, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 200, jul. 2009, p. 19-20; Grinover, Ada Pellegini. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 185-200 e Gomes Filho, Antonio Magalhães e Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, mar.-abr. 2007, p. 175-208.

Ainda sob a ótica do interrogatório como meio de defesa, Sílvio César Arouck Gemaque ensina que:

A grande confusão que se faz quanto à natureza jurídica do interrogatório é a mistura entre o interrogatório como fenômeno humano e social, no qual o juiz se vê diante de alguém que está sendo acusado por um crime, com o ato jurídico-processual, revestido de garantias de estatura constitucional. Portanto, uma vez percebida a distinção e devidamente separados os elementos que não interessam para a conclusão jurídico-processual da causa, não restam dúvidas de que deva prevalecer a faceta defensiva do interrogatório. Pode-se criticar o fato de nosso sistema processual privilegiar o silêncio ou o artifício defensivo do acusado, mas, na verdade, é um ônus de uma sociedade civilizada e que privilegia os direitos e as garantias individuais concebidos por intermédio do devido processo legal.⁶⁶

Ressalte-se, por fim, entendimento doutrinário que atribui ao interrogatório um caráter misto, ou seja, natureza de meio de prova e meio de defesa.⁶⁷

3.5 O INTERROGATÓRIO E O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

3.5.1 O princípio do *nemo tenetur se detegere*: noções históricas

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, que literalmente significa que ninguém é obrigado a se descobrir, não era reconhecido na Antiguidade nem na Idade Média.

Nestes períodos mais antigos, o processo penal vivia sua matriz inquisitiva: o acusado era presumidamente culpado e a tortura era o instrumento apto a alcançar a confirmação de sua culpabilidade, por meio da confissão, que era considerada a prova máxima. Assim, o interrogatório do acusado era visto como meio de prova e não existia o direito ao silêncio.

⁶⁵ Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77. A questão da diferenciação entre *fonte de prova* e *meio de prova* é extremamente relevante e já foi abordada em momento anterior neste trabalho.

⁶⁶ Gemaque, Sílvio César Arouck. *O interrogatório do acusado*. São Paulo: Editora Federal, 2006, p. 58-59.

⁶⁷ Azevedo, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. In: *Processo penal*, v. 3, p. 431-450; José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, Campinas, Bookseller, 1998, v. II e Nucci, Guilherme de Souza. *O valor da confissão o meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 163-175.

O primeiro reconhecimento do princípio do *nemo tenetur se detegere* deu-se no período do Iluminismo, já na Idade Moderna, sendo a Inglaterra o primeiro dos países continentais europeus que cuidou do assunto.

Tal princípio é expresso no modelo anglo-americano pelo *privilege against self-crimination*.

Na Inglaterra, foi somente no início do século XIX que o processo penal passou por mudanças relevantes, entre elas, reconhecimento do direito de o acusado constituir advogado, adoção da dúvida razoável da prova, da presunção de inocência e das regras de exclusão de provas. O caso emblemático que tratou do assunto foi o *Garbett case*.

Nos Estados Unidos da América, por sua vez, o *leading case* em matéria de *nemo tenetur* foi *Horstman v. Kaufman*, na Pensilvânia, em 1881, ocasião em que ficou assentado que as afirmações de testemunhas, fornecidas sob coação, não poderiam ser acolhidas (tal como ocorria com as confissões que não eram livres e voluntárias). Contudo, no direito norte-americano o caso mais célebre foi o *Miranda v. State of Arizona*, de 1966, que firmou o sentido do *privilege against self-incrimination* estampado no V Amendment de 1791 (V Emenda Constitucional): *No person shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*.

No *Case Miranda*, a Suprema Corte norte-americana assentou que os agentes policiais não poderiam exercer sobre os detidos qualquer tipo de coação, física ou psicológica, para deles extraírem informação que pudesse prejudicá-los no futuro. Ademais, deviam os policiais advertir o suspeito de seu direito ao silêncio e do direito de consultar advogado antes de depor.

Em razão deste emblemático caso, surgiram as chamadas *Miranda warnings*, “contemplação jurisprudencial dos desdobramentos do princípio do direito ao silêncio e do descabimento ético da autoincriminação”.⁶⁸ Trata-se do dever dos agentes policiais, no ato da prisão, comunicar ao acusado sobre o seu direito de não responder e de ser assistido por um defensor, bem como que tudo que disser poderá ser usado contra si.

⁶⁸ Suannes, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 270.

3.5.2 O princípio do *nemo tenetur se detegere* e o direito ao silêncio no direito brasileiro

O direito ao silêncio e a sua matriz, que é o direito contra a auto-acusação não são objeto direto do presente estudo, que busca analisar as hipóteses em que o imputado presta declarações. No entanto, serão tecidas algumas considerações importantes, sem o intuito de esgotar o tema.

No direito brasileiro, a doutrina já vinha extraíndo da cláusula da ampla defesa e de outros princípios constitucionais, como a presunção de inocência, o princípio de que ninguém era obrigado a se autoincriminar, de modo que indiciado e acusado não podiam ser forçados a produzir prova contra si.

Aliás, o direito de não depor contra si mesmo nem a declarar-se culpado e o direito ao silêncio guardam íntima relação com o princípio da não culpabilidade ou princípio da presunção de inocência.

O jurista italiano Giulio Ubertis tece importantes considerações sobre a questão do prêmio concedido para o imputado que confessa e da sanção impingida para aquele que silencia. Considera ele que a premissa segundo a qual aquele que confessa contribui mais facilmente para o deslinde do processo penal, reduzindo a eficiência do mecanismo dialético, pode dar azo à presunção de culpa daquele que permanece em silêncio, em clara violação ao princípio da presunção de inocência, bem como ao aspecto do direito de defesa consubstanciado no *nemo tenetur se detegere*.

Neste ponto, conclui:

A rigore, se si vuole essere coerenti, non può contestarsi che l'affermata 'neutralità' del silenzio processuale dell'imputato verrebbe lesa qualora si consentisse una valutazione negativa di quest'ultimo comportamento per la determinazione della pena. Considerare legittima l'induzione dell'imputato a 'parlare' significa che non si vuole più di un processo improntato ai valori della dialettica, ma si ricerca, si ha in mente, magari implicitamente o nel fondo del proprio animo, un processo in cui c'è 'qualcuno' che há la verità, per così dire, in tasca.⁶⁹

De fato, o estado de inocência, direito fundamental com estrutura normativa de princípio, além do âmbito de proteção que lhe é garantido, pode ser passível de restrições.

⁶⁹ Giulio Ubertis. "Nemo tenetur se detegere" e dialettica probatória. In *Verso um 'giusto processo' penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, p. 68.

A estatura constitucional do princípio da presunção de inocência não significa que o imputado não possa sofrer restrições a sua liberdade. Tais restrições, contudo, devem ser elaboradas e aplicadas de maneira proporcional e com justificação constitucional.

Considerando, portanto, o campo excepcional da redução do âmbito de proteção de um direito fundamental, a garantia constitucional da presunção de inocência exige que suas restrições sejam elaboradas, interpretadas e aplicadas de modo estrito e rigoroso. Logo, “se a sua redução é inevitável em um sistema de princípios interdependentes, ela deve sempre ocorrer da menor forma possível”.⁷⁰

Aqui, para o que é importante no âmbito deste trabalho, admitir que o silêncio do acusado possa ser interpretado em seu desfavor e que suas declarações configuram meio de prova constituem séria violação do princípio da presunção de inocência.

Em prosseguimento, tem-se que o princípio que veda a autoincriminação foi inserido no sistema jurídico nacional pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cujo texto foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 26/05/1992 e incorporado no direito interno pelo Decreto 678, de 06/11/1992.

De fato, a norma convencional estabeleceu, no artigo 8º, 2, letra “g,” o direito de toda pessoa acusada de prática de um delito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Como derivação do direito que veda a autoincriminação decorre o direito ao silêncio, este sim estatuído de forma expressa em nosso texto constitucional (artigo 5º, inciso LXIII: *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*).

Importante ressaltar que o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo nem a declarar-se culpado é um dos selos que confere a característica acusatória a um sistema processual penal.

Trata-se de garantia que eleva o imputado à condição de sujeito processual, retirando-o da condição de objeto, para firmá-lo, dentro do processo, em uma posição equilibrada em relação à acusação, em consonância com o moderno processo de partes.

⁷⁰ Moraes, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, item n. 5.4.1.2.1, p. 371.

Neste sentido, Manuel da Costa Andrade ensina que o princípio que veda a autoincriminação ganha o significado de uma decisiva pedra de toque, de modo a configurar critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo de matriz inquisitória. Segundo o jurista português,

se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incindivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório.⁷¹

Note-se, ainda, que Manuel da Costa Andrade cuida da liberdade de declaração e depoimento do imputado em duplo sentido: pela ótica positiva, tal liberdade assegura ao imputado irrestrito direito de intervenção e declaração em seu favor; pelo aspecto negativo, veda todas as tentativas de obtenção de declarações autoincriminatórias, por meios enganosos ou por coação.

É nesta segunda dimensão que a liberdade de declaração assume maior relevância em matéria de proibições de prova.

Assim, o imputado não pode ser coagido ou induzido a contribuir para sua condenação ou, em outras palavras, ser obrigado a trazer aos autos ou oferecer meios de prova contra a sua defesa.

Surge, aqui, a importante questão da obtenção de prova, por meio de ingerências ou invasões no corpo do acusado (bafômetro, coleta de material genético, coleta de sangue, submissão à realização de exame radiológico, etc.).

Costuma-se distinguir a questão entre a ação positiva por parte do imputado e o mero tolerar passivo de uma atitude de terceiro.

O fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico ou o fornecimento de padrões vocais para realização de perícia fonética são hipóteses em que se exige uma ação positiva por parte do imputado. Por outro lado, a realização de exame radiográfico para verificar existência de droga no interior do organismo do agente ou a realização de exame de sangue para apuração de embriaguez constituem exemplos de passividade forçada.

⁷¹ Andrade, Manuel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra, 1992, p. 122.

Nesse segundo caso, há quem entenda que a colaboração do agente não é facultativa, ou seja, tem ele de tolerar que seu próprio corpo seja utilizado como meio de prova.

No entanto, a dignidade humana do arguido é vulnerada não só quando ele é forçado a uma ação, mas também quando ele compelido a tolerar uma ação de terceiro. Manuel da Costa Andrade, inclusive, ao citar Wolfslast, aduz que não há uma distinção qualitativa entre a ação e a omissão e sustenta que, em caso de passividade forçada, a humilhação de ser instrumento contra si próprio pode ser ainda maior do que na hipótese de colaboração ativa.⁷²

3.6 O INTERROGATÓRIO E A CONFISSÃO

O interrogatório constitui ato de grande importância no processo penal, pois é durante a inquirição do acusado que pode ocorrer a confissão, assim entendida como o ato de admitir, contra si, a prática de algum fato criminoso, de forma voluntária, expressa e pessoal, diante da autoridade competente, em ato solene, público e reduzido a termo, levado a efeito por investigado ou acusado com discernimento.

Assim como ocorre com o instituto do interrogatório, a doutrina também é controversa quanto à natureza jurídica da confissão.

Alguns entendem que se trata de meio de prova, que assume uma relevância especial por consistir em uma admissão de culpa feita pelo próprio acusado. Nesse sentido, é a lição de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, para quem

na verdade a expressão ‘rainha das provas’ tem o seu sentido pelo conforto que traz à consciência dos que trabalharam no processo, pois como meio de prova o seu valor é idêntico ao das demais, avultando-se apenas por sua força tranquilizadora.⁷³

⁷² Andrade, Manuel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra, 1992, p. 128.

⁷³ Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108.

Este é também o entendimento de Guilherme de Souza Nucci: “É inegável que a confissão é um meio de prova. Trata-se de um dos instrumentos disponíveis para o julgador chegar à verdade dos fatos e, por consequência, ao seu veredicto”.⁷⁴

Por outro lado, parcela da doutrina entende que a não se pode atribuir à confissão a natureza de meio de prova. Nestes termos são os ensinamentos de Antonio Scarance Fernandes⁷⁵ e de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Badaró:

Embora seja tradicionalmente catalogada entre os meios de prova e assim seja considerada, de forma quase unânime, pela doutrina, tal não nos parece. A confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro ou fora do processo. Assim, a confissão extrajudicial deverá ser consubstanciada em algum documento, e será este documento o meio de prova produzido no processo e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre em sede de interrogatório, não sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório. Neste caso, o meio de prova, para aqueles que assim o consideram, será o próprio interrogatório.⁷⁶

A confissão, portanto, tem como sede principal o interrogatório, independentemente da posição que se adote quanto a sua natureza jurídica. De outra banda, situação oposta ao ato de admitir a culpa é o direito ao silêncio, que também é manifestado no momento do interrogatório. Os três institutos (interrogatório, confissão e direito ao silêncio) estão interligados.

⁷⁴ Nucci, Guilherme de Souza. *O valor da confissão o meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

⁷⁵ Scarance Fernandes, Antonio. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: Scarance Fernandes, Antonio; Alemeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no processo penal: estudo comparado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22-23.

⁷⁶ Gomes Filho, Antonio Magalhães e Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, v. 15, n. 65, mar.-abr. 2007, p. 178-179. No mesmo sentido, no âmbito do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco também entende que, embora tratada entre os meios de prova, a confissão não tem essa natureza por não constituir uma técnica destinada a extrair de uma fonte ativa de prova informes sobre os fatos. Segundo ele, “a parte pode confessar por petição ou em depoimento pessoal, ela pode ter confessado mediante documento que vem depois aos autos pelas técnicas da prova documental ou pode ainda tê-lo feito perante outras pessoas que depois venham a ser ouvidas mediante a prova testemunhal etc. A declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis, em que se resolve a confissão, pode ser o objeto de um meio de prova, mas meio de prova ela própria não é” (*Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, vol. III, p. 733).

4 AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO DIREITO ESTRANGEIRO

4.1 AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO SISTEMA ANGLO-AMERICANO

Os sistemas inglês e norte-americano, que seguem as regras da *common law*, serão tratados de forma conjunta, pois são praticamente os únicos que adotam o modelo acusatório puro, com algumas ressalvas.

No sistema inglês, existem duas cortes de primeira instância: a Corte de Magistrados (*Magistrates Court*), predominantemente composta por juízes leigos, que julga crimes menos graves e a Corte da Coroa (*Crown Court*), composta de juízes profissionais, que julga delitos de maior gravidade. Todos os casos são submetidos à Corte de Magistrados, que realiza a oitiva de testemunhas e decide se julga o feito ou o envia à Corte da Coroa. Perante a Corte de Magistrados, a acusação é desempenhada pela polícia, pela própria parte ou pelo auxiliar dos magistrados (*Master*), ao passo que perante a Corte da Coroa, a acusação cabe ao *Master of the Crown Office*. Não existe a figura do Ministério Público na Inglaterra.⁷⁷

Na Inglaterra, há o interrogatório policial e o judicial. No interrogatório realizado perante a polícia, que é visto como meio de defesa, é assegurado ao investigado o direito ao silêncio. Contudo, após a acusação formal do suspeito, em juízo, a primeira indagação feita é relativa a sua culpabilidade, momento em que ele pode se declarar culpado ou inocente (*plea of guilty* ou *plea of not guilty*).

Na hipótese de se declarar inocente, o julgamento se inicia, ocasião em que o acusado tem a faculdade de prestar depoimento. Se optar por ser ouvido em juízo, passa a ser considerado como uma testemunha, sem direito ao silêncio, podendo ser acusado de prática do crime de perjúrio ou falso testemunho. A única garantia que terá é o privilégio contra a autoincriminação quanto às perguntas que possam ensejar a conclusão de sua culpa na prática de outro delito.

Sobre a mitigação do direito ao silêncio no direito inglês, a indicar traços do modelo inquisitivo, Fernanda Regina Vilares tece a seguinte crítica:

⁷⁷ Vilares, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: Scarance Fernandes, Antonio; Alemeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no processo penal: estudo comparado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358-394.

Diante do exposto, percebemos a lamentável tendência de o Processo Penal inglês passar de um sistema puramente acusatório para um inquisitório, em que o interrogatório do réu não apenas é utilizado como meio de prova, mas também enseja uma inversão do ônus da prova em desfavor do acusado.⁷⁸

No sistema norte-americano, existem as Cortes Federais, que julgam delitos mais graves e relativos à segurança nacional, bem como as Cortes Estaduais, que julgam os demais crimes. Nos Estados Unidos da América, existe o Ministério Público federal, estadual e dos condados.

Também no sistema estadunidense, o acusado não está obrigado a testemunhar em processo movido contra ele (*privilege against self incrimination*). Contudo, se optar por ser ouvido em juízo, o será na condição de testemunha, com o dever de dizer a verdade, sob pena de ser incidir no delito de falso testemunho.

Conforme já exposto acima, em 1966, a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Miranda vs. Arizona*, ocasião em que ficou decidido que as declarações do acusado somente podem ser consideradas pelo juiz caso a polícia informe o detido a respeito de seus direitos de consultar um advogado antes e durante a inquirição e de não se autoincriminar.

Entretanto, o direito ao silêncio também tem sido mitigado nos Estados Unidos da América, nos casos em que a segurança pública estiver em risco, conforme foi decidido no caso *New York vs. Quarles*, de 1984, quando a Suprema Corte decidiu que razões de segurança podem justificar que um suspeito seja questionado sem ter seus direitos totalmente assegurados.

No sistema acusatório vigente na Inglaterra e nos Estados Unidos, não há previsão da confissão como cerne dos elementos probatórios, sendo que a admissão da culpa deve ser espontânea. Em outros termos, não se concebe que do interrogatório do acusado se obtenha a confissão, porque contra a natureza humana, que visa à preservação contra a auto-acusação.

O réu é alertado, no início do depoimento, a não prestar declarações sem antes saber de suas graves consequências. Nesse momento, o juiz pergunta ao acusado como se

⁷⁸ Vilares, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: Scarance Fernandes, Antonio; Almeida, José Raul Gavião de; Moraes, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no processo penal: estudo comparado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387.

declara, se culpado ou inocente. Se se declarar culpado, o processo é encerrado e uma pena é aplicada, embora vigore o princípio da presunção de inocência. Não há instrução prévia, a acusação é admitida diretamente no tribunal e o juiz julga tão somente a admissibilidade da ação penal.

Nesse sistema, o acusado passa a ser sujeito de direitos e o juiz é um sujeito imparcial na avaliação das provas e dos argumentos defensivos e acusatórios.

O testemunho voluntário do acusado é um instituto vigente há tempos nos sistemas inglês e norte-americano. Pode o imputado, portanto, apresentar-se como testemunha, mas não é obrigado a fazê-lo (*competent but not compellable witness*).

4.2 AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO DIREITO ITALIANO

No direito italiano, o interrogatório do imputado é previsto na fase de investigação (chamada *indagini preliminari*) e na etapa da audiência preliminar da fase processual (denominada *udienza preliminare*) e é considerado, pela maioria da doutrina, como meio de defesa e não meio de prova, tanto é que não está ele previsto no Título II do Terceiro Livro do Código de Processo Penal da Itália, que cuida dos *mezzi di prova*.

No interrogatório previsto na fase das investigações preliminares (artigos 64 e 65 do Código de Processo Penal italiano), é proibida a utilização de métodos ou técnicas capazes de afetar a liberdade de autodeterminação do imputado ou de alterar a capacidade de lembrar e avaliar os fatos (artigo 64, inciso 2). Antes do início do interrogatório, o investigado é comunicado de que as suas declarações podem ser utilizadas contra si (artigo 64, inciso 3, letra a), sendo que a falta desta comunicação ou a comunicação incompleta tornam o depoimento inutilizável (artigo 64, inciso 3-bis). Deve ser advertido também da faculdade de não responder a qualquer pergunta e do dever de responder segundo a verdade sobre sua identidade. É reconhecido, também, o direito de permanecer em silêncio sobre todas as perguntas ou sobre parte destas, além de ser comunicado de que, se não responder, o procedimento seguirá o seu curso (artigo 64, inciso 3, letra b), sendo a omissão ou falha desta comunicação sancionada com a inutilizabilidade (artigo 64, inciso 3-bis).

Por sua vez, o interrogatório realizado na fase processual e que ocorre na audiência preliminar vem estabelecido nos artigos 421 e 422 do Estatuto Processual Penal

italiano. Aqui, o imputado pode fazer declarações espontâneas e pedir para ser interrogado na forma dos artigos 64 e 65 (artigo 421, inciso 2).

Eventualmente, o interrogatório pode constituir fonte de prova, se, por meio das declarações espontâneas prestadas pelo imputado, o julgador puder extrair elementos úteis à descoberta da verdade.⁷⁹

Por outro lado, na fase de debates (chamada *dibattimento*), o acusado pode ser ouvido sob a disciplina do exame das partes. Com efeito, o “exame do acusado”, que se assemelha ao nosso interrogatório, constitui espécie de “exame das partes”, ao lado do “exame das partes privadas diversas do acusado” (como o responsável civil) e do “exame dos acusados em procedimentos conexos ou coligados”.

De um modo geral, o exame das partes deve obedecer às seguintes regras: a) o declarante não tem o dever de dizer a verdade e nem de narrar os fatos de modo minucioso e exaustivo, podendo, ainda, não responder às perguntas formuladas; b) os depoimentos são prestados em exame cruzado⁸⁰ e c) as perguntas devem ter relação com os fatos objeto da prova.

Neste contexto, o exame do acusado no próprio procedimento consiste em um meio de prova disciplinado no artigo 208 do Código de Processo Penal italiano e serve para obter a contribuição probatória do imputado em relação a fatos delitivos que tenham por objeto sua própria responsabilidade penal.

O exame somente será realizado se houver requerimento do acusado ou se for por ele consentido, na hipótese de ter sido requerido por outra parte. De acordo com Paolo Tonini, a falta de anuência não pode ser valorada negativamente, pois se trata de uma escolha relacionada com a estratégia defensiva. Contudo, se a defesa afirma a existência de um fato, “a recusa do imputado em submeter-se ao exame, que poderia confirmar a

⁷⁹ Nesse sentido: Arantes Filho, Marcio Geraldo Britto. A disciplina da prova no código de processo penal italiano. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no processo penal: estudo comparado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252 e Grevi, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell' art. 78 C.P.P. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 13, n. 4, p. 1119-1181, out/dez 1970.

⁸⁰ Trata-se de influência dos sistemas inglês e norte-americano. De fato, com a revogação do antigo Código de Processo Penal de 1930 (conhecido como “Código Rocco”), a Itália passou a adotar diversos princípios do sistema acusatório anglo-saxão para atenuar seu modelo inquisitivo.

existência de referido fato, não lhe permite realizar o ônus da prova”.⁸¹ Fica, pois, ao critério do acusado exercer ou não o seu direito de autodefesa.

Importante salientar que o imputado não é testemunha e, portanto, não tem o dever de dizer a verdade, podendo fazer afirmações falsas sem sofrer consequências penais. No entanto, Paolo Tonini faz um alerta para uma consequência que pode advir da mentira: a falta de credibilidade que irá recair sobre o acusado.⁸²

Além disso, ao acusado é assegurado o direito contra a autoincriminação, segundo o qual o indivíduo não pode ser obrigado a depor sobre fato do qual pode emergir sua responsabilidade penal. No curso do exame, então, o imputado pode se recusar a responder as perguntas; tal recusa, entretanto, deve ser consignada na ata (artigo 209, inciso 2, do Código de Processo Penal italiano).

Sobre a consignação em ata da recusa em responder as perguntas, Paolo Tonini indica uma indesejável consequência: “Uma vez que a recusa consta dos autos, deduz-se que o silêncio do acusado pode ser valorado pelo juiz como ‘argumento de prova’, vale dizer, a credibilidade do acusado pode ser questionada”.⁸³

No mesmo sentido, Silvia Buzzelli, ao confrontar o direito de não responder no interrogatório (artigo 64, inciso 2) e a recusa em responder a uma pergunta (artigo 209, inciso 2) durante o exame do acusado, assevera que o direito ao silêncio segue intangível no que se refere ao interrogatório. No exame da parte, contudo, cada pergunta não respondida pelo réu será consignada em ata e poderá servir de elemento de prova, circunstância que pode representar uma armadilha à defesa.⁸⁴

⁸¹ Tonini, Paolo. *A prova no processo penal*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 144.

⁸² Tonini, Paolo. *A prova no processo penal*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 144.

⁸³ Tonini, Paolo. *A prova no processo penal*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 144.

⁸⁴ Buzzelli, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In: UBERTIS, Giulio (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 104-105. E conclui a autora: “Quindi, la preferenza accordata al silenzio durante l'esame è intangibile, come si deduce dalla prescrizione contenuta nel secondo comma dell'art. 209 c.p.p.; ma tale contegno di non collaborazione – inserendosi in un atto contrassegnato da finalità squisitamente probatorie – implica conseguenze del tutto diverse rispetto all'esercizio della *facultas tacendi* previsto in occasione dell'interrogatorio. Di fatti, mentre il silenzio in sede di esame acquista un significato *lato sensu* probatorio, quello tenuto nel corso dell'interrogatorio predibattimentale non può nemmeno esser utilizzato ai fini dell'art.503 comma 3 c.p.p., mancando, per definizione, la deposizione ‘sui fatti e sulle circostanze da contestare’ ”.

5 DAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO NO ÂMBITO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

5.1 O INTERROGATÓRIO COMO FONTE DE PROVA E COMO MEIO DE DEFESA

O acusado tem, certamente, um conhecimento preciso acerca da verdade ou inverdade da reconstrução dos fatos no processo. Se ele confessa, pode ser considerado culpado e condenado, mas, em contrapartida, pode desviar a representação da história de acordo com seus próprios interesses; pode, ainda, calar-se e em nada contribuir para a prolação do provimento jurisdicional.

Neste ponto reside a relevância e a utilidade, no processo penal, das declarações do imputado, um tema por vezes complexo a ser resolvido e que, a depender da solução encontrada pelo ordenamento jurídico, confere o selo de inquisitivo ou acusatório ao sistema.

No Brasil, o juiz encara as declarações do réu como importante elemento de convicção, porque, de fato, elas se consubstanciam em um suporte na formação do convencimento judicial. No entanto, não é consentâneo com o processo penal moderno admitir que a palavra do acusado tenha valor probante (porque meio de prova não é).

É sabido que, em um sistema acusatório, ao acusado é garantido o direito à ampla defesa, consubstanciado no direito de produzir provas aptas a corroborar as teses defensivas, bem como o direito ao silêncio, não possuindo qualquer dever de colaborar com a descoberta da verdade.

Nesse sentido, o interrogatório não pode ser visto como meio de prova, assim entendido como os elementos aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática ou, em outros termos, instrumentos por meio dos quais as fontes são levadas para o processo. O magistrado não pode dispor do arguido como meio de prova; ao contrário, deve respeitar a sua liberdade de se defender como bem entender, falando ou calando.

O entendimento segundo o qual o ato de colheita das declarações do acusado constitui meio de defesa é o mais consentâneo com o direito processual penal justo e igualitário, sem se descuidar da necessidade do equilíbrio entre eficiência e garantismo penal.

Contudo, o fato de o interrogatório constituir meio de defesa não afasta da possibilidade de ser entendido também como fonte de prova, vale dizer, elemento que decorre do fato em si e, por isso, precede o processo, existe antes e independentemente da existência do processo. Nestes termos, a testemunha de um fato é a fonte de prova, ao passo que suas declarações em juízo são o meio de prova.

Não é um ato de instrução ou meio de prova, a função primária e essencial do interrogatório é ser meio de defesa e somente de modo indireto e eventual, a função de fonte de prova.

Por meio das declarações espontâneas do acusado em um interrogatório, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis à descoberta da verdade, talvez até em um sentido que o prejudique. Em outras palavras, na prática, o interrogatório pode constituir fonte de prova, mas isso não significa que seja um meio de prova.

Ora, a inquirição do acusado é ato de suma importância no processo penal, uma vez, que por meio do interrogatório, o imputado pode confessar. A confissão pode ser validamente utilizada pelo juiz para fundamentar um decreto condenatório, sem que isso implique ofensa às suas garantias constitucionais.

Desta feita, Admitir que o interrogatório possa ter as feições de fonte de prova não afasta a sua característica de meio de defesa. Não se trata, aqui, de aspectos inconciliáveis; pelo contrário, podem coexistir.⁸⁵

5.2 PRESUNÇÕES PSICOLÓGICAS ORIGINÁRIAS DAS DECLARAÇÕES DO ACUSADO

O estudo da psicologia, área da ciência que estuda o comportamento humano e os processos mentais, de forma aplicada ao interrogatório é importante, pois oferece instrumentos valiosos para que o aplicador do direito possa perceber contradições e inverdades nas declarações do acusado, bem como subsídios para uma adequada

⁸⁵ Para Antonio Magalhães Gomes Filho, o interrogatório é meio de defesa e fonte de prova, ainda que esteja previsto em nosso ordenamento como meio de prova, por mera conveniência sistemática (*Sobre o direito à prova no processo penal*. Tese para concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1995. *Apud* Nucci, Guilherme de Souza. *O valor da confissão o meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 164).

individualização da pena, considerando que o juiz deverá atentar tanto para a pessoa do acusado como para as circunstâncias psicológicas deste.

A ciência ligada ao homem e à psique oferece instrumentos indispensáveis para que o operador do direito possa melhor aplicar as regras jurídicas ligadas ao interrogatório

5.3 DA NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DO TRATAMENTO DADO ÀS DECLARAÇÕES DO ACUSADO

Da análise até aqui realizada, é possível inferir que o interrogatório configura essencialmente um meio de defesa, sendo, pois, a primeira oportunidade que o acusado tem de ser ouvido, de realizar sua autodefesa, de narrar a sua versão dos fatos, de negar a autoria delitiva, de indicar provas em seu favor, de modo a influenciar o julgador ou, ainda, de admitir a prática delitiva.

Neste contexto, pode o acusado calar-se, sem que do seu silêncio possa se extrair qualquer prejuízo a sua defesa; pode, ainda, confessar, alegando ou não causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade e, por fim, pode também negar a autoria do crime e apresentar elementos de prova que irão confirmar ou negar uma afirmação a respeito de um fato que interessa à decisão da causa.

Admitir que o interrogatório seja um ato de defesa e compelir, por outro lado, o acusado a comparecer em juízo (uma vez que, no Brasil, o imputado não tem a faculdade de solicitar ser ou não submetido ao interrogatório) parecem duas circunstâncias inconciliáveis.

No Brasil, o interrogatório constitui ato obrigatório e não mera faculdade do acusado, como ocorre no direito anglo-saxão, que adota todas as características do sistema acusatório, aí incluindo o privilégio contra a autoincriminação.

Veja-se como ocorre na prática: o acusado, que deve obrigatoriamente comparecer ao ato de inquirição, é colocado diante do juiz para ouvir o conteúdo da denúncia, sendo, praticamente, dele exigido uma manifestação a respeito dos fatos que lhe são imputados. Nesse caso, é possível que o direito ao silêncio não seja garantido de forma

satisfatória, uma vez que serão poucos os réus que terão firmeza e coragem suficientes para se calarem diante de seus julgadores.⁸⁶

No sistema italiano, as investigações preliminares objetivam a colheita de informações e fontes de prova das quais possam ser extraídos elementos que permitam a formação da opinio delicti pelo órgão de acusação.

Nesta fase, participam o Ministério Público, a Polícia Judiciária, a Defesa e o Juiz.

Cabe ao órgão ministerial as funções de direção da investigação, com o auxílio da autoridade policial e do exercício da ação penal pública. Pode coletar fontes de prova indicativas da ocorrência de um fato ilícito ou fontes de prova favoráveis a defesa.

À defesa, por sua vez, é possibilitada o patrocínio dos interesses do investigado em investigação realizada pela polícia judiciária, bem como a realização de investigação, que é fiscalizada por juiz, responsável por zelar pela observância dos direitos e garantias processuais, decidir sobre medidas restritivas, entre outras funções.

O que é importante notar aqui é que, na investigação de fontes de prova do fato tipo por delituoso, o sistema italiano possibilita que as partes busquem fontes de prova.

Isso não ocorre no ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, por exemplo, na fase de inquérito policial, não é permitido praticamente nenhum ato de defesa. O investigado é ouvido pela autoridade policial, mas não lhe é dado o direito de produzir provas ou de buscar fontes de prova.

Da mesma forma, na fase processual, o fato de o imputado pedir para ser ouvido (e de não precisar depor, se assim o desejar) implica uma liberdade que não existe no sistema brasileiro. Na Itália, o acusado pode escolher se será ou não fonte de prova. O mesmo não acontece no Brasil: o acusado, aqui, até tem o direito de permanecer em silêncio, mas não pode, por exemplo, deixar de comparecer ao seu interrogatório.

⁸⁶ Ao considerar o interrogatório como meio primordial de defesa, sem, contudo, perder seu caráter de meio de prova, Guilherme de Souza Nucci afirma que nosso sistema até deveria adotar o modelo acusatório (*privilege against self-incrimination*). Porém, nesse caso, o interrogatório jamais poderia ser ato obrigatório e sim mera faculdade do réu (*O valor da confissão o meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 164).

Aqui no Brasil, é importante ter em conta que o Código de Processo Penal entrou em vigor em 1941, sob um regime autoritário e com forte influência do sistema inquisitivo. Ao longo do tempo, mudanças pontuais foram realizadas, inclusive o instituto do interrogatório sofreu diversas alterações. Carece, pois, o nosso estatuto processual penal de uma reforma estrutural que seja compatível com o regime democrático estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

De fato, há um projeto de Código de Processo Penal em tramitação (Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal).

5.5 DAS DECLARAÇÕES DO COLABORADOR COMO FONTE DE PROVA COLABORAÇÃO PREMIADA

Colaboração premiada: noções

A colaboração premiada⁸⁷, antes de ser regulamentada na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), foi prevista no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez na Lei de Crime Hediondos (Lei nº 8.072/1990) e somente se referia a crimes de quadrilha ou bando, em que o integrante delatava o grupo, de modo a facilitar a libertação da vítima ou o desmantelamento da organização. Em seguida, diversas outras leis especiais trataram do instituto de forma superficial e sob o aspecto material, somente prevendo benefícios ao delator, sem estabelecer regras sobre o procedimento e sobre outros benefícios processuais: Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986), Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo (Lei 8.137/1990), antiga Lei de Organização Criminosa (Lei nº 9.034/1995), Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683/2012), Lei de

⁸⁷ O termo *colaboração premiada* muitas vezes é tratado como sinônimo de *delação premiada*. Cuida-se, contudo, de institutos distintos e que não devem confundidos. Isto porque, conforme o artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, a atividade do colaborador não se circunscreve tão somente às hipóteses de delação no sentido de atribuir fato criminoso a alguém; compreende também ações que acarretam a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações praticadas pela organização criminosa (inciso IV), a localização de eventual vítima (inciso V). Nessa linha é a lição de Andrey Borges de Mendonça, que evita a expressão *delação premiada* por duas razões: “Primeiro, porque não se trata necessariamente de delação, ou seja, declarações que venham a incriminar os comparsas. O instituto da colaboração processual é muito mais amplo e permite diversos tipos de colaboração, seja por meio de atividades preventivas quanto repressivas. Assim, a colaboração pode ser no encontro da vítima, a salvo. Segundo, porque o termo ‘delação’ traz intrínseco uma carga de valorização negativa muito forte, indicando a prática de traição ou algo que não deveria ser tutelado pelo ordenamento jurídico”. Mendonça, Andrey Borges de. *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. Disponível em https://www.academia.edu/11811032/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Lei_12_850_2013. Acesso em 28.09.2020.

Proteção de Testemunhas e Vítimas Ameaçadas (Lei nº 9.807/1999) e Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Atualmente, o instituto está previsto na Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que sofreu inúmeras alterações com a edição da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime” e cuja ementa é “aperfeiçoar” a legislação penal e processual penal.

Não é a intenção deste trabalho discorrer sobre a colaboração premiada com a profundidade que o tema merece. O que interessa aqui é analisar se o colaborador pode ser considerado fonte de prova e, de certo modo, registrar as discussões existentes em torno da natureza jurídica do instituto, da confiabilidade e do valor probatório das declarações prestadas pelo agente que colabora.

Assim, sem adentrar na questão da compatibilidade (ou não) do instituto com o modelo acusatório, a colaboração premiada pode ser conceituada como técnica moderna de investigação aplicada ao crime organizado e delitos correlatos, por meio da qual o coautor ou partícipe admite sua participação no fato delitivo e fornece informações objetivamente eficazes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos encarregados da persecução penal não tinham conhecimento prévio, de modo a permitir a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, um benefício.

Afirma-se que se trata de técnica especial de investigação porque os instrumentos tradicionais não são eficazes no combate ao crime organizado. Normalmente, neste tipo de criminalidade, não há testemunhas presenciais do fato criminoso, o que faz com que as declarações dos envolvidos sejam relevantes para a descoberta da verdade, pois são a única fonte de informação.

Nesse contexto, leciona Andrey Borges de Mendonça que a colaboração premiada consubstancia-se em um “instrumento que permite o enfrentamento eficaz dessas novas formas de criminalidade, visando permitir uma persecução penal eficiente e, sobretudo, melhorar a qualidade do material probatório produzido”⁸⁸. Ainda segundo o autor, cuida-se de “eficaz atividade do investigado, imputado ou condenado de contribuição com a

⁸⁸ Mendonça, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

persecução penal, seja na prevenção ou na repressão de infrações penais graves, em troca de benefícios penais, segundo acordo formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo”.⁸⁹

Na mesma linha é a definição de Márcio Barra Lima, para quem a colaboração premiada é “toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outro(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei”.⁹⁰

Colaboração premiada: natureza jurídica

Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que ficou conhecida como “Pacote Anticrime” e que, entre outras disposições, alterou a Lei nº 12.850/2013, havia discussão acerca da natureza jurídica da colaboração premiada. Hoje, com a inovação legislativa, o dissenso foi, de certa forma, esvaziado.

Isto porque, de acordo com o artigo 3º-A da Lei de Organizações Criminosas, *o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos*.⁹¹

É negócio jurídico porque as partes autorregulam a vontade para o fim de obter determinados efeitos jurídicos. A acusação busca o instrumento para a colheita de elementos e fontes de prova que irão influenciar o julgador; o colaborador, por sua vez, persegue o prêmio, consubstanciado em uma decisão que conceda o perdão judicial, a

⁸⁹ Mendonça, Andrey Borges de. *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. Disponível em https://www.academia.edu/11811032/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Lei_12_850_2013. Acesso em 28.09.2020.

⁹⁰ Lima, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. tiragem. Salvador: JusPodivum, 2010, p. 273.

⁹¹ Sobre a redação do artigo 3º-A da Lei nº 12.850/2013, Renato Brasileiro de Lima afirma ser confusa, pois “não se pode confundir a colaboração premiada, espécie de meio de obtenção de prova (técnica especial de investigação), com o acordo de colaboração premiada propriamente dito, o qual tem, este sim, a natureza jurídica de negócio processual”. Lima, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 - artigo por artigo*. Salvador: JusPodivum, 2020, p. 516.

redução da pena privativa de liberdade, a substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos ou a progressão de regime.

Mesmo antes da inovação legislativa, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim já assentavam que a colaboração premiada constituía um negócio jurídico bilateral, caracterizado como contrato, tendo em vista a contraposição de interesses entre o Ministério Público (ou o Delegado, com a participação do órgão ministerial) de um lado, e o investigado ou acusado, de outro. Para os autores,

a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.85.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficazes e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.⁹²

Ao analisar a natureza jurídica da colaboração premiada sob a perspectiva dicotômica entre meios de prova e meios de obtenção de prova, Gustavo Badaró aduz não ser possível concluir, de forma segura e útil, que a colaboração constitua exclusivamente um meio de obtenção de prova. Mas, para ele, meio de prova também não é. Por outro lado, admitir trata-se de instituto híbrido não solucionaria a questão. Assim, o autor conclui:

A colaboração premiada não é apenas mais um meio de obtenção de prova que se insere no arsenal e nas técnicas modernas de investigação da criminalidade organizada. Tal qual vem sendo praticada entre nós, a colaboração premiada significa um novo modelo de Justiça Penal, que funciona a partir de funções não epistêmicas, e sem preocupação de legitimar o exercício do poder de punir estatal.⁹³

⁹² Didier Júnior, Fredie; Bomfim, Daniela Santos. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CRUZ, Rogério Schiatti Machado (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194-195.

⁹³ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-148.

Normalmente, atribui-se à colaboração premiada a natureza de meio de obtenção de prova em razão da necessidade de que as declarações do colaborador sejam corroboradas por outros elementos de prova, também diante da previsão do instituto entre os meios de obtenção de prova que poderão ser utilizados em qualquer fase da persecução penal (artigo 3º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013) e, agora, diante da literalidade do artigo 3º-A, recém introduzido ao microssistema da colaboração premiada pela Lei nº 13.964/2019.

A colaboração premiada é, portanto, meio de obtenção de prova e não meio de prova. Em outros termos, a colaboração serve para a posterior produção de prova, mas, isoladamente, não possibilita nem a condenação, nem a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais e nem o recebimento de denúncia ou queixa-crime, como se verá no tópico a seguir.

As declarações do colaborador: a oitiva do colaborador, o valor probatório de suas declarações e a colaboração cruzada

Realizado o acordo de colaboração premiada, que não conta com a participação do magistrado (nos termos do artigo 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013), aquele é submetido à homologação judicial. Após o ato homologatório, dá-se início à fase de execução, momento em que o colaborador irá efetivamente contribuir com a persecução penal.

Note-se que o cumprimento do acordo formalizado e homologado pode se dar de diversas maneiras, entre elas: auxílio para identificar a vítima, imputação de responsabilidade a outros indivíduos, revelação de contas bancárias dos demais investigados, indicação do patrimônio ilicitamente adquirido, apresentação de documentos. Aqui, o legislador elencou no artigo 4º, *caput*, incisos I a V, da Lei das Organizações Criminosas os resultados que devem advir da colaboração premiada; contudo, os meios para alcançar estes resultados determinados poderão ser os mais variados, desde que lícitos.

Destaca Andrey Borges de Mendonça que, embora seja comum, a colaboração não inclui necessariamente o depoimento do colaborador, de modo que deve ser afastada a ideia de que o instituto se esgota em suas declarações. No entanto, “caso seja necessário o depoimento do colaborador, incriminando os demais envolvidos na organização, deverá ser

ouvido em juízo”.⁹⁴ Nesse caso, o agente que colabora deverá renunciar, na presença de seu advogado, ao direito ao silêncio e se sujeitará ao compromisso legal de dizer a verdade. Ademais, se mentir, o colaborador pode incidir nas penas do crime de colaboração caluniosa ou de colaboração fraudulenta, ambos estabelecidos no artigo 19 da Lei nº 12.850/2013.⁹⁵

Aqui, para o âmbito deste trabalho, importam as hipóteses em que o agente colaborador presta depoimento, uma vez que o objeto de análise é o colaborador como fonte de prova. Aliás, é inegável que uma das atividades do colaborador envolve prestar declarações sobre outros integrantes da organização criminosa, as funções por eles desenvolvidas e os delitos para os quais concorreu.

Nesse sentido, a palavra do colaborador em juízo, confirmatória dos termos de suas declarações constantes do acordo, pode constituir fonte de prova; mas, para o legislador, não basta para sustentar sozinha a condenação (artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013), como se verá a seguir.

Com efeito, a lei vê com ressalvas a palavra do colaborador, pois o seu interesse em se beneficiar do acordo pode levá-lo a relatar com parcialidade os fatos imputados, bem como a cometer excessos ou declarar inverdades. O colaborador é sujeito ativo da infração penal ao lado daqueles indivíduos que serão delatados e, em geral, celebra acordo com o órgão acusatório com fins utilitaristas, consubstanciados na obtenção de benefícios processuais e materiais.

Com o intuito de mitigar riscos de uma colaboração mendaz e de abrandar a vulnerabilidade das declarações do colaborador, a legislação prevê uma série de filtros, também chamados pela doutrina salvaguardas (*safeguards*). São eles: a) parcial dever de dizer a verdade; b) direito ao confronto; c) possibilidade de ser ouvido como imputado-concorrente até como testemunha, a depender de sua relação com os fatos delitivos; d)

⁹⁴ Mendonça, Andrey Borges de. *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. Disponível em https://www.academia.edu/11811032/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Lei_12_850_2013. Acesso em 28.09.2020.

⁹⁵ De acordo com o artigo 19 da Lei das Organizações Criminosas, pune-se com pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa aquele que imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.

necessidade de que as palavras do colaborador sejam confirmadas por elementos de corroboração.⁹⁶

Passados todos esses filtros, é possível que as declarações do colaborador constituam fonte de prova e influam na prolação de um provimento jurisdicional.

O primeiro filtro refere-se ao dever do colaborador de dizer a verdade, que é previsto no artigo 4º, §14, da Lei nº 12.850/2013: *Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.*

De fato, tem o agente colaborador o dever de dizer a verdade, sob pena de praticar o delito previsto no artigo 19 da Lei nº 12.850/2013, consoante exposto acima.

De acordo com Andrey Borges de Mendonça,

O dever de veracidade do colaborador é ainda reforçado nos acordos de colaboração firmados, prevendo cláusulas no sentido de que, caso se comprove que omitiu algum fato ou pessoa ou, ainda, fez afirmação falsa, o acordo será rescindido, perdendo o colaborador o direito a qualquer benefício, sem prejuízo de suas declarações e as provas produzidas serem utilizadas contra si.⁹⁷

Vê-se, portanto, que o colaborador pode ser fonte pessoal de prova mesmo nas hipóteses de rescisão do acordo.

A constitucionalidade da renúncia ao direito ao silêncio, por sua vez, é controversa na doutrina.

O autor Andrey Borges de Mendonça assevera que tal renúncia é plenamente válida, pois configura ato voluntário e assistido, realizado dentro do poder dispositivo da parte: “Ao voluntariamente contribuir com a acusação - consentimento devidamente

⁹⁶ Andrey Borges de Mendonça discorre longamente sobre estes filtros, que nada mais são do que garantias impostas pelo legislador para evitar a mendacidade nos acordos de colaboração premiada. Ver o artigo intitulado “A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório”. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 317-383.

⁹⁷ Mendonça, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 323.

informado de todas as suas consequências e com a orientação de advogado -, o colaborador renuncia a exercer – não é renúncia permanente - o seu direito de ficar em silêncio”.⁹⁸

Em sentido contrário, é a lição de Gustavo Badaró, para quem

O segundo filtro para se evitar falsas colaborações é constituído pela garantia ao contraditório, insculpido no artigo 4º, §12, da Lei nº 12.850/2013: *Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.*

A garantia da participação dialética das partes, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa, foi reforçada pelo Pacote Anticrime, que inclui à Lei nº 12.850/2013 o artigo 10-A: *Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.*

De fato, é assegurado ao delatado o direito ao confronto, vale dizer, o direito de inquirir o colaborador em juízo, com vistas a controlar a idoneidade de suas declarações, sob pena de nulidade do acordo.

Aliás, a prova oral deve ser, essencialmente, produzida em contraditório, inclusive diante do artigo 8.2, *f*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece o direito de toda pessoa acusada de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

Admite-se a mitigação do contraditório na hipótese de comprovada atividade ilícita do imputado delatado, que, com sua conduta criminosa, torne irrepetível a prova em juízo, com fundamento no artigo 155, *caput*, 2ª parte, do Código de Processo Penal, inspirado na legislação italiana, que prevê o chamado “contraditório inquinado”.⁹⁹

⁹⁸ Mendonça, Andrey Borges de. *A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. Disponível em https://www.academia.edu/11811032/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Lei_12_850_2013. Acesso em 28.09.2020).

⁹⁹ O artigo 500, 4, do Código de Processo Penal italiano prevê: *Quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate.*

O terceiro filtro, por sua vez, refere-se à qualidade que o colaborador será ouvido em juízo, o que dependerá de sua relação com os fatos delitivos tratados nos autos. Neste contexto, poderá ser ouvido como: a) “colaborador-imputado”, quando for autor ou partícipe da conduta delitiva em conjunto com o delatado, podendo prestar depoimento no mesmo ou em outro processo, sendo-lhe aplicado o regime jurídico próprio da colaboração premiada; b) “indagado imputado de crime conexo”, quando tiver praticado fato conexo com o delito imputado ao delatado, ocasião em que terá o mesmo regime jurídico do colaborador-imputado; c) “colaborador-testemunha”, se não tiver relação com os fatos apurados e se não lhe tiver sido imputada qualquer participação na empreitada criminosa, quando, então, será ouvido como testemunha, com o compromisso de dizer a verdade, sem direito a silenciar e com o dever de comparecimento para prestar declarações, assim como todas as demais consequências decorrentes da qualidade de testemunha e d) “colaborador-informante”, que deve ser ouvido como informante, sem o compromisso de dizer a verdade, nas hipóteses dos artigos 208 e 206 do Código de Processo Penal (caso do indivíduo que presta depoimento como informante, sem o compromisso de dizer a verdade, em virtude de vínculo familiar ou diante de possível comprometimento cognitivo decorrente de idade ou de doença).¹⁰⁰

O quarto filtro, por fim, refere-se à necessidade de que as palavras do colaborador sejam corroboradas por outros elementos de prova para que sejam devidamente valoradas pelo juiz. Aqui, se está no campo da valoração probatória.

Afirma-se que o magistrado, ao analisar na sentença o valor do depoimento do colaborador, deve realizar dois juízos sucessivos e relativamente autônomos: a análise intrínseca e a análise extrínseca.¹⁰¹

¹⁰⁰ Estas expressões foram cunhadas por Andrey Borges de Mendonça com base no ordenamento jurídico italiano (A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 334-339).

¹⁰¹ Com efeito, “no aspecto intrínseco, o enfoque será à credibilidade e à confiabilidade da versão apresentada pelo colaborador, ontologicamente, sem qualquer preocupação, neste momento, com a questão da corroboração. No aspecto extrínseco, verificar-se-á se a palavra do colaborador possui ou não elementos de corroboração (Mendonça, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 341).

No aspecto intrínseco, o juiz verifica o depoimento em si mesmo (requisitos intrínsecos objetivos) e a pessoa do colaborador (requisitos intrínsecos subjetivos), sem se preocupar com as regras de corroboração.

De acordo com os ensinamentos de Gustavo Badaró, os elementos intrínsecos objetivos referem-se a “que coisa disse” e, entre eles, destacam-se a firmeza, a constância e a especificidade lógica da declaração. O mestre prossegue:

Por logicidade deve se entender a sua coerência interna e uma racional colocação no mosaico dos fatos narrados no processo. O conteúdo da declaração também deve ser articulado, isto é, exige-se uma narrativa rica em particularidades e especificidades, que permitam o controle de seu conteúdo através de fatos objetivamente verificáveis. Além da articulação, exige-se, ainda, a univocidade: a declaração consistir em palavras e locuções que não sejam ambíguas ou suscetíveis de significados diversos.¹⁰²

De outro lado, o requisito intrínseco subjetivo cuida “de quem fala” e será valorado com base em um juízo unitário e complexo, levando em conta a pessoa do coimputado, sua personalidade, seu passado, as razões que o levaram a colaborar, entre outros aspectos. Para o autor,

Evidente que não será obstáculo o propósito “utilitarista” que leva o delator a confessar para obter um benefício legal, pois este é o componente essencial do chamado sinalagma da delação premiada. Logo, será fator de credibilidade o “desinteresse” do delator, isto é, a inexistência de um lucro pessoal, que pode ser resumido na ausência de animosidade, inimizade ou ódio do delatado.¹⁰³

Já do ponto de vista extrínseco, tem-se a necessidade de que as palavras do colaborador sejam confirmadas por outros elementos probatórios, nos termos do artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013, que confere ao instituto uma roupagem de regra de corroboração. De fato, referido dispositivo legal, inspirado na necessidade de maior preocupação com risco de erro judiciário quando a fonte de prova é o coimputado,

¹⁰² Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em 24.09.2020.

¹⁰³ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em 24.09.2020.

estabelece que medidas cautelares reais ou pessoais não serão decretadas, recebimento de denúncia ou queixa-crime não será realizado e sentença condenatória não será proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador.¹⁰⁴

Isso quer dizer que somente a colaboração premiada não é suficiente para a condenação do delatado (ou não é suficiente para a decretação de sua prisão preventiva, por exemplo). Em outros termos, as declarações do colaborador não são hábeis, por si só, a superar a dúvida razoável, o que está em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência. Essa regra de corroboração é, pois, essencial para a valoração das palavras do colaborador.

Apesar de o nosso Código de Processo Penal adotar o sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (artigo 157), a regra de corroboração disposta no artigo 4º, §16, da Lei das Organizações Criminosas constitui um limite negativo ao livre convencimento¹⁰⁵, ou um regime de prova legal negativa¹⁰⁶ ou regra legal de valoração^{107 108}.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Andrey Borges de Mendonça, alguns parâmetros devem ser observados no tocante à regra de corroboração na prática: não estabelece o legislador quais as provas necessárias para considerar preenchida a regra, de

¹⁰⁴ A redação do artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/2013 foi alterada pela Lei nº 13.964/2019: *Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.*

¹⁰⁵ Mendonça, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 351. Para o autor, “em poucas palavras, as declarações do colaborador não possuem, por si só e isoladamente, o poder de levar a uma decisão condenatória, sendo insuficiente para alcançar o *standard* probatório necessário para condenação” (cit., p. 347).

¹⁰⁶ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 129-132.

¹⁰⁷ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em 24.09.2020.

¹⁰⁸ Ao estudar os sistemas probatórios, Antonio Magalhães Gomes Filho trata da teoria das provas legais negativas, que, revelava limitações ao livre convencimento judicial, quando se tratasse de condenar. Assim, “ao contrário do que sucedia em relação às provas legais tradicionais, ou positivas, em que determinados elementos autorizavam o reconhecimento da culpabilidade, mesmo contra o convencimento moral do juiz, segundo essa nova concepção, o juiz só estaria autorizado a condenar se, além de convencido, estivesse amparado por um mínimo de prova, de acordo com as estipulações do legislador” (Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 32).

modo que a valoração dos elementos de prova independentes deve ocorrer no caso concreto; um documento unilateralmente produzido pelo colaborador pode ter qualidade de elemento de corroboração, desde que seja exterior ao depoimento do colaborador e não exista evidência que aponte para a fabricação forjada; qualquer meio de prova pode servir para a corroboração, incidindo integralmente o princípio do livre convencimento motivado; a lei não estabelece um número quantitativo ou qualitativo de elementos de corroboração¹⁰⁹; não se pode exigir que os elementos corroborativos tenham autossuficiência probatória, com aptidão para, sozinhos, ensejar a condenação (caso assim fosse, a colaboração premiada perderia sua utilidade); os dados de corroboração são elementos acessórios, não necessariamente ligados ao objeto da imputação, mas devem ser relevantes e conectados, ainda que indiretamente, ao fato delitivo; a regra de corroboração deve recair sobre cada fato delitivo e sobre cada agente delatado, não se admitindo uma corroboração genérica.

Por fim, importante tecer alguns comentários sobre a corroboração cruzada ou recíproca, assim entendida como aquela confirmação que se dá quando a declaração de um colaborador é corroborada pela versão apresentada por outro colaborador, sem outros elementos independentes.

Considerando que o legislador não definiu a natureza jurídica do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da colaboração, discute-se se uma colaboração premiada pode ser confirmada pelas palavras de outro colaborador.

Parte da doutrina entende que a corroboração cruzada não é vedada pelo ordenamento jurídico e pode ser admitida no caso concreto. Nesse sentido é a lição de Andrey Borges de Mendonça:

Não se pode utilizar o risco de erro judiciário – sem outros critérios objetivos e concretos – como uma justificativa geral e apriorística para a não aceitação da corroboração cruzada, pois, em verdade, é impossível afastar totalmente o risco de erro, mesmo quando não estiver envolvido o depoimento de colaboradores. Em verdade, levado às últimas consequências, acabaria criando um efeito paralisante. (...) Deve o juiz,

¹⁰⁹ Mendonça, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 365.

assim, sopesar no caso concreto as palavras dos colaboradores, sem amarras prévias e à luz do livre convencimento motivado.¹¹⁰

Em sentido contrário, esclarece Gustavo Badaró não ser admissível que o elemento extrínseco da corroboração de uma outra colaboração premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada:

Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas.¹¹¹

A possibilidade de colaborador ser fonte de prova advém da própria essência da colaboração: ao mesmo tempo em que o agente coimputado confessa a prática delituosa, renunciando ao seu direito de permanecer em silêncio, assume o compromisso de ser fonte de prova para o órgão ministerial acerca de determinados fatos e/ou corréus.

A colaboração premiada consubstancia-se em um instrumento probatório apto a introduzir no processo um elemento de prova originário de uma fonte pessoal (também chamada de fonte oral). De acordo com Gustavo Badaró,

trata-se de uma fonte de prova pessoal que deve introduzir os conhecimentos que tem sobre os elementos de prova mediante declarações orais em contraditório judicial, assegurando-se o direito à perguntas e reperguntas das partes e, em especial, daquele que foi delatado. Sem isso, resta inviabilizado o direito à prova do delatado, no caso, o direito de se defender provando.¹¹²

O interrogatório do acusado, o depoimento das testemunhas, as declarações do ofendido e a colaboração premiada se aproximam na medida em que constituem manifestação oral de um fato ou acontecimento apreendido pelos sentidos e, posteriormente, reproduzido mediante comunicação verbal.

¹¹⁰ Mendonça, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 351. Para o autor, “em poucas palavras, as declarações do colaborador não possuem, por si só e isoladamente, o poder de levar a uma decisão condenatória, sendo insuficiente para alcançar o *standard* probatório necessário para condenação” (cit., p. 347).

¹¹¹ Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em 24.09.2020.

¹¹² Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 319.

CONCLUSÃO SOBRE A COLABORAÇÃO:

Enfim, ao valorar a palavra do colaborador, cabe ao juiz analisar se os elementos de corroboração dão credibilidade ou não à versão apresentada pelo agente colaborador.

A colaboração premiada pode ser utilizada como elemento de formação da convicção judicial contra os coautores ou partícipes delatados.

uma vez que impede que o magistrado, por exemplo, condene um réu delatado com base tão somente nas informações prestadas pelo agente colaborador.

O que inspira a regra do §16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é o coimputado.

A colaboração premiada é instituto ainda em construção no Brasil.

Como instrumento essencial para que se possa ter uma persecução penal eficiente e justa em relação ao crime organizado e a delitos correlatos, (e ultrapassados os filtros o colaborador pode ser fonte de prova).

É preciso cautela para a admissão da colaboração cruzada ou recíproca para que não haja manipulação da investigação e do processo criminal. A solução para a admissibilidade ou não da colaboração cruzada não pode ser feita em abstrato e de modo genérico e sim de acordo com o caso concreto, devendo o magistrado ponderar diversos aspectos, inclusive a independência entre as versões apresentadas.

Diante da parcialidade do colaborador em relação aos fatos imputados e em razão do risco de o agente colaborar de maneira mendaz tão somente para obter os benefícios premiaais, agiu bem o legislador ao prevê a referida regra de corroboração.

O colaborador pode, eventualmente, ser fonte de prova. Relembre-se que fonte de prova pode ser uma pessoa, um documento ou uma coisa, com idoneidade de fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz.

É possível conceber que o colaborador que imputa fato criminoso a terceiro seja fonte de prova, desde que o tal fato seja narrado em um contexto que lhe confira

6 CONCLUSÃO

O tema da prova é um dos mais sensíveis do processo penal. Para além da finalidade judiciária, que é a de estabelecer a verdade circunscrita ao processo para formar o convencimento do juiz (ou seja, firmar a persuasão do julgador sobre a realidade dos fatos em que se fundamentam as pretensões das partes), o procedimento probatório tem nítido caráter social, pois visa à obtenção do consenso do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão.¹¹³

Diante dos objetivos da atividade probatória, é necessário estabelecer, de modo mais preciso possível, o significado atribuído à palavra *prova* e aos seus variados aspectos. A importância da distinção entre fonte de prova, meio de prova, meio de obtenção de prova e resultado probatório.

Não cabe, no âmbito deste trabalho, examinar a validade da referida distinção, mas apenas expor a tendência do direito italiano, adotado por muitos doutrinadores aqui no Brasil.

A falibilidade é uma qualidade das provas orais, aqui entendidas como o interrogatório, os testemunhos e as declarações do colaborador, por exemplo. Isso porque a mente humana é volúvel e volátil e a memória está sujeita a falhar ou ser substituída por uma fantasia, a depender da passagem do tempo e das características do indivíduo.

No entanto, não raro, verifica-se no sistema processual penal brasileiro uma exacerbação do papel da prova oral. Tome-se como exemplo a testemunha: não raro,

¹¹³ Gomes Filho, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 17-18. O mesmo autor, com maestria, ainda assevera que, por ser ponto central de qualquer sistema processual penal, a disciplina da prova reflete a orientação ideológica do legislador diante do dilema entre a busca da verdade e proteção dos interesses da sociedade e do indivíduo na tarefa de verificação dos fatos. E acrescenta: “É que a atividade probatória está fortemente impregnada por fatores sociais, políticos e culturais, pois o seu objetivo não é apenas o de estabelecer um conhecimento sobre os fatos que possa justificar a futura decisão perante a sociedade. Por isso, é natural que essa atividade esteja submetida a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas e jurídicas –, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual ele é realizado” (Gomes Filho, Antonio Magalhães. Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto de Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set. 2011, p. 34-35).

sentenças condenatórias são proferidas com base em prova oralmente produzida, conferindo-se a uma testemunha, por exemplo, a exclusiva tarefa de reconstruir os fatos investigados em um processo penal.

Ainda nesse aspecto, e muito embora a colaboração premiada tenha natureza jurídica de meio de obtenção de prova (e não meio de prova, como a prova testemunhal), veja-se a importância e a magnitude que tomou, nos últimos anos, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da colaboração premiada. Observa-se, hoje, um enorme número de colaboradores, muitos dos quais nada acrescentam ou que não pudesse ser descoberto com os instrumentos tradicionais de investigação e produção de prova, principalmente a partir de informações já prestadas pelos primeiros coimputados. Vê-se uma certa banalização no uso deste instrumento.¹¹⁴

Por outro lado, não se pode descartar que o acordo de colaboração premiada contribui para a eficiente persecução penal do crime organizado e delitos correlatos.

O processo penal moderno é calcado na promoção de dois valores básicos: a eficiência da persecução penal e a garantia dos direitos do imputado. Como já afirmado na introdução, não se trata de valores opostos e sim complementares para a existência de um processo penal justo e equilibrado.

O interrogatório deve ser entendido como ato de defesa e não mais como meio de prova. A confissão não é meio autônomo de prova, pois a confissão judicial ocorre no interrogatório e extrajudicial é introduzida no processo pela juntada de um documento.

¹¹⁴ Gustavo Badaró tece severas críticas à utilização indiscriminada da colaboração premiada: “Todavia, diante de recursos humanos e materiais limitados e da necessidade de resultados rápidos, como mostra de eficiência, seja por anos de punição, seja por milhões, ou melhor, bilhões de reais já recuperados ou ‘repatriados’, o modelo de colaboração premiada brasileiro se transformou em um *fast track*, que eliminou o demorado e custoso processo, enquanto barreira que se situava entre o fato praticado pelo criminoso e a sua punição” (Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre a proibição de prova em processo penal*. Coimbra, 1992.

ANTUNES, Maria João. Código de processo penal: actualizado pela lei n.59/98, de 25 de agosto. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, n. 75, p. 19-24, 1982.

_____. *Da prova no processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. A disciplina da prova no código de processo penal italiano. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no processo penal: estudo comparado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222-268.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In: *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil* 2. tiragem. Salvador: 2010. p. 239-266.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. In: *Doutrinas Essenciais. Processo penal*, v. 3, p. 431-450, jun.2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-151

_____. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: BEDAQUE, José R. S.; CINTRA, Lia C. B.; EID, Elie P. (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260.

_____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

_____. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/fev-de-2015-o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>. Acesso em 24.09.2020.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 205, p. 11-22, 1996.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de direito processual* (terceira série), São Paulo: Saraiva, 1984. P. 65-77.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual* (segunda série), São Paulo: Saraiva, 1980, p. 83-95.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. Brasil: Editora Exposição do Livro.

BENTHAM, Jermías. *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971.

BUZZELLI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In: UBERTIS, Giulio (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 79-108.

CAMBI, Eduardo. Direito ao silêncio e o privilégio contra auto-incriminação (*nemotenetur se detegere*). *Argumenta: Revista Jurídica* n. 11, p. 179-181, jul./dez. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Efficacia di prove illegittimamente ammesse. *Rivista di Diritto Civile*, n. 7, 1961, p. 112

_____. *Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, Giur. Cost., 1961.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CHIAVARIO, Mario. "Art. 6 – Diritto ad un processo equo". In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. III.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*. Padova, 1969.

_____. Lessico delle prove e modello accusatorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno L, n. 4, ottobre/dicembre 1995, p. 1201-1230.

CÓRDOBA, Gabriela E. Nemo tenetur se ipsum accusare: principio de pasividad. In: *Estudios sobre justicia penal: homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 183, p. 103-115, jul./set. – 2009.

DAMASKA, Mirjan R. *I voltidellagiustizia e delpotere: analisicomparatisticadel processo*, trad. Andrea Giussani e Fabio Rota, Bologna: Il Mulino, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o direito processual civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; CRUZ, Rogério Schietti Machado (Coord.). *Processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179-221.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Mallheiros, 2017, vol. III.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*, version castellana de Jorge Guerreiro, tomos 1 e 2. Bogotá: Editora Temis, 1990.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 1999.

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Raul; ZANOIDE DE MOREAES, Maurício e SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *O interrogatório do acusado*. São Paulo: Editora Federal, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.18, n.85, p.393-410, jul./ago. 2010.

_____. Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto de Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set. 2011, p. 34-42.

_____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 42, abr. 1994, p. 30-34.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43-61.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

_____. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008, in MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 246-297.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, mar.-abr. 2007, p. 175-208.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães e SCARANCA FERNANDES. Os resultados da interceptação telefônica como prova penal. *RePron*. 44 p. 85-99, out.-dez. 1986.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GREVI, Vittorio. Considerazioni preliminari sul diritto al silenzio dell'imputato nel 'nuovo' 3° comma dell' art. 78 C.P.P. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 13, n. 4, p. 1119-1181, out/dez 1970.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*, Milano, Giuffrè, 1972.

_____. Rifiuto del difensore e inviolabilità della difesa. In: *Il problema dell'autodefesa nel processo penale*. Bologna: Zanichelli, 1977, p. 1-38.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. Forense Universitária, 1990, p. 1-16.

_____. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência Penal*. Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, jan./mar. 1976, p. 15-31.

_____. *Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas*. 2ª ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 17-44.

_____. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 185-200.

_____. Que juiz inquisidor é esse? *Boletim do IBCCRIM*, n. 30, jun. 1995, p. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Noções fundamentais sobre o princípio constitucional da proporcionalidade. In: *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*, 2. ed. Salvador: 2007, p. 87-112.

HAACK, Susan. Justice, truth, and proof: not so simple, after all. *Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro*, Belo Horizonte, v.25, n.99, p. 15-41, jul./set. 2017.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. tiragem. Salvador: JusPodivum, 2010, p. 267-292.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19 - artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? *Boletim do IBCCRIM*, v. 20, n. 236, jul. 2012, p. 5-6.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, vol. 1. Trad. Waleska Giroto Silverberg. Brasil: Conan Editora Ltda., 1995.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, 2ª ed. atualizada, Campinas: Millennium, 2000, v. 2.

MARTELLO, Orlando. *A negociação da colaboração premiada e sua prática*. https://www.academia.edu/27495561/A_NEGOCIA%C3%87%C3%83O_DA_COLABORACAO_PREMIADA_E_SUA_PRATICA. Acesso em 2 de setembro de 2020.

MARTÍN, M. Isabel Huertas. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de La prueba*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 317-383.

MENDONÇA, Andrey Borges. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em https://www.academia.edu/11811032/A_Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_e_a_nova_Lei_do_Crime_Organizado_Lei_12_850_2013. Acesso em 28.09.2020.

MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-105.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOBILI, Massimo. Il giudicene llasocietàcontemporanea e i criteridiassegnazione delle cause. *Rivista Di DirittoProcessuale*, v.29, n.1, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão o meio de prova no processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NUVOLONE , Pietro. Le prove vietatenel processo penaleipaesididiritto latino. *Rivista Di DirittoProcessuale*, v.21, n.1, p.442-475, 1966.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista da Ajuris*, v. 35, n. 111, p. 95-114, set. 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O princípio nemo tenetur se detegere e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim do IBCCRIM*, v. 21, n. 250, p. 7-9, set. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Limites ao poder de investigar e o privilégio contra a auto-incriminação à luz do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro e GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009, p. 9-28.

SAAD, Marta. Lei 11690/2008 e as provas ilícitas por derivação. *Boletim do IBCCrim*, v.16, n.188, p.16-17, jul. 2008.

_____. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANGUINÉ, Livia de Maman. O direito de não produzir prova contra si mesmo no direito comparado: *nemo tenetur se detegere*. *Boletim do IBCCRIM*, v. 18, n. 221, p. 10-11, abr. 2011.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. A mudança no tratamento do interrogatório. *Boletim do IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 200, p. 19-20, jul. 2009.

_____. O equilíbrio na repressão do crime organizado. In: Gavião de Almeida, José Raul; Zanoide de Moreaes, Maurício e Scarance Fernandes, Antonio. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: RT, 2009, p. 9-27.

_____. *Processo penal constitucional*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Tipicidade e sucedâneos de prova. In: *Provas no processo penal: estudo comparado*. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no processo penal: estudo comparado*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13-45.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TAORMINA, Carlo. *L'essenzialità del procedimento penale*. Padova: Jovene, 1974.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 51, n. 2, p. 315-328, 1997.

_____. Il concetto di "prova" nel diritto processuale. *Revista de Processo*, v.39, n.229, p.75-87, mar. 2014.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, v.32, n.143, p.64-77, jan. 2007.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista Di Diritto Processuale*, v.45, n.1- 2, p.420-448, 1990.

_____. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista Di Diritto Processuale*, v.41, n.1-3, p.237-292, 1986.

_____. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *La prova penale*. Quarta edizione. Verona: Grafiche Fiorini, 2000.

TROCKER. *La parità delle amittre parti e potere del giudice nel processo civil*. Milano, 1977, v. XVIII, p. 358.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VASSALLI. Il diritto alla prova nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 11, 1968, p. 12 et seq.

VIGORITI, Vincenzo. Prove illecite e costituzione. *Rivista Di Diritto Processuale*, v.23, n.1, p.64-73, 1968.

UBERTIS, Giulio. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In: Yarshell, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 331-340.

_____. La ricerca della verità giudiziale. In: UBERTIS, Giulio (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 1-38.

_____. La ricostruzione del fatto nel processo penale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 112, p. 41-59, jan./fev. 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=118466. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. “Nemo tenetur se detegere” e dialettica probatória”, in *Verso um ‘giusto processo’ penale*, p. 65-69.

VAY, Giancarlo Silkunas e SILVA, Pedro José Rocha. A identificação criminal mediante coleta de material biológico que implique intervenção corporal e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. *Boletim do IBCCRIM*, v. 20, n. 239, p. 13-14, out. 2012.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil 2.tiragem*. Salvador: 2010. p.267-292.