

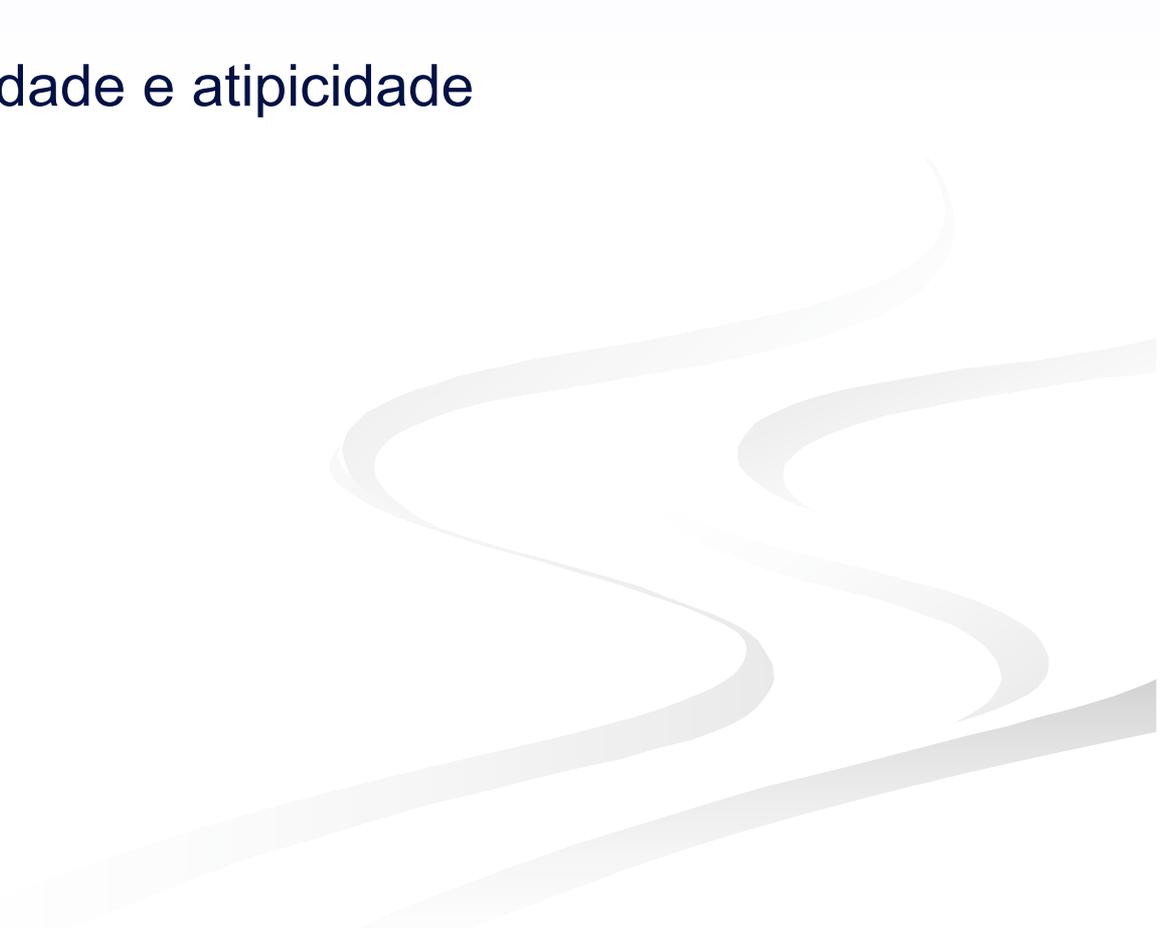
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Teoria Geral da Prova Penal

Gustavo Badaró

aulas de 15.10.2019
22.10.2018

PLANO DA AULA

1. Processo penal e busca da verdade
 2. Conceitos e significados
 3. Meios de provas: tipicidade e atipicidade
 4. Objeto da prova
 5. Contextos probatórios
 6. Provas ilícitas
 7. Valoração da prova
 - standards probatórios
 - ônus da prova
- 

1. PROCESSO PENAL E BUSCA DA VERDADE

○ Relacionamento processo e verdade

- Processo penal antagônico: legitimar o poder de punir estatal, sendo a verdade como **critério de justiça**
- Processo penal de solução de conflitos: pacificação social prescindindo da verdade: transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada, ANPP

○ Concepção racionalista da verdade

- Epistemologia é **cognitivista**, ao invés de cética
- Verdade como **correspondência** é preferível à verdade como coerência
- Modelo de raciocínio deve ser **indutivo**
- Relacionamento entre prova e verdade se desenvolve no âmbito **probabilístico**
- A **busca da verdade** é uma condição para uma **decisão justa**, embora não seja um valor insuperável

1. PROCESSO PENAL E BUSCA DA VERDADE

- **Concepção de verdade como correspondência**
 - Não é possível saber quando um enunciado fático é verdadeiro;
 - **Verdade como probabilidade** e máxima aproximação da verdade
 - Podemos saber quando, **com base em uma probabilidade lógica** prevalecente, **um enunciado é preferível a outro** (Garofoli)
- **Significado do enunciado “ p está provado” (Ferrer Beltran)**
 - “ p é verdadeiro” (conceitual)
 - “ p foi estabelecido pelo juiz” (subjetivo)
 - **“há elementos de prova suficientes a favor de p ”** (teleológico)
- **Verdade material vs. Verdade formal: Crítica**
 - Distinção entre poderes do juiz na busca da verdade no processo penal e no processo civil
 - Todo conhecimento da verdade é limitado, dentro e fora do processo.
 - Verdade processualmente válida

2. CONCEITOS E SIGNIFICADOS

- Prova: conceito polissêmico:
 - **atividade** probatória
 - **meio** de prova
 - **resultado** probatório

 - Distinções relevantes:
 - **fonte** de prova
 - **elemento** de prova
 - **meio** de prova
 - **resultado** probatório

 - Poderes instrutórios do juiz:
 - **Partes investigam** e buscam as **fontes** de provas
 - **Juiz determina a produção do meio** de prova correspondente
- 

3. MEIOS DE PROVAS: TIPICIDADE E ATIPICIDADE

○ Meios de provas típicos:

- exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 a 184)
- interrogatório (art. 185 a 196)
 - é meio de defesa
- confissão (arts. 197 a 200):
 - é resultado probatório eventual do interrogatório
- perguntas ao ofendido (art. 201)
- testemunhas (arts. 202 a 225)
- reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228)
- acareação (arts. 229 e 230)
- documentos (arts. 231 a 238)
- indícios (art. 239)
- busca e apreensão (arts. 240 a 250):
 - é meio de obtenção de prova

○ Meios de obtenção de provas típicos:

- interceptação telefônica (Lei 9296/96)
- quebra de sigilo bancário (Lei complementar 105/2001, art. 1, § 4)
- quebra de sigilo fiscal (CTN, art. 198, § 1, I)

3. MEIOS DE PROVAS: TIPICIDADE E ATIPICIDADE

○ Provas atípicas:

- (1) **prova inominada** que não corresponde a um meio típico no CPP: p. ex.: reconhecimento de voz.
- (2) **atipicidade do procedimento probatório**: videoconferência antes da Lei n. 11.900/09
- (3) **prova irritual**: p. ex.: individualização em audiência

○ Admissibilidade no processo civil:

- Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz

○ Prova **atípica**; prova **irritual** e prova **anômala**

4. OBJETO DA PROVA

- Objeto da prova: alegações sobre os fatos e o regra de direito
- **Alegações de fatos**: pertinentes, relevantes
 - Mesmo os **fatos incontroversos** devem ser provados
 - Não há presunção contra o acusado (CR, art. 5.º, LVII)
- **Regras de Direito**:
 - CPC, Art. 376. A parte que alegar o direito municipal, estadual estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o **teor** e a **vigência**, se assim determinar o juiz”

5. CONTEXTOS PROBATÓRIOS

○ Filosofia Científica

- context of discovery / context of justification (Reichenbach)

○ Contextos da prova jurídica

- **Taruffo:** contexto da descoberta e contexto da justificação, acrescentando a situação intermediária do contexto da decisão.
- **Ubertis:** contexto da descoberta, contexto da instrução, contexto da decisão e contexto da justificação.
- **Ferrer Beltrán:** contexto produção de prova; contexto da valoração e contexto da decisão.

○ Nossa proposta:

- Contexto da investigação, contexto da instrução, contexto da valoração, contexto da decisão e contextos da justificação

5. CONTEXTOS PROBATÓRIOS

- **Contexto da investigação**
 - Contribuição epistemológica: raciocínio abduutivo
 - Contribuição legal: instrumentos legais de investigação e seus limites
 - Regime constitucional: não há contraditório
- **Contexto da instrução**
 - Momento eminentemente legal: disciplina da admissão/inadmissão da prova e de produção da prova
 - Regime constitucional: provas produzidas em contraditório judicial
- **Contexto da valoração**
 - Momento eminentemente epistemológico: raciocínio indutivo
 - Probabilidade: define qual enunciado fático é racionalmente preferível
- **Contexto da decisão**
 - Contribuição epistemológica: elaboração de *standard* de conhecimento
 - Contribuição legal: definição do standard probatório (escolha axiológica)
 - Regime constitucional: presunção de inocência (*in dubio pro reo*)
- **Contexto da justificação**
 - Contribuição legal e epistemológica: possibilitar o controle intersubjetivo das escolhas
 - Regime constitucional: discurso justificativo das escolhas judiciais

6. CONTEXTO DA INSTRUÇÃO

- **Regra:** Admissibilidade de toda prova relevante
- **Exceção:** inadmissibilidade das provas ilícitas
- **Gênero:** prova ilegal
- (1) **Prova ilegítima**
 - viola **regras processuais**
 - sanção: inadmissibilidade/**nulidade**
 - Possibilidade de repetição
- (2) **Prova ilícita**
 - viola liberdades públicas (constitucional) ou **regras materiais**
 - sanção: **pena** ou reparação do dano
 - Impossibilidade de repetição
- Regra constitucional (art. 5.º, inc. LVI): são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos
- Regra CPP (art. 157, caput): são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a **normas constitucionais ou legais**

6. CONTEXTO DA INSTRUÇÃO

- **Prova ilícita derivada:** inadmissibilidade (CPP, art. 157. § 1)
- **Exceções:** admissibilidade
 - Fonte independente
 - Descoberta inevitável
 - Atenuação da contaminação:
 - (1) distância temporal entre a ilegalidade e a obtenção da prova secundária;
 - (2) ocorrência de eventos intervenientes
 - (3) ausência de flagrância inicial da ilegalidade
- **Definição legal:** CPP, art. 157, § 2: “**Considera-se fonte independente** aquela que por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, **seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova**”

6. CONTEXTO DA INSTRUÇÃO

Produção da prova admitida

- **Contraditório** com fator de distinção da natureza do ato
 - Elementos de informação (ato de investigação)
 - Meio de prova (ato probatório)
- **Contraditório** com fator de distinção da produção da prova
 - **Fontes pessoais: prova constituenda** com necessidade de produção em contraditório
 - Fontes reais: prova pré-constituída produzida antes do processo e submetida posteriormente ao contraditório judicial
- Regime geral de produção de prova: direito à prova das partes
 - poderes instrutórios do juiz: subsidiários e supletivos

7. CONTEXTO DA VALORAÇÃO

- **Sistemas de valoração:**
 - Juízos de Deus: ordálios
 - Prova legal ou tarifada
 - Íntima convicção: certeza moral
 - Valoração racional da prova (livre convencimento motivado)
- **Livre convencimento com substituto da prova legal**
 - Definição negativa: a verdade não está presa a critérios abstratos definidos pelo legislado
 - Não define como valorar: **abre o problema**
- **Conteúdo do livre convencimento deve ser dado pela epistemologia: **Probabilidade lógica ou indutiva****
 - Não poder ter certeza absoluta da veracidade de uma proposição, não significa que uma hipótese não possa ser racionalmente preferível sobre outra: trabalhar com a hipótese de maior probabilidade

7. CONTEXTO DA VALORAÇÃO

○ PROBABILIDADE INDUTIVA BACONIANA

- Método da eliminação de razões
- Probabilidade para Jonathan Cohen coincide com o grau de solidez de uma inferência, de passagem do fato A para o fato B , que por sua vez depende da solidez da regra que fundamenta a inferência.
- Determina-se o grau de suporte indutivo da regra geral mediante induções eliminativas, por meio das quais se verifica a capacidade de resistência da regra geral à inferência de outros fatores que poderia conduzir a resultados diversos
- a probabilidade indutiva de uma hipótese fática depende do grau de suporte que um elemento de prova, com as quais o fato está ligado dá à regra geral.
- Havendo provas contrastantes: valoração comparativa entre as provas que apoiam a hipótese fática com as provas que apoia a hipótese fática em confronto.

8. CONTEXTO DA DECISÃO

- **Standard probatório:** modelo de constatação
 - **Grau de suporte que a prova dá a uma afirmação** de fato para que seja considerada provada (“verdadeira”).
 - Normalmente identificável com a prova “além da dúvida razoável”
- **Ônus da prova:**
 - Somente empregado quando não se atinge o *standard* probatório, para que um fato seja considerado provado
- **Resultado da valoração:**
 - **Atinge o *standard* de prova:** fato é considerado provado (“verdadeiro”)
 - **Não atinge o *standard* de prova:** fato é considerado não provado (“verdadeiro”) e, na dúvida, aplicam-se as regras sobre ônus da prova do *in dubio pro reo*

8. CONTEXTO DA DECISÃO

Standards de prova na jurisprudência norte-americana:



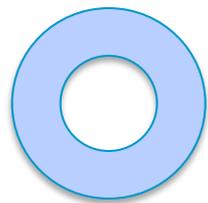
Preponderance
Evidence

Clear and
Convince
Evidence

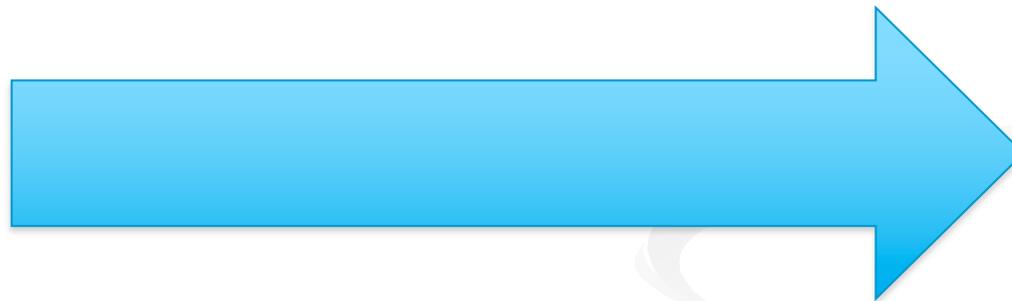
Beyond any
Reasonable
Doubt

ESCALA DE CONHECIMENTO

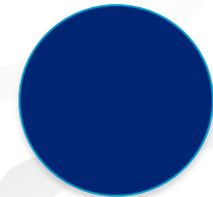
Menor probabilidad. Iguais possibilid. Maior probabilidad.
0,0 0,01 0,49 0,5 0,51 0,99 1,0



ignorância



Dúvida em escala decrescente



“certeza”

8. CONTEXTO DA DECISÃO

○ Preponderância de provas

- Processo Civil: **distribuição equitativa dos erros**
- Mecanismos prévios de compensação: presunções, regras legais de admissão probatória, inversão do ônus da prova, ônus dinâmico

○ Prova clara e convincente

- Processo sancionatório não penal: improbidade administrativa

○ Prova “além de qualquer dúvida razoável”

- Processo penal: **escolha política de distribuição do erro** em favor de absolvições falsas
- Fórmula de Blackstone: 10:1
- Presunção de inocência implica *standard* probatório elevado no processo penal – CEDH, Caso Barberá, Messegué e Jabardo *vs.* Espanha (06.12.88)

8. CONTEXTO DA DECISÃO E ÔNUS DA PROVA

- Ônus da prova: espécies
 - Ônus absoluto e relativo
 - Ônus subjetivo e objetivo
- **Ônus unidirecional, pensado todo ele sobre a acusação**, quanto aos elementos do crime:
 - Materialidade ou existência de fato típico (art. 386, II)
 - Dolo: crítica à presunção de dolo?
 - Culpa
 - Excludentes de ilicitude (art. 386, VI, 2ª parte)
 - Excludente de culpabilidade (art. 386, VI, 2ª parte)
- **Autoria delitiva** (art. 386, V)
 - Dúvida sobre o álibi é dúvida sobre a autoria
- **Impossibilidade de presunções de elemento do crime ou de autoria**
 - Presunção da falsidade da imputação na exceção da verdade
 - Presunção de autoria por ser encontrado na posse da coisa furtada