ARTIGO: PRODUÇÃO PROBATÓRIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO.

Nathalia Rangel

RESUMO

O trabalho avaliará os direitos fundamentais do acusado que deverão ser respeitados durante a produção probatória no Estado Democrático de Direito, desta forma será feito uma abordagem histórica a partir da obra de Michel Foucault, analisando as formas de apuração da verdade, posteriormente sobre a noção de prova na doutrina brasileira, assim como ônus da prova, refletindo em face dos princípios da presunção de inocência do réu, finalizando o trabalho na consideração do meio de prova pericial e do meio de prova do interrogatório que são que por vezes requerem maior participação do réu.

Palavras chaves: produção probatória, busca da verdade, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The study will assess the fundamental rights of the accused to be met during production probative in a democratic state, so will be a historical approach from the work of Michel Foucault, analyzing the forms of truth-telling, later on the notion of evidence in the Brazilian doctrine, as well as burden of proof, reflecting in the face of the principles of presumption of innocence of the accused, ending work in consideration of the evidence and the expert evidence of interrogation that are sometimes greater involvement of the defendant .

Keywords: production probative, search for truth, fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a produção probatória no Estado Democrático de Direito Brasileiro, analisando os artigos do Código de Processo Penal e os direitos e garantias do acusado consagrados na Constituição Federal em face da pretensão do Estado de investigar e punir quem pratica uma infração penal. Desta forma, o direito de produção probatória será confrontado com os limites legais impostos, para que os direitos fundamentais sejam resguardados. O trabalho primeiramente analisará a Teoria Geral da Prova para averiguar o seu desenvolvimento da produção probatório e qual era o entendimento sobre o que era prova, posteriormente será analisado as noções importantes no processo penal, como o

conceito, objeto da prova, a instrução probatória, o ônus da prova, assim como os meios de provas que o trabalho considerou como os mais importantes.

1. TEORIA GERAL DA PROVA:

Ideal é entender a origem da palavra "prova" para nos alinharmos no seu entendimento para o Direito, especificamente para o Direito Processual Penal.

Para tanto aludimos que esta palavra se origina da palavra latim "probatio" que significa verificação, argumento, razão, aprovação e confirmação. Desta forma, é constatado que a palavra prova busca a elucidação, verificação de algo, portanto se vincula a esclarecer a verdade sobre algo.

Tradicionalmente, era atribuída a prova judicial a função primordial de captação da verdade para alcançar o julgador, determinando o seu verectido final. Todavia, a noção de verdade sempre foi questionada pela natureza imprecisa da palavra e pela própria impossibilidade de demonstrar detalhadamente os fatos ocorridos em conformidade com a realidade material.

Michel Foucault, em sua obra A verdade e as formas jurídicas, traça as variadas formas de apuração da verdade nas relações jurídicas no contexto histórico. Nesta obra, o autor demonstra como as relações de poder, interferiram até mesmo no que consideramos como verdade.

Assim, define qual seja o seu objetivo na obra é:

> Em primeiro lugar, uma pesquisa propriamente histórica, ou seja: como se puderam formar domínios de saber a partir de práticas sociais? A questão é a seguinte: existe uma tendência que poderíamos chamar, um tanto ironicamente, de marxismo acadêmico, que consiste em procurar de que maneira as condições de existência podem encontrar na consciência dos homens o seu reflexo e sua expressão.

Posteriormente, discute a ideia que existe duas histórias de verdade, a primeira seria a história da verdade interna, a qual seria uma forma de verdade que seja regula pelos seus próprios princípios, afirma este que é a verdade tal como se faz a partir da história das ciências. A outra história da verdade seria a da verdade externa, que se forma nas sociedades a partir de regras já definidas, essas regras fazem nascer subjetividades, certos domínios de objeto e certos tipos de saber.

Essa última forma de história da verdade apresentada é exemplificada pelas práticas jurídicas, entendida como as relações que os homens estabeleceram para definir seus conflitos, reparar danos, e etc, pois na sua visão essas práticas definem subjetividades, formas de saber e relações entre o homem e a verdade.

Para a confirmação da sua tese, é feita uma reflexão sobre o conhecimento, afirmando que ele foi inventado, não faz parte da natureza humana, exprime relações de poder e dominação, desta forma para sabermos da construção do direito, devemos entender das relações de poder.

> Chegamos assim a esta noção muito importante e ao mesmo tempo mutio embaraçosa de ideologia. Nas análises marxista tradicionais a ideologia é uma espécia de elemento negativo através é uma espécie de elemento negativo através do qual se traduz o fato de que a relaçao do sujeito com a verdade ou simplesmente a relação de conhecimento é pertubada, obscurecida, velada pelas condições de existencia, por relações sociais ou por formas políticas que se impõem do exterior ao sujeito do conhecimento(...)

A primeira forma de apuração da verdade demonstrada por FOUCAULT (2002) é a existente na Antiga Grécia, na qual o procedimento utilizado para solucionar um conflito de interesses era um desafio entre os adversários, foi ilustrado isso na obra Ilíada de Homero, na narrativa em que o Antíloco e Menelau disputavam uma corrida de carro em ocasião da morte de Patroclo, apesar de haver uma pessoa responsável para verificar a regularidade da corrida, após Antíloco chegar primeiro, e Menelau ter afirmado que o premio deveria ser seu, pois o primeiro cometeu uma irregularidade, nada é perguntado a essa pessoa o que realmente aconteceu, e sim é feito um jogo entre os adversários. Neste, Menelau propõe que Antíloco segure com a mão direita a testa do seu cavalo, com a mão esquerda o seu chicote, e que jure que não cometeu nenhuma irregularidade perante Zeus, tendo o último desistido do juramento e admitido que cometeu a irregularidade, portanto que a descoberta da verdade era atribuída as Deuses. Percebemos então que a busca da verdade era através de jogos, típicos da Grécia Antiga.

A segunda forma de apuração da verdade tratada na obra é a referente ao período da Grécia Clássica, comentado a partir da tragédia de Édipo Rei, de Sófocles, na qual a verdade na obra é descoberta através da junção várias partes da história, o autor denomina “lei das metades”, nesta fase ainda é presente a presença de Deuses para a resolução do caso, através das revelações de Oráculos e adivinhos, todavia pela primeira vez verificamos o comparecimento de duas testemunhas que esclarecem o que sabiam do passado, seria um escravo de Jocasta e um camponês de da floresta de Citerão, que contou a Édipo que era filho do rei Laio. Essa foi uma grande conquista, visto que iniciou a racionalização da forma de busca da verdade, tirando em parte do sobrenatural essa incumbência.

Entretanto, a forma de inquérito iniciado na Idade Média permaneceu esquecido até a Idade Média. Assim afirmando o autor:

> Primeiramente, a elaboração do que se poderia chamar formas racionais da prova e da demonstração: como produzir a verdade, em que condições, que formas observar, que regras aplicar. São elas, a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos. Em segundo lugar e mantendo uma relação com as formas anteriores desenvolve-se uma arte de persuadir, de convencer as pessoas da verdade do que se diz, de obter a vitória para a verdade ou, ainda, pela verdade. Tem-se aqui o problema da retórica grega. Em terceiro lugar há o desenvolvimento de um novo tipo de conhecimento:conhecimento por testemunho, por lembrança,por inquérito.

Posteriormente, Foucault regasta as formas jurídicas que surgiram ao longo da história, analisando a passagem do direito como justiça privada para justiça pública. Assim, é explicitado o Direito Germânico, antes do contato com o império romano. Esse sistema, o inquérito não existia, o conflito de interesses era resolvido pelo um jogo, similar ao sistema da Antiga Grécia. Outra característica importante é Direito Germânico era uma maneira regulamentada de Guerra, o vencedor da disputa é quem consegue prevalecer com sua verdade, não sendo necessariamente a verdade verdadeira, o conflito era decidido por terceira pessoa que verificará qual a verdade prevalece.

Desta forma, o autor demonstra que o Direito Feudal é semelhante ao tipo germânico, em que o conflito é resolvido por um sistema de provas. Destaca o autor que haviam as provas sociais em que doze testemunhas eram levadas para jurar sobre o bom caráter do acusado ao invés de retratarem o que aconteceu, posteriormente tinha a prova de tipo verbal, em que o acusado teria que proferir algumas formulas verbais, sua absolvição ou condenação dependeria de suas habilidades oratórias. Em terceiro lugar, haviam as provas mágicas- religiosas do juramento e por fim as provas ordálios, que eram provas físicas que o acusado era submetido para provar a sua inocência. Destaca-se que as características principais deste sistema, é que não serve para apurar a verdade, e sim fazer prevalecer o interesse do mais forte.

Retrata autor que no final do séc XII e começo do séc. XIII, devido a Guerra, a rapina e a ocupação serem um dos meios mais importantes para promover a circulação de bens, assim os detentores sociais do poder concentraram as decisões judiciárias ao seu favor.

Assim, os litigantes não terão mais o direito de disputarem entre si, agora terão aceitar a imposição do Poder Judiciário e ao Poder Político. A partir deste momento, surge a figura do procurador, representante do soberano, do poder externo lesado pelo dano, e que substituirá a vítima como parte ofendida, exigindo reparação através de multas e confiscos.

Devido essa nova realidade, tornou-se possível e necessário a utilização o inquérito, concluindo o autor que o inquérito não é fruto da racionalização dos procedimentos judiciais, e sim foi produto de uma técnica do Estado para exercer seu Poder, afirmando que este não é conteúdo, mas uma forma de saber situada na junção de um tipo de poder com certo número de conhecimento, sendo portanto saber-poder.

Nos orientando, pelo pensamento do ilustre pensador, nos remetemos sobre o entendimento de prova no contexto atual, que é entendida como meio para formar a convicção do julgador sobre o que é alegado pelas partes, quanto à existência ou à inexistência de fatos, o que se denomina a certeza, considerando que há o entendimento que a verdade, enquanto totalidade, inteireza dos fatos, jamais poderá ser revelado ao julgador.

Nucci(2009) esclarece o seguinte:

> Em suma, ter certeza é, sempre aspecto subjetivo, gerando, pois, uma realidade igualdade subjetiva, que pode não ser compatível com a realidade(aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico). Por outro lado, a verdade objetiva é a exatidão da noção da realidade com o que efetivamente aconteceu. Ex.: é verdade que Fulano (há laudo necroscópico comprovatório). A verdade é objetiva, pois coincide com a realidade. No campo subjetivo, surge a certeza. Assim Beltrano tem certeza de que Fulano morreu. Sua crença, nesse caso, liga-se à verdade objetiva. Entretanto, se Fulano tivesse desaparecido sem deixar rastro, Beltrano poderia dizer: Tenho certeza que Fulano está morto". Representaria, pois, uma certeza vinculada a uma verdade subjetiva, ainda que distante da realidade

Portanto, as provas no processo judicial buscam persuadir o julgador de maneira racional, através de elementos de convicção dos fatos alegados, esclarecendo que a convicção pode ser verdadeira ou errada, entretanto nunca falsa, que denota julgamento injusto por parte do magistrado.

Durante, o momento de produção probatória, devem ser resguardados os direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas, principalmente o direito ao contraditório e a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral, sendo limitações ao Poder Estado ao alcance da certeza, é certo que nem sempre isto foi considerado na produção probatória.

Michel Foucault, em sua obra "Vigiar e punir", destaca as formas que se utilizavam para verificação da verdade, principalmente no sistema inquisitório da Idade Média, em que para a obtenção da prova da confissão, era utilizado a força, a tortura e a humilhação, o que é inadmissível no ordenamento atual.

Por conseguinte, é importante frisar que existem sistemas para a avaliação dos meios probatórios. Os mais conhecidos são o sistema da livre convicção, o sistema da prova legal e por fim o sistema do convencimento motivado. O primeiro sistema é o que garante mais liberdade ao julgador, pode valorar livremente as provas, proferir as suas decisões sem qualquer fundamentação, esse sistema prejudica o princípio do contraditório e da ampla defesa, e somente é admitido no Brasil nos crimes dolosos contra a vida que são de competência do Tribunal do Júri, em que os jurados respondem aos quesitos propostos sem necessidade de motivar a sua decisão.

O sistema da prova legal, ao contrário do primeiro analisado, não proporciona nenhuma liberdade ao magistrado, pois o legislador pré fixa os valores das provas que poderiam ser produzidas no processo, devendo o julgador somente taxar as provas instruídas nos autos, contando os pontos na tabela prevista na legislação, determinando assim o vencedor da demanda.

E finalmente, o terceiro sistema chamado de sistema do livre convencimento motivado, persuasão racional, ou convencimento racional, neste é aplicado no Brasil, tem fundamento do art.93, IX, da Constituição Federal, que assim prescreve:

> Art.93,IX-todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Desta forma, o juiz pode valorar livremente as provas produzidas, não possuindo qualquer hierarquia entre as mesmas, podendo o magistrado optar para formar a sua convicção, entretanto deve fundamentar a sua decisão, demonstrando na decisão judicial dos fatos que o convenceram da sua opção, observamos que o sistema de avaliação de provas prima por fundamentar as decisões judiciais para haver o controle social, e permitir a contestação por parte do acusado, permitindo que exerça seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Esse sistema também é previsto no Código de Processo Penal, no art.155, em que é prescrito, que ainda veda a utilização exclusiva de elementos informativos para as decisões, devido sua produção não ter obedecido os trâmites processuais, que garantem direitos ao acusado:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão

> exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Outra consideração importante sobre a produção probatória no Estado Democrático de Direito é a vedação de utilização de provas ilícitas e ilegítimas, assim dispõe a CF/88, art.5°, LVI: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

As provas ilegítimas são as provas obtidas em contrariedade as normas processuais, assim como as provas ilícitas são vedadas no ordenamento brasileiro, sendo assim serão discutidas ambas nessa parte do trabalho.

Desta forma, é buscada uma limitação do direito de punição estatal que não poderá agir de qualquer forma, transgredindo os direitos fundamentais dos indivíduos, consagrada por normas constitucionais ou legais. O CPP, no art.157, prescreve além de inadmissíveis as provas ilícitas, devem ser desentranhadas do processo, a fim de que não sejam valoradas pelo julgador, o mesmo raciocínio é aplicado quanto as provas derivadas das ilícitas, quando tiverem nexo de causalidade com as principais. Trata-se da teoria norte americana da árvore dos frutos envenenados que veda a utilização de provas que advenham de provas ilícitas.

A prova ilícita por derivação somente se admitida no processo quando for considerada independente, que o Código define como prova que pelo andamento normal da investigação seria obtida, independente da prova ilícita. Cabendo o magistrado fazer a valoração, aceitando ou rejeitando a prova.

2. CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA:

Nucci (2009) assim conceitua prova:

> A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda

Por sua vez Barros (2012) define prova da seguinte forma:

> No processo penal, a prova resume-se a todo meio (qualquer coisa, ainda que imaterial) que se destina a levar ao conhecimento do Juiz e das partes a existência ou inexistência de um fato material ou de um ato jurídico. Logo, dedica-se a prova a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato.

Deste modo, é percebido que o conceito de prova está intimamente ligado a sua finalidade que é a formação da convicção do julgador, através de utilização de instrumentos legalmente previstos as partes produzem as provas para demonstrarem a existência de fato material ou ato jurídico para a fim de convencerem julgador, e consequentemente ter sucesso no processo criminal.

3. OBJETO DA PROVA:

O objeto da prova são fatos que devem ser evidenciados no processo judicial para a resolução da lide. Deste modo, no Processo Penal, o objeto da prova é a existência da infração penal e a autoria delitiva assim como as suas circunstâncias do crime para posterior dosimetria da pena.

Para a condenação em processo criminal exigi-se um robusto conjunto probatório para formar a convicção do juiz, devido ser informativo do Direito Processual Penal o princípio presunção de inocência, previsto no art.5°, LVII da Constituição Federal, sendo uma garantia processual ao acusado da prática de crime, não ser considerado culpado até a sentença transitada em julgado. Além para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, estruturante do Estado Democrático de Direito do Brasil, irradiado principalmente no Direito Penal, que lida com a liberdade da pessoa humana, assim refletindo outros princípios como o de garantia do devido processo legal, em que é garantido que o processo do acusado se desenvolverá conforme estabelecido em lei. Enfatiza-se também o princípio da ampla defesa e do contraditório, para que a relação o réu tenha a possibilidade de se defender e que a relação processual seja equilibrada.

Classifica-se a prova quanto ao seu objeto em direta ou indireta, tendo em vista que a verificação pode ocorrer sobre o próprio fato que se visa demonstrar. Ou ainda pode ser indireta em que é provado fato diferente do objeto da prova, entretanto por raciocínio lógico constata-se a existência do fato principal. Aranha (2008) nos ensina que:

> Logo, na prova direta a conclusão é imediata e objetiva, resultando apenas da afirmação; na prova indireta exige-se um racicíonio, com formula ficção de hipóteses, exclusões e aceitações, para uma conclusão final. São provas indiretas as presunções e os indícios.

Um exemplo para materializar o conhecimento é a testemunha que afirmar ter visto o ato criminoso com todas as suas circunstâncias, seria uma prova direta, diferente seria no caso a testemunha não ter visto o crime, afirmando apenas alguns vestígios como o acusado com os objetos roubados.

Por fim, é importante afirmar que não constituem objeto de prova, os fatos notórios ou intuitivos que por sua obviedade prescinde de comprovação. Os fatos contidos em presunção legal absoluta, visto que a Lei estabeleceu um dado que não admite contestação, a exemplo da premissa que os menores de 18 anos são inimputáveis. Os fatos impossíveis que não tem possibilidade de serem demonstrados, assim como os fatos irrelevantes, devido a sua insignificância para o esclarecimento do fato delitivo não precisa ser provado, e por fim os impertinentes que não possuem nenhuma relação com o processo criminal.

4.ÔNUS DA PROVA

Nucci(2009) adverte que para compreender ônus da prova, é necessário pensar em ônus em sua representação como encargo, uma responsabilidade ou incumbência, que não se pode subtrair sem suportar as consequências. Entendendo que o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não fazendo, sobre a ‘ sanção processual’, consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato.

Barros (2012) ensina sobre o princípio da razão suficiente defendido por Leibniz, que recomenda que toda a proposição verdadeira deve ser demonstrada para que a decisão judicial tenha respaldo. Seguindo essa orientação, pergunta-se quem deve demonstrar a verdade, surgindo assim o ônus da prova. Na opinião do autor, o ônus da prova seria uma incumbência processual que protege o direito subjetivo de produção probatória, não sendo um dever que não cumprido punível com uma pena, apenas corre-se o risco de demanda desfavorável pela não demonstração das provas.

Aranha (2008) preocupa-se em distinguir obrigação processual de ônus probatório, advertindo que o adimplemento do ônus é deixado livremente à vontade da parte onerada, enquanto que a obrigação deve ser obrigatoriamente ser cumprida, o seu não cumprimento ofende a ordem jurídica.

Após essas observações, é importante saber a quem cabe o ônus da prova no processo penal. Sabemos que vigora neste ordenamento do princípio da presunção de inocência do réu, desta forma que cabe a acusação, especificamente ao Ministério Público, demonstrar que o réu é culpado do crime contido na Ação Penal. Todavia, se o réu pretender alegar algo diferente do contido na denúncia, como o álibi, como ocorrência de excludente de licitude, deverá demonstrar o alegado, todavia ainda que não sendo demonstrado o alegado,

não significa que o réu será considerado culpado, devido ao princípio acima descrito, apenas provavelmente não terá sucesso no ponto.

Assim, a sentença desfavorável será consequência da provas produzidas pela acusação, que compete delinear a autoria e materialidade delitiva, não excetuando as hipóteses dos poderes instrutórios do Juiz, que poderá produzir provas.

Portanto, a acusação cabe sempre o ônus da prova de maneira inafastável, quando não cumprido, ou seja, não demonstrada a autoria e materialidade delitiva ao julgador, não haverá o convencimento, não haverá condenação. Assim, se a Defesa ainda que não esclareça cabalmente sua matéria de defesa, poderá ocorrer a sua absolvição, calcada no princípio da presunção da inocência e do in dubio pro reo.

5. MEIOS DE PROVAS

Os meios de provas pode ser todos os fatos, documentos e alegações que possam ser usados para o convencimento do julgador. O Código de Processo Penal assim divide: a)do exame de corpo delito e das perícias em geral; b) do interrogatório do acusado; c) da confissão; d) do ofendido; e) das testemunhas; f) do reconhecimento de pessoas e coisas;g)da acareação; h) dos documentos; i)dos indícios e j) da busca e apreensão.

Todavia, neste trabalho será comentado somente sobre os meios de provas que envolvam diretamente o acusado para avaliarmos o confronto entre pretensão investigatória e punitiva do Estado em face dos direitos e garantias do acusado. Sendo assim, será analisado o meio de prova pericial em alguns casos e o interrogatório do réu.

5.1 DO EXAME DE CORPO E DAS PERÍCIAS EM GERAL

ALBERTO FILHO (2011) define perícia como a diligência realizada, como meio de prova, por pessoa ou pessoas físicas, com a finalidade de apurar tecnicamente um fato, com o objetivo de instrução de um procedimento.

Desprende-se disso que a perícia é um meio de prova baseada em conhecimentos técnicos científicos para determinação de fatos contidos no processo penal.

No ordenamento Jurídico brasileiro, é atribuído grande importância a esse meio de prova, devido seu caráter científico, tanto que o art. 158 do CPP, determina que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo delito, que é uma forma de perícia, sendo nem mesmo a confissão do acusado pode suprimir a sua falta. Enfatiza- se que a autoridade policial logo após ter conhecimento de prática delitiva deve determinar a realização da perícia, conforme dispõe o art.6º, VII, CPP. Não sendo essa disposição

obedecida pela autoridade policial, é determinado no art.156, II, CP deverá ser requisitado pelo magistrado da Ação Penal resultante do crime.

O exame de corpo delito é uma forma de perícia, realizada principalmente para determinar a materialidade delitiva. Pode ser realizado de forma direta e de forma indireta, a primeira forma ocorre quando o perito analisa diretamente o objeto ou pessoa a ser estudado, enquanto que a forma indireta, os peritos avaliam dados ou outros elementos fornecidos por outras pessoas a fim de concluírem sobre o fato controverso do processo.

Outra determinação legal é que a perícia deve ser realizada por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Desta forma, constatamos que o perito deve ser especialista na área que examina, e que ainda deva ser servidor público, art.159 do CPP.

E somente na falta de perito oficial, a perícia poderá ser realizada por dois peritos não oficiais, com idoneidade moral, portadoras de diploma em curso superior, preferencialmente na área específica em que fará a perícia. Advertir-se que o perito tem a obrigação legal de cumprir objetivamente seu dever, caso seja movido por outros interesses que não seja o auxílio na elucidação da Ação Penal, perito responde criminalmente por falsa perícia, prevista no art.342 do CP.

No §3° do art.159 do CPP é facultado as partes a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. E no §4°é afirmado que o assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

É ainda admitida à presença dos peritos em audiência para oitiva para esclarecimento da prova a requerimento das partes, ou ainda poderão ser respondidas as perguntas das partes através de Laudo Complementar e etc. Outra preocupação legal é estabelecer que o perito ao final do trabalho deverá fazer laudo minucioso do que examinaram no prazo de 10 (dez) dias, podendo ser prorrogado nos termos art.160 do CPP, demonstrando o legislador a necessidade que seja evidenciado os métodos científicos utilizados para que o Laudo, até mesmo para que o estudo possa ser confrontado.

O art.180 do CPP ainda regula a possibilidade de conflito de entendimento entre peritos, admitindo que poderão no mesmo Laudo, responder separadamente as perguntas ou ainda elaborar laudos distintos, e a autoridade judicial nomeará terceiro perito para nova perícia, e se caso tenha posição divergente dos dois primeiros, será efeito novo exame com outros peritos. E por fim, ressalta-se que o art.182 do CPP que o magistrado pode aceitar ou rejeitar o Laudo Pericial.

Apesar dessa observação, como ensina o Mestre SGANZERLA (2012), sobre a cega valoração às provas pericias sob o argumento de que seriam uma verdade inquestionável, visto que são pautadas na ciência:

> Por isso, a prova pericial moldou-se de um caráter cientificista, cuja teoria se discute ferozmente. Sabe-se que a ciência, por várias vezes, se enganou em diversas áreas e em diversas questões, tanto que em algumas delas ainda não possui respostas. Como então aceitar o seu laudo, como verdade inquestionável para a formação da verdade? Mais ainda o perito, como ser racional, por mais que tenda ser objetivo é ser humano e possui subjetividade. Não se pode que a sua atuação do expert é imaculada de qualquer opinião, pois o caráter subjetivo do homem interfere até mesmo no procedimento escolhido para a verificação da hipótese científica. Portanto, colocar nas mãos do perito uma posição incontestável no processo penal é quebrar certas garantias fundamentais presentes na Constituição.

Nesse meio de prova, quando para a comprovação do fato dependa de intervenção no corpo do próprio acusado na intervenção invasiva, fará necessário o consentimento deste, haja vista que o acusado tem direito não se auto incriminar, o direito a sua integridade física e moral e ao direito a dignidade, sendo assim é vedado qualquer interferência na esfera do seu corpo a fim de investigação sem que o mesmo concorde.

Na doutrina, é feito a distinção entre a intervenção invasiva e a não invasiva, as primeiras seriam as provas em que necessário a penetração no corpo humano para a produção, como o exame de sangue. Enquanto que as não invasivas, há intervenção no corpo humano, todavia não há invasão, são exemplos são os exame de DNA realizados no fios de cabelo do acusado, ou indícios deixados na cena do crime que poderão ser investigadas independem da anuncia do acusado, diferentemente das provas de intervença invasiva, as quais deverão ter concordância do acusado.

Conforme, exposto anteriormente, o ônus da prova é da acusação, cabe a mesmo provar a materialidade e autoria delitiva, não sendo o acusado obrigado a colaborar com a produção probatória, em face do princípio da presunção da inocência, a conduta omissiva do réu não poderá ser interpretada contra o mesmo.

5.2 DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

ISHIDA(2009) assim define o interrogatório do réu: Interrogatório é um ato de instrução, sob a presidência da autoridade policial ou da autoridade judiciária, em que se indaga ao réu sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa, dando-lhe a oportunidade para a defesa. Se desprende dessa definição que o interrogatório é ato personalíssimo, processual/administrativo e oral.

Nessa linha, devemos observar que o Direito Processual Penal é informado pelos princípios da presunção da inocência assim como princípio da ampla defesa e do contraditório, desta forma o réu poderá adotar uma postura omissiva ou positiva na produção probatória, refletindo essa realidade no ato do interrogatório em que poderá ser omissivo às acusações que sejam feitas, podendo até mesmo permanecer calado as perguntas (art.5°, LXII da CF) sem que isso seja considerado contra si, pois como foi discutido no item de instrução probatória, o ônus de produção de provas de autoria e materialidade delitiva é precipuamente da acusação. Em contrapartida, a Defesa poderá adotar uma atitude mais ativa no processo, produzindo provas para demonstrar a inocência do acusado, perfazendo esta conduta na tomada do interrogatório em que o réu poderá contar a sua versão dos fatos para que o magistrado possa avaliar com os outros meios de provas contidos no processo.

Discute-se na doutrina a natureza jurídica do interrogatório, se seria um meio de prova ou meio de defesa, ou teria as duas naturezas jurídicas. Nesta posição tomamos o ensinamento de LOPES JR (2012) o qual opina pela desnecessidade cientifica de uma aprofundada discussão, pois adverte o autor as alternativas de meio de prova e meio de defesa não se excluem, adotando este a mesma linha defendida por ISHIDA (2009) e NUCCI(2009) que a natureza jurídica do interrogatório é mista, meio de defesa e meio de prova, seria um meio defesa, porque seria o momento para o réu se autodefender do que lhe é imputado, assim como ensina ISHIDA (2009) essa corrente é reforçada pela Lei dos Juizados e pela Lei de n° 11.719/2008, que reformou o Código de Processo Penal, pois prevêem que o interrogatório será tomado após o depoimento das vítimas e a oitiva das testemunhas para que o réu tenha ciência que tudo o que está sendo acusado, as versões contadas para que possa contar os fatos à seu favor.

Por outro lado, a natureza jurídica de meio de prova é confirmada pelo fato de que tudo que foi narrado no interrogatório poderá ser confrontado com os outros meios de prova para formar o convencimento do julgador, reforça essa ideia a prescrição do art.226 do CPP que possibilita a acareação entre o acusado versus testemunha, ou acusado versus vítima. Além da possibilidade, de produção de probatórias, nos artigos 189, 190 e 196 do CPP.

Há várias disposições do Código de Processo Penal que regulam o momento em que deverá ser feito o interrogatório do réu, primeiramente será feito no Inquérito Policial, nos moldes do art.6°, V, do CPP, ainda no auto de prisão em flagrante, nos moldes do art.304 do CPP, nestes casos interrogatório é administrativo, e são realizados para a autoridade policial apreciar se existe de indícios autoria e materialidade delitiva para que o Ministério Público ou

interessado ingresse com a ação penal cabível. LOPES JR(2012) explica que o interrogatório nesta fase procedimental tem a finalidade de apenas justificar a medidas que serão adotadas e a ação penal dele resultante, afirmando que a eventual confissão teria um valor endoprocedimental, ou seja, não é um ato de prova, e sim um ato típico da própria investigação, portanto não serve para provar o fato, mas para fornecer elementos necessários para a comprovação na posterior na Ação Penal.

Na fase processual, o interrogatório no procedimento comum, conforme citado, é feito após o depoimento da vítima e oitiva das testemunhas, portanto final da audiência, nos termos do art.474 do CPP, para que esteja ciente das acusações e das versões narradas para que se defenda.

Quantos as formalidades exigidas para a realização do ato discutido, o Código de Processo Penal, divide em duas partes, a primeira é sobre a qualificação do acusado e a segunda parte é sobre os fatos imputados. Na primeira parte, além da qualificação comum(nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, residência) será perguntado sobre os meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, sobre a vida pregressa, se foi preso ou processado entre outras perguntas a fim de conhecer a conduta social do acusado, art.187 §1° do CPP. Posteriormente, será perguntado sobre os fatos, é feito um direcionamento para o magistrado, no art.187 §2°do CPP, que deverá indagar ao acusado se é verdadeira a acusação que lhe é feita (I), caso venha a negá-la será indagado se sabe algum motivo para a atribuição da sua autoria delitiva, se conhece a pessoa ou pessoas que realizaram a infração penal, e se esteve com elas antes ou depois da prática delitiva (II), ou ainda se estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta (III), se conhece as provas apuradas (IV), o que tem a dizer sobre as vítimas e testemunhas se tem algo contra as mesmas (V), se conhece os instrumentos usados no crime (VI).

Podendo, ainda o Juiz indagar sobre tudo que apreciar pertinente para elucidação dos fatos (VII). Após todos esses direcionamentos dado no CPP, é orientado o julgador a indagar se o réu tem algo mais a alegar em sua defesa.

Outras das formalidades exigidas pelo CPP é a necessidade de realização de interrogatórios separados em caso em corréus, para que não ouçam o que outro tenha relatado sobre o crime.

Relacionado com o interrogatório, temos a confissão, NUCCI (2012) a define da seguinte forma: “A confissão é a admissão, no processo penal, da prática de fato criminoso, feita pela pessoa suspeita ou acusada de ser autora de delito, desde que o faça com pleno

discernimento, de maneira expressa, voluntária e pessoal, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo. Não podendo ,todavia, o réu mentir, sob pena de responder criminalmente pelo delito pelo crime de autoacusação, definido no art.341 do CP.

ISHIDA (2009) divide a confissão em espécies, admitindo ser explícita em que o acusado admite claramente a responsabilidade pela prática delitiva, e implícita quando existe a indução que o acusado seja o autor do crime. Classifica ainda o autor em simples e qualificada, sendo a simples é quando o réu é reconhece que praticou o crime sem considerações, e qualificada é quando há o reconhecimento da prática do crime, mas alega alguma excludente de antijuridicidade e culpabilidade. E por fim, as divide em judicial e extrajudicial, logicamente a judicial seria a realizada frente ao magistrado no processo criminal, e extrajudicial o interrogatório realizado perante a autoridade policial ou administrativa.

Entretanto, apenas focaremos na confissão judicial. Esta possui requisitos intrínsecos e formais, seriam os intrínsecos a verossimilhança, devendo ser coerência lógica com os outros elementos probatórios. E quanto aos requisitos formais, deve ser pessoal, expressa, livre e espontânea.

Ressalta-se que a confissão poderá ser obtida através do interrogatório, ou ainda em qualquer momento, desde que seja nos termos do art.199 do CPP, devendo ser tomada a termo e assinada pelo acusado.

Apesar de a confissão ser considerada como rainha das provas, essa com os demais meios probatórios possui valor relativo, podendo ser avaliada com os outros elementos contidos no processo para que seja validado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Constatamos que a produção probatória evoluiu substancialmente, a figura do acusado adquiriu vários direitos e garantias frente à pretensão investigatória e acusatória do Estado, assim verificamos que os direcionamentos legais e o entendimento doutrinário majoritário visam à satisfação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, que seria o princípio da presunção da inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assim como outros destacados ao longo do trabalho desenvolvido.

Sendo assim, verificamos todas as prerrogativas do acusado que tem o direito de permanecer omisso no decorrer do processo na obtenção dos meios de provas, devido à presunção da inocência, sem que atitude seja interpretada contra si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBERTO FILHO, Reinaldo Pinto. Da perícia ao perito. 3ª Ed. Campus. Impetus. 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 3a ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis 11.900, 12.016 e 12.037. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISHIDA, Kenji Valter. PROCESSO PENAL. 1º ED, 2009. ATLAS.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 20ª Ed. Petrópolis. 1999.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro. Editora NAU, 2002.

LOPES JR , Aury . Direito Processual Penal. 12 ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. A prova proibida no processo penal as conseqüências de sua utilização. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/7432/a-prova-proibida-no-processo-penal#ixzz2gOQzLuLU

SALGADO, Gisele Mascarelli. A racionalização do Direito: uma discussão sobre uma prova inusitada, a carta psicografada. Disponivel em :http://www.ambito-juridico.com.br. Acesso em 08/09/2013.