



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

REGIANE FERREIRA DE FREITAS XAVIER

A PSICOGRAFIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

PARANAÍBA
2017

REGIANE FERREIRA DE FREITAS XAVIER

A PSICOGRAFIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora Mestre: Marília Rulli Stefanini

PARANAÍBA
2017

X23p Xavier, Regiane Ferreira de Freitas
A psicografia como prova no processo penal/ Regiane Ferreira de Freitas
Xavier. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.
47f.; 30 cm.

Orientadora: Profa Me Marília Rulli Stefanini.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de
Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Provas judiciais. 2. Provas. 3. Psicografia. I. Xavier, Regiane
Ferreira de Freitas. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul,
Unidade de Paranaíba, Curso de Pedagogia. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

REGIANE FERREIRA DE FREITAS XAVIER

A PSICOGRAFIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovada em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Me. Marília Rulli Stefanini (Orientadora)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof^ª. Me Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de Souza
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof. Dr. Isael José Santana
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

À Deus, pelo amor que derrama sobre mim, e todos os dias me guia pelo bom caminho.
Ao meu amado pai Donil (in memoriam) e à minha amada mãe Eurides pela boa criação que
me deram. Foi uma vida humilde e dedicada aos filhos. Os valores aprendidos me seguirão
pela vida toda.

Aos meus irmãos, Donilson e Eder, que com todo o carinho com que fomos criados,
permanecemos unidos até hoje.

Aos meus sobrinhos Lorena Moniely, Danilo e Nicolas, que Deus em sua infinita bondade me
concedeu a graça de ter vocês em minha vida.

Ao meu amado e querido Rogério, marido, companheiro, amigo que me ajuda, colabora e
incentiva para os meus estudos e crescimento pessoal.

Onde quer que você esteja, seja a alma deste lugar... Discutir não alimenta. Reclamar não resolve. Revolta não auxilia. Desespero não ilumina. Tristeza não leva a nada. Lágrima não substitui suor. Irritação intoxica. Deserção agrava. Calúnia responde sempre com o pior. Para todos os males, só existe um medicamento de eficiência comprovada. Continuar na paz, compreendendo, ajudando, aguardando o concurso sábio do Tempo, na certeza de que o que não for bom para os outros não será bom para nós... Pessoas feridas ferem pessoas. Pessoas curadas, curam pessoas. Pessoas amadas, amam pessoas. Pessoas transformadas, transformam pessoas. Pessoas chatas, chateiam pessoas. Pessoas amarguradas, amarguram pessoas. Pessoas santificadas, santificam pessoas. Quem eu sou interfere diretamente naqueles que estão ao meu redor. Acorde... Se cubra de Gratidão, se encha de Amor e recomece... O que for benção pra sua vida, Deus te entregará, e o que não for, ele te livrará! Um dia bonito nem sempre é um dia de sol... Mas com certeza é um dia de Paz.

Chico Xavier

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise sobre a possibilidade e admissibilidade da utilização da psicografia como prova nos processos criminais, observando se existe positividade a respeito do assunto, bem como discorrer acerca de alguns conflitos existentes em sua aplicação, vez que, apesar de sua utilização em alguns casos concretos, o seu manuseio não é comum. Analisar-se-á a teoria do estágio probatório e sua importância no processo, já que é por meio dela que se busca o convencimento do magistrado. Por conseguinte, em outra análise, trabalhar-se-á princípios constitucionais, princípio da proporcionalidade, ampla defesa e contraditório, verdade real, dentre outros, a fim de se questionar e tentar-se apurar e apresentar possíveis hipóteses acerca da não pacificidade quanto à aceitação ou não da psicografia como prova válida capaz de formular o juízo de convencimento no processo penal. Diante das indagações acima expostas abordam-se, também, no transcorrer do trabalho, alguns casos em que se aceitou referida prova no processo penal, bem como, seus respectivos argumentos, e, situações contrárias, ou seja, decisões que não reconheceram a psicografia como prova lícita e válida. A base metodológica para elaboração do tema, se deu de forma bibliográfica, pesquisa documental, jurisprudencial e estudos de casos, chegando-se à conclusão de que a psicografia pode ser usada no processo penal como meio de prova documental, não ferindo com isso o princípio do contraditório.

Palavras-chave: Provas Judiciais. Princípios. Psicografia.

ABSTRACT

The presente academic work makes an analysis about the possibility and admissibility of the use of psychography as proof on criminal trials, looking over if there exists positivation about the topic, as well as talk about some existing conflicts on its application, while, although its utilization on some real cases, its handling is not common. Will be analyzed the probationary stage theory and its significance on the litigation, since it is through that it seeks the magistrate convincing. Therefore, in a different analysis, will this work bring on constitutional principles, proportionality principle, broad defense and contradictory, real truth, among others, in order to question and try to investigate introducing possible hypothesis about the not pacified as the acceptance or not of psychography as a valid proof capable of formulating the conviction of judgement conviction in the penal prosecution. Face on the inquiries exposed before, approaches too on the work elapses, some cases where there was accepted that referred kind of proof on penal prosecution, as well, its related subjects, and, adverse situations, that is, some decisions that did not recognize the psychography as a valid and lawful proof. The methods bases for the theme elaboration has done on bibliography ways, documental research, jurisprudence and cases study, coming to a conclusion that the psychography can be used on the penal prosecution as as documental proof, that does not hurts the contradictory principle.

Keywords: Judicial Proofs. Principles. Psychography

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA PROVA NO PROCESSO PENAL	10
1.1 Considerações gerais	10
1.2 Breves apontamentos acerca da teoria geral da prova	11
1.3 Sistema de valoração da prova	14
1.4 Limites à atividade probatória	17
2 DOS PRINCÍPIOS ATINENTES À PRODUÇÃO PROBATÓRIA	21
2.1 Princípio da proporcionalidade	21
2.2 Princípio da comunhão da prova	23
2.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes	24
2.4 Princípio da oralidade	25
2.5 Princípio da liberdade probatória	26
2.6 Princípio <i>favor rei</i>	27
2.7 Princípio da presunção de inocência	28
2.8 Princípio do contraditório e da ampla defesa	30
3 A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA	32
3.1 Da distinção entre meios de provas e meios de obtenção de prova	32
3.2 Da psicografia como meio de prova	34
3.3 Seara jurisprudencial: colação de alguns casos concretos	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A abordagem do tema se deu diante de indagações pessoais e sociais acerca da utilização de cartas psicografadas no processo judicial, bem como ideias que se divergem e com isso realiza-se a presente pesquisa com o objetivo de sanar controvérsias quanto a sua aceitação ou não aceitação, já que referidos documentos são cada vez mais utilizados nos nossos Tribunais. Desde o início da civilização até hoje, discussões e definições foram estabelecidas quando o assunto é a prova. No sentido comum, a prova pode ser compreendida como confirmação, comprovação, verificação, inspeção, revisão de alguma coisa ou fato.

No entanto, no sentido jurídico, prova significa produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*), portanto, como regra geral, quem alega cabe fazer a prova do alegado, ou seja, cabe fornecer os meios afirmativos de sua alegação (SANTOS, 2000). Nesse sentido, pode-se dizer que existem diversas provas admitidas no âmbito processual penal, mais especificamente, podendo ser elas, testemunhal, documental, indiciária e presunção.

Dessa forma, pode-se dizer que o lastro probatório pode ser compreendido como os resultados dos atos ou meios produzidos durante a verificação da verdade. Sendo assim, entende-se que o autor faz a prova da sua intenção, enquanto o réu produz a prova da exceção.

Nesse contexto, buscou-se desenvolver análise do tema e a problematização da psicografia como prova, bem como analisar os tipos de prova admissíveis dentro do processo penal, assim como os princípios que a norteiam, demonstrando diversas fundamentações sobre o assunto e suas aplicações em casos concretos. Ressalta-se, ainda, que o presente trabalho de conclusão de curso tende a analisar a legalidade e questionamentos da psicografia como prova no processo penal, propondo, ao final, hipóteses de soluções ao embate existente, cuja fundamentação será alicerçada no desenvolver do trabalho.

Diante das indagações acima expostas, abordaram-se, também, no transcorrer do trabalho, alguns casos em que se aceitou referida prova no processo penal, bem como, seus respectivos argumentos, e, situações contrárias, ou seja, decisões que não reconheceram a psicografia como prova lícita e válida.

Por conseguinte, em outra análise, trabalhar-se-ão princípios constitucionais, tais como a liberdade religiosa, dignidade da pessoa humana, livre convicção, ampla defesa e contraditório, verdade real, dentre outros, com o fito de se questionar, tentar-se apurar e

apresentar possíveis hipóteses acerca da não pacificidade quanto à aceitação ou não da psicografia como prova válida capaz de formular o juízo de convencimento no processo penal.

Para a construção e desenrolar do tema foi utilizado pesquisa documental e estudo de casos concretos de julgados em nossos tribunais. Foram feitas pesquisas bibliográficas para embasamento sobre o conceito de prova e sua utilização no processo penal, bem como os seus princípios norteadores. Artigos e projetos de pesquisa de várias universidades também foram analisados para melhor fundamentação do tema, tendo em vista as abordagens ainda serem de minudência.

Posto isso, inicialmente, no primeiro capítulo, abordou-se o estudo da teoria geral da prova, os meios de sua aplicação, seus limites e sistema de apreciação. Enquanto segundo capítulo abordaram-se os princípios atinentes ao processo penal com anuência à nossa Carta Magna, focando em seus direitos e garantias fundamentais, já que tais princípios regem a produção probatória. Por fim, o terceiro e último capítulo trata sobre a psicografia, seu estudo científico e parte histórica. Utilizamos neste momento os estudos de casos, onde a psicografia anexada ao processo como prova documental foi fundamental à absolvição do réu.

A guisa de considerações analisa-se as controvérsias entre os estudos de casos, e nesse ínterim observa-se que a psicografia não interfere acerca de o Estado ser laico, já que sua abordagem é relacionada à prova documental válida e não religiosa. Ratificando este posicionamento, informa-se ao leitor que a mesma poderá, inclusive, ser questionada em possível laudo pericial, que, por sua vez, deverá informar se a letra e assinaturas são do *de cujus*, pois se assim não forem, não será utilizada como prova válida no processo penal.

Assim sendo, ressalta-se que o presente trabalho nada se relacionada às crenças espiritualistas dos indivíduos, mas sua espinha dorsal reside na compreensão da psicografia como qualquer outra prova documental privada, tal como uma carta, podendo, inclusive, ser rechaçada quando comprovada sua falsidade ideológica quanto à assinatura. Por fim, sustenta-se que seu emprego dentro do processo não fere o contraditório, não se enquadrando no rol de provas ilícitas, sendo assim, sua utilização é perfeitamente aceitável, conforme se comprovará a seguir.

1 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1 Considerações gerais

O Direito surge para regular a convivência em sociedade, cujo fim precípua é assegurar sua própria sobrevivência (JESUS, 2011, p. 45).

Ocorre que, para manter a harmonia social e alcançar seu objetivo principal, qual seja o bem-estar geral, é necessário que o Estado elabore leis, as quais estabelecem normas de condutas, disciplinam as relações existentes entre os indivíduos e regulam os fatos e acontecimentos ocorridos em sociedade. Além disso, referidas leis versam sobre as consequências resultantes em caso de sua inobservância (TOURINHO FILHO, 2012, p. 21).

Nesse ínterim, o Direito Penal ao dispor sobre normas de condutas, tem por finalidade proteger os bens jurídicos fundamentais e necessários à sobrevivência da sociedade, motivo pelo qual somente intervém nos casos de lesão aos bens jurídicos essenciais para vida em sociedade, os quais consistem naqueles em que satisfazem as necessidades humanas.

Porém, pode ocorrer de determinados fatos sociais serem contrários à norma de Direito, incorrendo no surgimento do ilícito jurídico, dentre o qual, o ilícito penal figura como forma mais séria, uma vez que viola os bens mais relevantes para a vida em sociedade. Nesse contexto, surge para o Estado o *jus puniendi*, que é o direito do “Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime” (JESUS, 2011, p. 48).

Sobre o assunto:

[...] praticado um fato que, aparentemente ao menos, constitui um ilícito penal, surge o conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade da pessoa acusada de praticá-lo. Esse conflito não pode ser dirimido pela **auto-defesa**, que é o emprego da força e, portando, a negação do próprio direito com a prevalência dos mais forte sobre o mais fraco. Tampouco sobre se pode empregar a **auto-composição**, que envolve a submissão de um dos titulares de menor resistência [...] (destaques do autor) (MIRABETE, 2000, p.26).

Logo, o direito de punir e aplicar o direito ao caso concreto foi avocado pelo Estado, a quem cabe dar a cada indivíduo o que é seu, porquanto os conflitos sempre afetaram e continuam atingir a segurança da ordem jurídica e, a fim de manter a ordem no meio social e restabelecer a ordem jurídica violada, a justiça passou a ser administrada pelo Estado.

No Estado moderno, a solução de conflito de interesses passou a ser exercida pela função jurisdicional estatal, por meio do processo e, no âmbito da lide penal, do processo

penal, configurando este como o conjunto de atos cronológicos tendentes a uma finalidade, isto é, um procedimento sujeito aos princípios e regras jurídicas destinadas à composição da lide penal, cuja finalidade é aplicação do direito penal objetivo.

Desse modo, apenas o Estado, atualmente, pode dirimir os conflitos existentes, ou seja, somente o poder estatal pode solucionar os litígios, razão pelo qual o ente estatal se vale do Poder Judiciário. Nesse aspecto, o Estado, para exercer sua função jurisdicional, utiliza-se de atividades investigatórias, que são atos administrativos da Polícia Judiciária, realizadas no inquérito policial. De igual modo:

[...] as pessoas que praticam os atos de investigação e os atos de processo, ‘devem estar devidamente legitimadas para realizar as atividades que se concretizem no procedimento, e devem ter reguladas as relações que entre si mantêm, com a determinação dos direitos, deveres, ônus e obrigações que daí derivam’. São, portanto, necessárias as normas que disciplinem a criação estrutura, sistematização, localização, nomenclatura e atribuição desses diversos órgãos diretos e auxiliares do aparelho judiciário destinado a administração da justiça penal, constituindo-se o que se denomina Organização Judiciária (MIRABETE, 2000, p. 29).

Em suma, os litígios existentes na sociedade são dirimidos por meio do processo e, tratando-se de lide penal, são resolvidos pelo processo penal. Este, por sua vez, origina-se, desenvolve-se e encerra pela vontade do homem, isto é, a sucessão de atos coordenados, os quais compõem o processo, visam solucionar a lide, porquanto, o Estado, representado pelo órgão julgador, depois de instruído com as provas colhidas durante a persecução penal e ponderadas as razões dos litigantes, profere uma resolução com força obrigatória.

Portanto, verifica-se que a finalidade mediata do processo penal entrelaça-se com o objetivo do Direito Penal, pois ambos almejam a proteção da sociedade, o bem estar social, a defesa dos interesses jurídicos e a convivência harmônica dos indivíduos. De outro norte, a finalidade imediata do processo penal é a realização da pretensão punitiva do Estado, que deriva do ilícito penal, motivo pelo qual faz-se necessário estudar, brevemente, acerca das provas no sistema processual penal, porquanto, somente com sua produção e análise será possível proferir uma decisão final à lide submetida ao crivo do poder estatal, representado pelo órgão julgador.

1.2 Breves apontamentos acerca da teoria geral da prova

Nos primórdios, a religião era base da sociedade, e, portanto, as civilizações acreditavam e relacionavam o direito à origem divina. Como provas, utilizavam métodos de

comprovação ligados diretamente à religião, como por exemplo, o juramento, os conspiradores, as ordálias, sendo, esta última entendida e chamada também como juízo de Deus, sendo muito utilizada na Idade Média (LOPES, 1974).

Desta feita, as ordálias eram provas de cunho religioso, utilizadas pelos primitivos, semibárbaros e germanos, tinham como propósito submeter o julgado a um procedimento probatório baseado no juízo de Deus, onde deixava ou não subsistir a vida caso não dissesse a verdade, considerado assim culpado (LOPES, 1974). Esses julgamentos eram baseados pela sorte, fogo, água fria, serpentes, etc. Posto isso, alguns autores observam que, na Idade Média, onde se predominava o cristianismo, Deus era quem participava do processo e julgamento dos civis (CAMPO, 1994).

Com o fortalecimento do Estado e a mutação da sociedade, a administração social começou a se organizar e estruturar, surgindo então a arbitragem obrigatória, onde se predominava a justiça pública sobre a privada, assim, a religião foi substituída quando se pretendia solucionar um conflito. Desse modo, passou a ser necessário demonstrar argumentos para obter vitória em sua pretensão, na época chamada de verdade real. Ocorreu então, uma evolução significativa, pois se passou a articular a lógica e o caráter científico para constituir uma prova.

A articulação lógica no sistema probatório restou superada pela prova livre, na qual nem todos meios de provas são considerados lícitos, porquanto a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais deveriam constituir limitações aos exageros probatórios, além de que, na valoração da mesma, “exige-se uma maior preparação em todos os níveis, exatamente para evitar que a liberdade erroneamente utilizada possa conduzir a uma tirania do Judiciário” (AVOLIO, 2003, p. 26).

Conforme pontua Avolio (2003, p. 26), a liberdade probatória figura-se como a melhor opção, vez que as limitações à produção de prova ilícita, dignidade humana e respeito aos direitos fundamentais devem garantir a defesa dos valores sociais, inclusive a liberdade e a intimidade.

Nesse ínterim, cumpre destacar que a prova no processo penal é de suma relevância, haja vista que a sentença prolatada acerca da culpabilidade de um indivíduo diante do cometimento de um delito é por ela, efetivamente, determinada (MITTERMAIER, 1997, p. 12). Além disso, a existência da prova, na seara penal, figura-se indispensável, porquanto:

[...] julgam-se homens e suas vidas: os motivos que os levaram a delinquir, seus passados e todas as pressões (econômicas, sociais, psíquicas etc.) que atuaram sobre eles. O exame da prova é feito em maior profundidade, exigindo do julgador um conhecimento sobre a realidade social (ARANHA, 1996, p. 6).

Desse modo, a expressão “prova”, oriunda do latim *probat*, pode ser interpretada como argumento, inspeção, avaliação, verificação ou comprovação para designar ou assegurar a veracidade de um fato. Para tanto, Lima (2016, p. 573-574) apresenta três acepções acerca da palavra prova, quais sejam: a) prova como atividade probatória, que consiste em verificar e demonstrar a verdade dos fatos para o julgamento da demanda, além de ser concebida como um desdobramento do direito de ação, porquanto suscetível de influenciar no convencimento do magistrado; b) prova como resultado, que se revela na formação da convicção do órgão julgador acerca da (in)existência do delito; e c) prova como meio, caracterizados pelos instrumentos que auxiliam na formação do órgão julgador – que, dentre outros, encontra-se a psicografia, objeto do presente estudo.

Imperioso, ainda, distinguir prova de elementos informativos, pois aquela afigura-se presente no curso do processo judicial, no qual há a participação dialética das partes, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de sorte que ambas podem influir, igualmente, no convencimento do órgão judicial. Já os elementos informativos são colhidos na fase investigativa, preliminar, na qual inexistente relação processual e observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa (LIMA, 2016, p. 574).

Inobstante, a jurisprudência é pacífica quanto à utilização dos elementos informativos na formação da convicção do órgão judicial de modo subsidiário, cujo entendimento também se encontra previsto na legislação processual penal, consoante dispõe o 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” (VADEMECUM, 2017, p. 419).

Conforme se denota do dispositivo legal supracitado e à vista dos entendimentos jurisprudenciais, a utilização dos elementos informativos para fundamentar decisão judicial é medida excepcional, exceto no que tange às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, uma vez que os elementos colhidos na fase investigativa não oportunizam as partes o exercício do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual é vedado que os pronunciamentos judiciais sejam motivados, exclusivamente, por tais elementos.

Além disso, a doutrina apresenta determinadas classificações quanto à prova, quais sejam, prova direta e indireta, caracterizadas, respectivamente, pelo conhecimento do fato por meio de uma ou mais operações inferenciais. Classifica-se, ainda, em prova nominada e inominada, àquela corresponde com previsão legal e esta, não regulada pelo ordenamento jurídico, embora admitida desde que lícita e moralmente legítima.

Outrossim, reúne-se a prova em típica e atípica, caracterizada pela existência ou não de procedimento probatório regulado em lei. Além de poder classificar-se em prova anômala, utilizada para fins que não lhe é própria ou em irritual, quando não há observância do modelo legalmente previsto e, por isso, é considerada ilegítima (LIMA, 2016, 591-593).

Quanto ao destinatário da prova, figura-se aquele que deve ter sua convicção formada, razão pela qual a doutrina classifica-o como direto e indireto (LIMA, 2016, p. 577). O destinatário direto é o imediato, ou seja, a autoridade judicial ou o próprio juiz, enquanto o destinatário indireto são as partes, também conhecidas como destinatários mediatos, onde quanto maiores forem os elementos, maiores serão as chances de convicção do juiz.

Quanto à finalidade da prova, é tarefa reconstrutiva, na qual há “(...) profunda analogia entre a missão do juiz e a do historiador, pois ambos reconstroem e interpretam fatos pretéritos” (ARANHA, 1996, p. 5). Ou seja, a prova caracteriza-se pela fidedignidade ou inautenticidade de uma alegação, consistente em todo e qualquer intermédio de entendimento utilizado pelo sujeito com intuito de legitimar a autenticidade de uma menção.

Desse modo, quando se estabelece a subsistência da exatidão, isto é, da busca pela verdade, procura-se provar algo por meio da utilização de provas. Provar é então afirmar a asserção do que se alega ou se diz. Nesse sentido, todo requerimento que conduzido ao juízo está estreitamente atado a um evento, bem como sua dubiedade deverá ser solvida, isto é, pautada por meio da prova, pois é a preponderante forma de delação acerca da presença ou não da verdade almejada.

1.3 Sistema de valoração da prova

De acordo com exposto acima, no bojo do processo penal a prova é fundamental para a formação da convicção do órgão julgador. Embora o direito à prova não seja absoluto, haja vista a necessidade de se observar e respeitar os direitos fundamentais e princípios éticos abrangidos pelo ordenamento jurídico brasileiro (LIMA, 2016, p. 573), ao magistrado é

possível a livre apreciação das provas constantes nos autos, desde que devidamente fundamentada.

Ocorre que o sistema de apreciação de provas modificou-se ao longo da história, pois, conforme leciona Bonfim (2016, n.p) “(...) amoldavam-se aos costumes e circunstâncias históricas de cada povo”. Dentre os sistemas mais célebres e importantes para a compreensão da temática, destaca-se o sistema ordálico, fundado na crença de divindade, no qual o acusado deveria demonstrar sua inocência através da superação de provas impostas, as quais, em gerais, versavam sobre sofrimento físico.

Em seguida, encontra-se o sistema de prova legal ou sistema de prova tarifada, no qual os valores das provas já estavam preestabelecidos em lei, não competindo ao órgão julgador qualquer espécie de livre avaliação (ARANHA, 1996, p. 63), ou seja, os valores das provas estão devidamente hierarquizados (LOPES JR, 2016, n.p). Em tal sistema, a confissão era concebida como rainha das provas, de sorte que nenhuma outra prova seria capaz de mitigá-la. Apesar de referido sistema não ter sido adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, a doutrina aponta resquícios do mesmo no arcabouço da legislação, a exemplo do estado das pessoas em que se observará a disposições cíveis e a indispensabilidade do exame de corpo de delito, nos casos em que a infração deixar vestígios.

Noutro giro, o sistema da íntima convicção surge para superar o sistema da prova tarifada, porquanto totalmente antagônico aos postulados do sistema anterior, visto que há ampla liberdade do órgão julgador para decidir, inclusive para valorar provas não constantes nos autos, bem como inexistente qualquer obrigação de fundamentar decisão. Conforme aponta Aranha (1996, p. 65), tal sistema funda-se no “princípio da certeza moral do juiz”.

Salienta-se, também, a ocorrência de extremismo, pois, uma vez ausente a necessidade de motivar a sua decisão, o órgão julgador sucumbe no excesso de sua discricionariedade e liberdade de julgamento, ocasionando graves inconvenientes. Nesse ínterim, ao considerar que no Brasil tal sistema foi adotado em relação ao Tribunal do Júri, o qual assegura a soberania dos veredictos sem a necessidade motivá-los e fundamentá-los:

[...] permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou até mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu (LOPES JR. 2016, n.p).

Por fim, há o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, em que o magistrado possui liberdade na apreciação das provas constantes dos autos, as quais têm o mesmo valor, contudo, é obrigado a fundamentar sua decisão. Este sistema foi adotado pelo ordenamento jurídico, com previsão legal na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), em seu art. 93, IX e no CPP, em seu art.155, *caput*, nos quais ambos versam sobre a obrigatória fundamentação das decisões judiciais.

Decorrem de tal sistema importantes efeitos, quais sejam: inexistência de prova com valor absoluto, isto é, não há hierarquia entre as provas, todas possuem valor relativo; o órgão judicial deve valorar todas as provas, inclusive aquelas sobre as quais quer refutar, vez que as partes têm direito de verem seus argumentos e provas apreciados; e, somente reputam-se válidas as provas que constantes nos autos, não podendo “emprestar validade aos conhecimentos privados do magistrado, sejam elas provas nominadas ou inominadas, típicas ou atípicas” (LIMA, 2016, p. 607). Além disso, o legislador assegurou ao magistrado a faculdade de determinar diligências, a fim de dirimir dúvidas sobre ponto relevante, conforme dispõe o art. 156, do CPP.

Em virtude da adoção do sistema do convencimento motivado ou persuasão racional do órgão julgador, o legislador consagrou a observância do princípio da identidade física do juiz no art. 399, §2º do CPP: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Não obstante as ressalvas previstas em lei, as quais dizem respeito à convocação, licença, afastamento ou aposentadoria do magistrado, tal princípio tem por finalidade contribuir para o julgamento do caso concreto.

Contudo, consoante aponta Lopes Jr. (2016, n.p), embora seja vantagem o julgamento do caso pelo mesmo juiz que “(...) presidiu a coleta da prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado (...)” pode ser que caracterize grave inconveniente, porquanto “o juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus julgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade” (LOPES JR., 2016, n.p).

Portanto, observa-se que, não obstante, a violação às garantias e liberdades individuais já tenha cedido espaço à busca da verdade real (ou material), o sistema de avaliação de provas, atualmente adotado por um Estado Democrático de Direito, busca garantir e assegurar as liberdades individuais, bem como atingir a verdade constante nos autos.

1.4 Limites à atividade probatória

A busca pela verdade material e o sistema de apreciação de prova do livre convencimento motivado do juiz, conduzem ao princípio da liberdade probatória. Ocorre que a atividade probatória não é absoluta, porquanto “(...) não se pode transformar num elemento mais valioso do que a proteção da liberdade individual, de forma que ela encontra limites no conceito de ilicitude dos meios probatórios” (NUCCI, 1997, p. 62).

Contudo, ao longo da história, a busca incessante pela “verdade real” ultrapassou os limites da produção probatória, a exemplo da tortura, que, por exemplo, chegou a induzir indivíduos a confessarem delitos não cometidos. Desse modo, a doutrina processualista penal apresenta limites ao exercício da atividade probatória, motivo pelo qual, tais limitações, inclusive, afetam a construção e o convencimento do órgão julgador.

Sobre o assunto, destaca Mirabete:

[...] são inadmissíveis as provas que seja incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. Lembra-se também a proibição de provas de invocação ao sobrenatural (2000, p. 260).

Destarte, existe entre os doutrinadores a celeuma circunscrita em torno do que são provas ilegítimas e provas ilícitas, as quais são espécies do gênero prova ilegal, estas consistentes na violação de normas legais do ordenamento jurídico, seja de caráter de direito material ou processual. De acordo com Avolio (2003, p. 43), configura prova ilegítima aquela obtida sem observação das normas de direito processual, enquanto prova ilícita considera-se aquela na qual houve violação às normas ou princípios de direito material.

Pertinentemente à utilização das provas obtidas com infringência às normas legais, ensina Andreucci (2015, n.p) que o CPP descreve a sanção prevista em caso de provas ilegítimas, qual seja, não podem as mesmas ser admitidas no processo. Em sentido contrário, a doutrina diverge acerca da mitigação do valor *probando* das provas ilícitas e sua utilização no processo penal para favorecimento da defesa do acusado.

Trata-se, nesse caso, das teorias das provas ilícitas relacionadas a sua admissibilidade, que se desdobram em quatro correntes: para a primeira corrente, a prova processual ilícita é admissível desde que não haja violação ao direito processual, independente de transgressão ou não à norma material, todavia, não é aceita pela jurisprudência e doutrina nacional.

A segunda corrente diz respeito à inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, a qual encontra alguns adeptos e julgados na Suprema Corte brasileira, contudo sofre relativização ante a admissibilidade de provas ilícitas para comprovar a inocência do acusado.

A terceira corrente fundamenta-se no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que possibilita a utilização da prova ilícita em determinadas situações, cujo relevante interesse público poderia admiti-la a fim de proteger outros valores fundamentais. No que tange sua adoção, é adotada com ressalvas na seara do direito de família e raramente em matéria penal, porquanto a crítica relativa a tal corrente consistente na inexatidão do termo “proporcionalidade”, o que pode justificar eventual restrição aos direitos fundamentais.

Por último, a quarta corrente versa sobre a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*, ou seja, quando se mostra favorável ao acusado, podendo, pois, ser admitida no curso da lide penal. Todavia, a prova ilícita obtida para demonstrar a inocência do acusado não pode ser utilizada contra terceiros, razão pela qual referida prova vincula-se ao processo na qual está inserida, não podendo irradiar efeitos em processos alheios (LOPES JR, 2016, n. p).

Entretanto, não é suficiente inadmitir as provas ilícitas no processo penal, se a ilicitude não abranger às provas de que dela derivam. A ilicitude por derivação “(...) se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade” (LOPES JR., 2016, n.p).

Seguindo a linha de raciocínio:

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a ele se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão penal (LIMA, 2016, p. 613).

Posteriormente, a expressão prova ilícita por derivação foi substituída pela expressão teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual considera que todo vício existente na planta transmite-se aos seus frutos. Em um primeiro momento, referida teoria não foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que somente em momento ulterior pacificou-se o entendimento de que “(...) que provas obtidas por meio ilícito contaminam único e exclusivamente aquelas que são exclusivamente delas decorrente” (LIMA, 2016, p. 615).

Nessa esteira, após a reforma processual, o CPP dispôs em seu art. 157, §1º: “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”. Desse modo, infere-se da leitura do referido dispositivo que as provas derivadas das provas ilícitas somente serão admissíveis quando não houver nexos de causalidade com a prova ilícita ou quando não puder ser obtida por uma fonte independente.

Isso posto, a doutrina apresenta relativizações à teoria dos frutos da árvore envenenada, ou seja, são limitações às provas ilícitas por derivação. Figura-se, então, a teoria da fonte independente, em que “(...) se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita (...)”, os resultados obtidos reputar-se-ão admissíveis, posto que não foram contaminados por ilicitude originária (LIMA, 2016, p. 616). Ou seja, inexistente nexos causal ou liame jurídico entre as provas produzidas e a prova ilícita, motivo pelo qual não se considera a segunda prova derivada da primeira.

De outro norte, há a teoria da descoberta inevitável, a qual se fundamenta no postulado de que, se a prova derivada ilícita fosse produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, referida prova deverá ser considerada válida. Para Cortez, a prova “(...) derivada apenas antecipou uma descoberta que seria inevitável. Assim sendo, se o que se comprovou já viria à tona de qualquer forma, não há razão lógica para afastar a segunda prova por derivação da primeira” (CORTEZ, 2015, p. 90).

Nesse sentido, encontra-se o teor do §2º do art. 157 do CPP: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova” (VADE MECUM, 2017, p. 420).

Por fim, Lopes Jr. (2016, n.p.) faz acentuada crítica ao art. 157 do CPP, porquanto o mesmo produz um enfraquecimento excessivo à teoria dos frutos da árvore envenenada. Para o autor, o dispositivo em comento suprime a eficácia da garantia processual e constitucional e conduz à excessiva margem de subjetividade quanto ao reconhecimento ou não da existência de conexão de ilicitude entre as provas pelo órgão julgador. Além do mais, há o risco de se permitir o reducionismo do processo quando se compreende que os atos processuais são isolados. Assim, é imperioso ater-se para que o órgão julgador não recaia ao decisionismo e tratamento desigual, a fim de considerar, discricionariamente, quando uma prova é ilícita e quem ela alcançará.

Portanto, denota-se que a produção dos elementos probatórios, embora fundamentais para a formação do convencimento do órgão julgador, encontram limites nas leis processuais e materiais, sob pena de serem inadmissíveis ao processo penal. Todavia, em caso de inobservância ao regramento, as provas produzidas podem ser suscetíveis de relativizações, desde que sua produção seja independente ou sua descoberta seja inevitável em relação à prova ilícita.

Por fim, abordar-se-ão os princípios relativos à atividade probatória, pois os mesmos produzem incidência na própria produção probatória e no caso concreto submetido ao órgão julgador.

2 DOS PRINCÍPIOS ATINENTES À PRODUÇÃO PROBATÓRIA

A produção probatória vem regida de princípios constitucionais e infraconstitucionais, os quais precisam ser estudados, mesmo que de forma breve, a fim de compreender os pilares sustentadores e limitadores das atividades estatais. Por tal fato, passa-se a estudá-los a seguir.

De acordo com Silva (2014, p. 93), a palavra “princípio” apresenta diferentes acepções, contudo, sob a ótica dos princípios fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), deve ser compreendida como “mandamento nuclear de um sistema” (MELO apud SILVA, 2014, p. 93).

Sobre o assunto, ainda, Barroso leciona:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete (2004, p. 327).

Sendo assim, os princípios são um núcleo norteador de um sistema, pelo qual orienta a aplicação das regras e das normas. O princípio é muito mais do que o próprio artigo, mantendo o sistema de maneira harmônica, ou seja, violar um princípio é uma transgressão muito mais grave do que violar normas jurídicas, dispositivos específicos.

O estudo dos princípios norteadores do direito à prova no processo penal faz-se relevante, porquanto “pressupõe que todas as normas de um ordenamento jurídico encontram-se intimamente relacionadas, não sendo possível dividi-las em grupos herméticos e sem comunicação entre si” (CRUZ, 2001, p. 23).

Desse modo, a produção probatória é regida pelos princípios constitucionais e infraconstitucionais, os quais necessitam ser estudados, ainda que brevemente, a fim de compreender os pilares sustentadores e limitadores da atividade estatal. Para tanto, passar-se-á ao estudo dos princípios relativos às provas.

2.1 Princípio da proporcionalidade

Este é um princípio que está implicitamente contido na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, extremamente interessante, e pode ser um dos mais controvertidos no âmbito do Direito Processual Penal. O mesmo irradia as interpretações atinentes à prova ilícita e seu eventual aproveitamento, em circunstâncias graves, pois, como já apresentado, referida prova afronta normas de direito material ou constitucional, cuja sanção é a inadmissibilidade no processo penal, isto é, não pode ser juntada aos autos. Caso isto ocorra, o órgão julgador deve determinar o seu desentranhamento.

Mas antes disso deve-se falar da prova ilícita e do seu aproveitamento em casos extremamente graves. Neste ponto é bom que se diferencie prova ilícita de prova processualmente ilegítima. Esta é a prova que afronta normas do direito processual, sendo a sanção já prevista em lei que é a sua nulidade. Isso quer dizer que este tipo de prova continuará dentro do processo, mas o juiz não poderá valorá-la, sob pena da decisão ou sentença ser declarada nula em eventual recurso. Já a prova ilícita é aquela que afronta normas do direito material ou constitucional, tendo como sanção a sua inadmissibilidade, ou seja, ela não pode ser juntada aos autos. Se isso ocorrer o juiz deverá determinar o seu desentranhamento do processo.

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal determinam a inadmissibilidade da prova ilícita, porém, a doutrina apresenta situações em que configuram exceções à (in) admissibilidade de tal prova, conforme se abordou no capítulo anterior. É neste íterim, que o princípio da proporcionalidade encontra guarida, pois sob pena de praticar-se injustiça, o confronto existente entre o direito ao devido processo legal, o direito ao não aproveitamento da prova ilícita e o direito à liberdade, prevalece este último, motivo pelo qual o uso da prova ilícita é aplicado em favor dos acusados a fim de demonstrar sua inocência.

De acordo com Avolio:

a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do *favor rei* é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência (2003, p. 67).

Este princípio bem fala que a pena deve ser proporcional à conduta praticada pelo agente. Constitucionalmente falando o princípio da proporcionalidade limita o poder do legislador, ou seja, faz com que as normas constitucionalmente aceitas sejam somente aquelas que proporcional o custo menor para a sociedade em benefício maior.

Em contrapartida, o princípio da proporcionalidade e a prova ilícita aplicada *pro societate*, isto é, em favor da sociedade, é controvertido. Conforme assinala Lima, a utilização da prova ilícita em favor da sociedade “somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar os direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos” (2016, p. 631).

Em suma, referido princípio deve ser observado por todos que exercem o poder, como o órgão julgador, quanto por aqueles que necessitam de tal para ver demonstrada sua inocência em relação à imputação sobre a qual se sujeita. Além disso, o mesmo se pauta pela relação entre os fins a que se destina e os meios a que se propõe.

Dentro deste princípio, as normas constitucionais estão articuladas em um sistema e essas normas devem conviver harmonicamente, isso porque dentro do nosso sistema jurídico não existem direitos absolutos ou intocáveis. Destarte, um direito por mais importante que ele seja, poderá ceder em face de outro. Por conseguinte, pode-se entender que se pode em algumas situações utilizar-se da prova ilícita, em contrapartida com o entendimento que esta utilização possa levar à absolvição de um inocente, sob pena de se fazer injustiça, sendo que, como se percebe, não ser a finalidade do sistema processual.

Nessa linha, num confronto entre o direito ao devido processo legal, o direito ao não aproveitamento da prova ilícita e o direito à liberdade, prevalece o mais importante, qual seja, o último, respectivamente.

2.2 Princípio da comunhão da prova

A comunhão denota o fato de que uma vez peticionadas as provas aos autos, estas não mais pertencem à parte que a trouxe, mas sim ao processo, podendo ser utilizadas por qualquer uma das partes. Nesse sentido é o que dispõe a doutrina:

Apesar desta normatização, cremos que, em função do princípio da comunhão da prova, a concordância da outra parte com a desistência de prova oral levada a efeito pela parte contrária deve sim ser uma condição para que possa o magistrado homologá-la. Considere-se, por exemplo, que a defesa não tenha arrolado determinada testemunha pelo fato de esta já se encontrar no rol das testemunhas de acusação. Neste sentido, desistência incondicional da testemunha pelo promotor implicaria prejuízo ao acusado (AVENA, 2016, p. 455)

Assim sendo, compreende-se que o princípio da comunhão da prova está previsto no artigo 371 do CPC, que, por sua vez, preleciona que a prova uma vez produzida pertencerá ao processo e não à parte. Assim dispõe o artigo em comento: “o juiz apreciará as provas constantes dos autos, independentemente do sujeito que as tiver promovido, e indicará na decisão a razões da formação de seu convencimento” (VADEMECUM, 2017, p.282).

Neste sentido o juiz poderá valorar a prova contrariamente aos interesses da parte que a produziu, já que as mesmas deverão ser compreendidas como instrumentos capazes de satisfazer, ou ao menos auxiliar, o poder judiciário na busca insistente pela verdade material, ou seja, não deverão as provas ser interpretadas com o fito de condenar ou absolver um sujeito, mas de servirem de subsídios à concretização da legislação penal e esclarecimentos dos fatos reais.

2.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes

As partes têm o dever de provar os fatos que alegam no processo, ou seja, são responsáveis pelas consequências da produção de suas provas ou pela falta e negligência delas. “Por meio deste princípio, infere-se que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligencia relativamente à prova de suas alegações” (AVENA, 2016, p. 456).

O artigo 299 do Código Penal diz que:

“Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Seguindo este raciocínio entende-se que as partes devem assumir as consequências de sua inércia e erros, sob pena de responder por esse crime. As consequências desta negligência geram resultados, pois no processo penal o que está em jogo é a liberdade do acusado. Nesse sentido, é necessário que a defesa seja realmente exercida, é o que dispõe a carta magna em seu artigo 5º, inciso LV. Logo se a defesa for extremamente omissa ou negligente, estará ferindo a garantia constitucional do acusado, ocorrendo assim nulidade absoluta dos atos praticados.

Segundo Norberto Avena (AVENA, 2016, p. 456), se na Ação Penal Pública, o Ministério Público não providenciar a prova de autoria e materialidade de suas alegações, o acusado deverá ser absolvido, visto que na ausência de fundamentação acerca dos indícios de autoria ou participação, ou até mesmo em relação à materialidade, não subsistirá pretensão punitiva do Estado, conforme dispõe o artigo 564, III, “d” do CPP. Nesse sentido, se não existir defesa, no caso de nulidade absoluta, não há necessidade de se provar o prejuízo, pois este é presumido. Será necessário provar o prejuízo apenas se a defesa for deficiente, conforme súmula 523 do STF. As consequências dessa nulidade são as faltas de atos essenciais como: a citação do acusado, a prolação da sentença, etc.

2.4 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade não tem em seu bojo o intuito de excluir a forma escrita, mas sim a intenção de que o que se falou pelas partes perante o juiz se predomine no processo, tornando-o mais célere, bem como possibilitando que o julgador tenha contato imediato com os elementos de provas no momento de sua produção.

Os princípios da oralidade e da imediatidade não têm valor em si mesmos, mas servem para buscar a verdade da melhor maneira possível. Esses princípios têm valor instrumental, pois asseguram a exatidão do resultado. Entende-se que seja impossível para o juiz buscar a “verdade absoluta”, em razão dos limites da capacidade humana; o que importa é que o acerto ocorra com base em provas, respeitando-se as garantias fundamentais (TONINI, 2002, p.89)

É importante salientar que o princípio da oralidade não é adotado em nosso ordenamento jurídico de forma plena, pois alguns atos precisam ser documentados. Disso decorre o princípio da imediatidade, pois para que as provas sejam produzidas oralmente é necessário que o juiz aja imediatamente na colheita da prova.

Seguindo esse raciocínio, o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 336, que as provas deverão ser produzidas em audiência, salvo disposição especial em contrário. Tal princípio enseja que os atos sejam praticados de forma oral, tais como o interrogatório, não querendo dizer que o processo seja oral, e tampouco que os atos escritos incidam que o processo seja escrito, mas sim que alguns atos sejam realizados oralmente no processo, para que assim se atinja e concretize de certa forma, a celeridade e economia processual.

Para Norberto Avena (2016), no processo penal a oralidade, mais do que um princípio, traduz-se como uma forma de conduzir o processo, possibilitando ao magistrado participar

dos atos de obtenção da prova. Ressaltam-se, também, dois subprincípios dentro da oralidade, quais sejam: concentração e imediação.

Na concentração os atos probatórios devem ser praticados em uma só audiência. A lei 9.099/1995, que dispõe sobre os juizados especiais, veio para trazer com sua forma oral mais celeridade aos processos e aplicação da justiça, estabelecendo que deverá haver concentração dos atos em audiência (Artigos 77 a 82, Lei nº. 9.099/95).

Com o advento da Lei 11.719/2008 este subprincípio se fortaleceu ao estabelecer que as alegações finais no rito ordinário sejam feitas oralmente em audiência única de instrução, porém poderão ser, quando houver complexidade dos casos ou solução de diligências, convertidas em memoriais.

Assim sendo, a imediação, por sua vez, faz com que o magistrado tenha maior exatidão no ato da sentença, pois possibilita que o mesmo tenha contato físico com as provas no ato de sua obtenção, favorecendo assim, sua memorização pelo magistrado, e, com isso, a valoração das provas poderá ter mais exatidão no momento da sentença (AVENA, 2016, p. 455 e 456).

2.5 Princípio da liberdade probatória

Tal princípio veio para normatizar que a vedação para a utilização de determinada prova por qualquer das partes deverá estar legalmente embasada, ou seja, deve haver uma lei que a proíba, pois, o que não é vedado deverá ser considerado como permitido.

Por analogia, dispõe o artigo 374 do CPC: “Não dependem de provas os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos no processo como incontroverso; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (VADEMECUM, 2017, p. 282).

Noutro grifo, no Código de Processo Penal a liberdade probatória decorre do princípio da verdade real (material), onde as provas devem ser pertinentes, lícitas (salvo suas exceções), não podendo ser cruéis ou desumanas. Essa liberdade, pode se valer tanto de cultos, credos, expressão do pensamento, tudo que tiver legalidade, como traz o artigo abaixo, citado de forma subsidiária no processo penal:

Art. 369 do CPC – As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para

provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (VADE MECUM, 2017, p. 282).

Entretanto a lei processual penal impõe observações de determinadas formalidades para produção de prova. Neste caso o magistrado não pode dispensar a prova obtida, principalmente se a dispensa trouxer prejuízo ao acusado, sob pena de violação ao princípio da legalidade e ao devido processo legal.

Assim, o princípio da liberdade probatória traz também algumas exceções, quais sejam, em relação ao estado da pessoa, as provas devem observar as restrições estabelecidas na lei civil (artigo 155, CPP); Algumas pessoas (padres, por exemplo), são proibidas de depor sobre informação obtida por meio de confissão, mesmo que contribuam como fontes de prova, exceto, nos casos em que o confessor autorize a exposição de sua confissão (artigo 207, CPP); Exibição de leitura de documentos em plenário do júri que não tenham sido juntados com 03 (três) dias de antecedência (artigo 479, CPP); Necessidade do exame de corpo de delito nos crimes materiais cujos vestígios não tenham desaparecido (artigo 158, CPP); Questões prejudiciais heterogêneas (artigo 92, CPP), ou seja, estas se configuram quando há ramos diferentes do direito, como exemplo, a anulação do casamento nos casos de bigamia.

2.6 Princípio *favor rei*

O princípio *Favor Rei*, também conhecido como o Princípio do *in dubio pro reo*, pode ser considerado um dos mais importantes princípios dentro do Processo Penal, pois está intimamente ligado ao direito de liberdade do acusado, além de outras aplicações processuais. Estabelece circunstâncias que o acusado terá em seu benefício, não disponíveis à acusação. Assim, alguns atos processuais e recursos exclusivos da defesa existem exatamente em razão deste princípio.

Em relação ao processo, quando for proferida a sentença, as regras de interpretação deverão ser legalmente obedecidas de forma que se houverem dúvidas, deve-se escolher aquela que seja mais favorável ao acusado. Este princípio apesar de ser de extrema importância no julgamento do acusado, não vem tipificado na Constituição Federal, mas o artigo 386 do Código de Processo Penal traz a sua devida consagração.

Posto isso, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda sob a égide da proteção do réu enquanto parte em situação desfavorável, prevê uma série de direitos que só assistem à defesa.

Além da garantia de permanecer em silêncio a fim de não produzir provas contra si mesmo, em atenção ao que dita o Pacto de São José da Costa Rica (1978), considerado de natureza supralegal, o acusado dispõe ainda de direitos que conferem a si tratamento diferenciado, devendo até mesmo o rigor técnico de a ciência processual ceder perante aos princípios do *favor rei* e do *favor libertatis*.

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e pela jurisprudência (AVOLIO, 2003. p. 66/67).

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Insta frisar que a proposta feita anteriormente de que se balanceie a proporcionalidade com o interesse público não objetivou a restrição dos direitos fundamentais, mas sim demonstrar que, em casos semelhantes ao exemplo supra-destacado, interesses sociais como a segurança, o bem comum e a repressão de crimes poderiam ser levados em consideração nos casos em que, embora obtidas por meios ilícitos, as provas, de forma indiscutível, comprovassem materialidade e autoria (AURY, 2009, p. 580).

O *favor rei* está intimamente ligado à liberdade do acusado, ou seja, do lado da parte mais fraca do processo. Como já dito anteriormente, a busca pela verdade dos fatos deve-se ater à atividade probatória, deixado claro após toda a instrução probatória, se ainda restar alguma dúvida quanto ao delito, deve-se julgar a favor do réu.

2.7 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está previsto na Constituição Federal, e dispõe que o acusado permanece inocente até que seja declarado culpado por sentença transitada em julgado. Sendo assim, o acusado não pode mudar seu estado de inocência durante o processo, e isso só se modifica com a declaração de culpado por sentença: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, artigo 5º, LVII, Constituição Federal (CF/88).

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos humanos, 1969), no artigo 8º, traz expresso o princípio da presunção de inocência, porque traz expressamente que se presume inocente e não como dispõe o artigo 5º, LVII da Constituição

Federal, o qual preconiza que ninguém será considerado culpado antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

A lei maior disciplina que o dever de punir do Estado deverá respeitar a liberdade pessoal do indivíduo que cometeu o ato ilícito, observando-se o princípio da presunção de inocência, o qual dispõe que o acusado não poderá ser privado de seus direitos, senão em conformidade com os limites impostos pela lei. Fato este que a Constituição Federal reconhece à pessoa acusada o direito de se defender e passar por um período processual no qual poderá provar sua inocência. Seus direitos só poderão ser cerceados com uma sentença condenatória transitada em julgado.

A complexidade de conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, a essência da presunção de inocência pode ser sintetizada nas seguintes expressões: dever de tratamento e regra de julgamento (AURY, 2016, p. 354).

Assim sendo, o acusado durante as investigações e o processo, não poderá ser punido, e nem mesmo tratado como culpado, aplicando apenas as medidas necessárias, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado.

No julgamento do HC 126.292 de 17 de fevereiro de 2016, o plenário do STF entendeu que há possibilidade do início da execução da pena condenatória após a confirmação de sentença de segundo grau e que isso não ofende o princípio da presunção de inocência.

Posto isso, entende-se que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII, adota o princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade? Numa primeira corrente, sustenta-se que a mesma não adotou o princípio da presunção de inocência, ou seja, se tivesse adotado haveria redação idêntica à da convenção americana de direitos humanos, evidenciando a inocência do sujeito. Para esta primeira corrente a Constituição Federal adotou o princípio da presunção de não culpa, sendo esta mais coerente com o sistema de prisão provisória e medidas cautelares no nosso ordenamento.

De outra sorte, uma segunda corrente afirma que a Constituição Federal adotou o princípio da presunção de inocência, seguindo a linha da convenção americana de direitos humanos, apenas com uma redação diferente, não deixando assim, de significar que a Constituição quer presumir a todos sua inocência. Os nossos tribunais têm adotado as duas nomenclaturas.

Tais nomenclaturas nada mais são do que, no caso de o indivíduo ser acusado de um crime, o Estado tem duas possibilidades: a primeira é presumir que o sujeito é culpado e já

prendê-lo e depois abrir um processo penal para que ele possa se defender das acusações a ele imputadas. A segunda é o Estado presumir que aquela pessoa é inocente, mas abrir um processo criminal para que quem acusa, possa provar que de fato aquele indivíduo praticou realmente aquele crime e, só depois do trânsito em julgado dessa sentença é que se poderá dizer se o indivíduo é culpado.

Fazendo uma relação entre este princípio e a prova no processo penal, entende-se que cabe à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar sua inocência, devendo a condenação derivar da certeza do julgador, aplicando neste momento o princípio do *in dubio pro réu*.

2.8 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Estes princípios muitas vezes são entendidos como se fossem sinônimos, entretanto, referida compreensão não merece consolidar, vez que a ampla defesa simboliza a possibilidade de serem utilizadas todas as provas que não forem vedadas pelo ordenamento jurídico. Em contrapartida, o direito ao contraditório diz respeito à possibilidade do exercício do direito de defesa processual, ou seja, deve haver momento processual para que a defesa seja realizada, sendo que sua não obediência ocasionará nulidade processual.

Nesse sentido, a ampla defesa nada mais é que do que o direito, no momento processual oportunizado ao acusado (contraditório), da parte em se defender de todas as maneiras possíveis e não vedadas pelo ordenamento jurídico.

O contraditório significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra. Assim, se uma parte arrolou testemunhas, tem a outra o direito de contradita-las, de inquiri-las e também de arrolar as suas (AVENA, 2016, p. 455).

Isso descreve bem que dentro do ordenamento jurídico não se pode proferir decisão sem que a outra parte seja previamente ouvida, ou seja, em todos os atos praticados dentro do processo, bem como a juntada de novos documentos, tem-se que dar a parte contrária o direito de resposta.

Desta feita, evidencia-se que o princípio da ampla defesa está disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, sendo tal princípio de extrema importância, pois ele dispõe que os sujeitos podem utilizar todas as provas para se defenderem, inclusive, se for seu último recurso, se valendo pelo princípio da proporcionalidade, utilizar-se de provas ilícitas

(*pro réu*). Ressalte-se que isso é a favor do réu, ou seja, não se pode valer de provas obtidas ilicitamente para acusar ou condenar o sujeito.

Todos os princípios descritos acima têm o condão de regular a prova, bem como resguardar o direito da parte de produzir provas daquilo que se alega.

Dessa forma, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”, artigo 332 do CPC (VADEMECUM, 2017, p. 278).

No processo penal onde, o resultado da ação pode vir a redundar na privação da liberdade do agente, com mais vigor se expressa a importância do princípio da ampla defesa, com o fito de se evitar o reconhecimento da responsabilidade penal em face de não se ter permitido o combate aos elementos de prova que lhe são contrários (MARTINS, ano 49, p.13).

O atual Código de Processo Penal é datado de 1941 e com isto os juristas têm de adequá-lo à Constituição Federal de 1988, bem como às necessidades sociais contemporâneas para que se consiga a obtenção da verdade material/real. Assim, com a entrada em vigor da Carta Magna em 1988 surge em seu texto o artigo 5º, o qual, por sua vez, traz várias garantias constitucionais consideradas mínimas à vida individual e social, sendo que entre elas encontra-se a vedação à utilização de provas ilícitas no processo.

Seguindo esta ótica de raciocínio, o próximo capítulo do presente trabalho busca discutir e problematizar a psicografia como sendo ou não uma prova admitida no ordenamento jurídico brasileiro. A partir do que se esboçou até o presente momento, afere-se a compreensão de que somente não se admitirá o uso da mesma se esta for considerada ilícita (de forma geral), caso contrário, adota-se o entendimento de que se a prova não é vedada expressamente, deverá ser admitida. Questões estas que se passa a discutir no próximo capítulo.

3 A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA

3.1 Da distinção entre meios de provas e meios de obtenção de prova

Nesse momento é bom que se demonstre as diferenças entre meios de prova e meios utilizados para obtenção das provas, pois, nesse diapasão, será importante diferenciá-los já que o presente trabalho busca demonstrar a utilização da psicografia como meio de prova documental.

Posto isso, afirma-se que os meios de prova são os elementos que permitem afirmar a realidade dos fatos relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da sanção aplicável. É com base nestes elementos que as autoridades competentes, em especial os Tribunais, baseiam algumas das suas decisões, incluindo a de condenação ou absolvição do arguido. A prova deverá ser apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

Meios de provas são coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade através de depoimentos, perícias, reconhecimentos, etc. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade (SANTOS, 2016, n.p).

O código de processo penal (1941) traz em seu bojo os meios de provas nominadas, que estão elencados do artigo 158 ao artigo 259 (exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, a declaração do ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de pessoas ou coisas, a acareação, os documentos e a busca e apreensão). Como o que se busca é a verdade dos fatos, este rol de provas não é taxativo e sim exemplificativo.

No entanto, outras provas podem ser produzidas, as chamadas provas inominadas (são as provas que não se encontram no rol exemplificativo do Código de Processo Penal, mas que são consideradas moralmente legítimas, ou seja, aquelas não atentem ao estado democrático de direito), como por exemplo, um reconhecimento fotográfico, reconhecimento de vozes, etc.. “(...) os meios de prova, que por sua natureza, não se prestam à sua finalidade almejada, como aqueles que derivam de crenças aceitas pela ciência (psicografia, ordálios, etc.), bem ainda aqueles que afrontam a moral (...)” (LENZA; GONÇALVES, 2016, n.p.).

Como dito anteriormente o sistema de liberdade probatória vem limitado pelo princípio da vedação da prova ilícita, salvo as exceções já explanadas no presente trabalho. Como bem preceitua Mirabete “os meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade através de depoimentos, perícias, reconhecimentos, etc” (2006, p. 252), sendo que estes meios de prova não podem ferir o direito material. Noutra giro, os meios de obtenção de prova vêm claramente expressos pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI, onde sustenta que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito” (VADEMECUM, 2017, p. 8).

Assim é importante evidenciar que o presente trabalho tem seu alicerce e base num meio de prova documental, merecendo assim atenção especial em sua análise em juízo. Posto isso, demonstra-se que documento é qualquer objeto que contenha determinada declaração sobre fato(s), onde se deve considerar a questão de suporte e conteúdo. Nesse sentido, suporte é o material (pedra, papel, CD, etc) onde será feita esta declaração, já o conteúdo é a própria declaração, ou seja, o que está inscrito/escrito no documento.

Assim sendo, o artigo 255 do CPP dispõe: “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, tem como objetivo provar um fato alegado. Tal artigo expõe que um meio de prova poderá ser utilizado no processo desde que não seja obtido de forma ilícita, e se o for, em último caso, apenas para beneficiar o réu.

Um exemplo prático desse artigo reporta-se no caso de tentativa de homicídio, onde se consegue escrever uma carta e a deixa trancada em uma gaveta. O réu em posse dessa informação, arromba a casa da vítima subtraindo aquela, que neste caso foi obtida de forma ilícita, mas mostra claramente a caligrafia da vítima contando fatos com detalhes do ocorrido.

Para Malatesta “(...) o documento é afirmação pessoal consciente, escrita e irreproduzível oralmente, destinada a fazer fé sobre a verdade dos fatos afirmados” (2005, p. 543). Assim sendo, documento deverá ser compreendido como um instrumento capaz de evidenciar a verdade real de fatos observados/investigados, não podendo o mesmo ser reproduzido de outra forma, senão pelo meio documental escrito.

Neste diapasão, sustenta-se que a prova nada mais é do que um instrumento pelo qual se objetiva a demonstração no processo dos fatos ocorridos para tentar convencer o juiz (imparcial que o é) acerca dos fatos que realmente aconteceram, para que então o mesmo possa prolatar uma sentença condigna ao que se busca no poder judiciário.

Nesse ínterim dispõe Carnelutti:

Quem descreve por escrito um fato, enquanto o percebe, forma um documento, porque quer representar no futuro o fato presente mediante o escrito formado; quem descreve por escrito, que notou anteriormente, forma um testemunho porque quer representar atualmente um fato passado mediante o ato de escrever (CARNELUTTI, 2001, p.182).

Assim, segundo o entendimento acima, o intuito da prova é o de se evidenciar o fato ocorrido e não o direito ali existente, ou seja, o que se escreve é um testemunho dos fatos ocorridos. Destarte, as provas, como já dito, podem ser classificadas em lícitas ou ilícitas, sendo que, as provas lícitas são aquelas que têm possibilidade de serem utilizadas no processo, de modo geral. Já as provas ilícitas, como o próprio nome já diz, são obtidas por meios que ferem ao direito material, e, por conseguinte, não deverão ser utilizadas, já que o ordenamento jurídico brasileiro as veda, salvo casos excepcionais, já abordados nesta pesquisa.

Ressalta-se que, o que se denota desses breves apontamentos é que o meio utilizado pelas partes para obter as provas de que necessitam é que tem a ilicitude. Logo, as provas carreadas aos autos por esses atos se tornam inadmissíveis, pois ferem o direito material. Assim, para a utilização de uma prova, deve-se observar tanto o meio de prova (testemunhal, pericial, documental, etc), com também os meios utilizados para obter essas provas, resguardando o direito material.

3.2 Da psicografia como meio de prova

Para melhor elucidação do tema é bom trazer informações do que vem a ser o espiritismo, que, por sua vez, teve origem na França, no ano de 1857, após vários estudos e investigações feitas por Alan Kardec. “A Gênese” foi um livro escrito por Alan Kardec, dizendo que:

O espiritismo fornece o esclarecimento de uma imensidade de fenômenos incompreendidos e considerados, por si mesmos, inadmissíveis por uma certa classe de pensadores. Abundam nas escrituras esses fatos e, por desconhecerem a lei que os rege, é que os comentadores dos dois campos opostos, girando sempre dentro do mesmo círculo de ideias, fazendo, uns, abstração dos dados positivos da ciência, outros, do princípio espiritual, não conseguiram chegar a uma solução racional (RIBEIRO, 2013, n.p.).

Deste modo, o espiritismo possui tríplice aspecto, sendo eles, o aspecto religioso, aspecto filosófico e aspecto científico. Assim, quanto ao aspecto filosófico e religioso não se tratará neste trabalho, nem tão pouco se aprofundará neles, tendo em vista a liberdade de

crença adotada pela Constituição de nosso país. Posto isso, o aspecto científico busca demonstrar as relações que se estabelecem entre os seres carnis e os espíritos.

Nesse sentido, a psicografia vem do grego *‘psyché’*, que, por sua vez, significa escrita da mente e da alma, sendo considerado o fenômeno da escrita manual, e destacada dentre os meios de comunicação dos seres humanos carnis com os espíritos desencarnados como sendo a forma mais simples e mais completa desta comunicação (KARDEC, 2002, p. 139).

A doutrina espírita em seu aspecto científico explica as manifestações dos espíritos, suas faculdades e seu conhecimento do mundo dos espíritos.

Essas manifestações, sendo averiguadas, conduzem à prova irrecusável da existência da alma, de sua sobrevivência ao corpo, de sua individualidade depois da morte, isto é, de sua vida futura; por isso ele é a negação das doutrinas materialistas, não tanto por meio de raciocínios, mas principalmente por fatos (KARDEC, 2002, p.162).

Alan Kardec traz em suas obras o fenômeno da mediunidade, estudado por ele mesmo como natural. Tal fenômeno é caracterizado como a faculdade que certas pessoas têm de sentir a presença de espíritos desencarnados, funcionando como um intermediário para que esse espírito desencarnado se comunique com as pessoas que ainda estão *‘vivas’*.

Toda pessoa que sente, em um grau qualquer, a influência dos espíritos, por isso mesmo, por isso é médium. Esta faculdade é inerente ao homem e, por consequência, não é privilégio exclusivo; também são poucos nos quais não se encontrem alguns rudimentos dela. Pode-se, pois, dizer que todo o mundo é, mais ou menos, médium. Todavia, usualmente, esta qualificação não se aplica senão àqueles nos quais a faculdade medianímica está nitidamente caracterizada, e se traduz por efeitos patentes de uma certa intensidade, o que depende, pois, de um organismo mais ou menos sensível (KARDEC, 2002, p. 128).

O médium, então, é a pessoa que possui a sensibilidade humana e, que por meio disso consegue se comunicar com uma pessoa que já morreu, e essa comunicação depende dos espíritos e não do homem carnal, a qual traz informações que o espírito quer transmitir aos encarnados, e isso se dá pela forma psicografada.

A carta psicografada não é um pedido para a pessoa que desencarnou. Ela é feita por meio da comunicação que o desencarnado faz com o mundo dos vivos através dos médiuns. Vale ressaltar que a letra constantes nas cartas psicografadas são das pessoas desencarnadas e não dos médiuns. Daí a utilização da perícia técnica para avaliar se a escrita é mesmo da pessoa falecida. Este é o momento em que a parte adversa pode contraditar o documento psicografado, alegando que a caligrafia pode não ser da pessoa que morreu, mas jamais falar que não se trata de um documento, ou mesmo uma prova ilícita.

Na contemporaneidade os estudos da mediunidade e a comunicação com espíritos têm grande abrangência dentro das academias e em várias áreas de conhecimento científico, facilitando a utilização da psicografia dentro do processo penal.

Como dito anteriormente, o que se busca com as provas é a verdade dos fatos, a verdade material do ocorrido, sendo a psicografia enquadrada dentre os vários meios de provas, ela poderá ser considerada como prova documental, pois é escrita e não oral, podendo observar-se também que não se trata de prova testemunhal, como bem conceitua o artigo 232 do Código de Processo Penal, “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papeis, públicos os particulares”. Nesse sentido acerca de prova documental é o que dispõe a doutrina:

Deve-se então, entender como documento qualquer manifestação materializada, por meio da grafia, de símbolos, de desenhos e, enfim, que seja uma forma ou expressão de linguagem ou de comunicação, em que seja possível a compreensão de seu conteúdo (OLIVEIRA, 2009, p. 416).

Nesse diapasão, o trabalho se atém ao meio de prova documental e a psicografia vem sendo admitida como tal, não devendo sua análise recair na consideração da mesma como prova testemunhal ou de qualquer outro meio diferente do documental.

Dispõe o artigo 231 do Código de Processo Penal que se não houver uma lei que vede, os documentos podem ser anexados ao processo em qualquer fase (VADEMECUM, 2017, p. 424). “A prova documental desfruta de grande prestígio, na medida em que está presente em uma considerável quantidade de casos penais” (TÁVORA; ARAÚJO, 2016, p.391).

Nesse sentido, a carta psicografada retrata o que descreve o artigo 232 do Código de Processo Penal, pois se trata de documento escrito, assim como um documento particular que é elaborado por qualquer pessoa do povo. Assim como o documento particular é aceito no processo como prova documental, pois é um documento escrito, também o é a carta psicografada que é instrumentalizada pelo médium, mas a letra e o conteúdo informado originam-se do desencarnado, podendo também neste documento ser utilizada a prova pericial, assim como no caso de carta de pessoa encarnada juntada aos autos.

É importante, nesse contexto, citar, também, dentre os meios de provas existentes, a prova pericial, pois por meio dela pode-se utilizar da grafoscopia para se averiguar a autenticidade da carta psicografada, conforme dispõe o artigo 235 do Código de Processo Penal.

Seguindo esse raciocínio:

A grafoscopia, também conhecida como grafotecnia, grafocinética ou grafística, é o conjunto dos recursos técnicos para o estudo da escrita. É a parte da documentoscopia que trata dos exames do grafismo com o objetivo da verificação em comprovação da autenticidade gráfica e da autoria gráfica dos escritos.

Como reputado, tem como objetivo a realização de exames para comprovar se a assinatura é autêntica e ou para determinar quem é o autor dos escritos. Para os exames, em ambos os casos, é necessários que sejam realizados os levantamentos de dados, efetuados a partir do aspecto geral da escrita, e que seja aplicado o método grafocinético, que tomou lugar em substituição ao tradicional e superado método da comparação morfológica (PERANDREA, 2012, n.p).

Como já dito acima, é por meio desse recurso que se irá examinar a caligrafia da carta documental, determinando assim, quem é o autor dos escritos, e, com isso comprovar a veracidade das informações contidas no documento juntado aos autos.

Seguindo está ótica de pensamento, o Código de Processo Penal traz em seu artigo 174 os requisitos necessários para se realizar a perícia grafotécnica:

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever (VADEMECUM, 2017, p. 424).

Nesse sentido, como bem se observa por meio do artigo supramencionado, nas escritas psicografadas podem realizadas perícias grafotécnicas a fim de se apurar a veracidade da letra e assinatura do documento, posto que não existe limitação para realização do exame pericial, tampouco vedação para sua realização.

A polêmica da aceitação das cartas psicografadas como prova no Direito Processual Penal não deve existir, pois não há qualquer limitação legal para sua aceitação, cabendo ao magistrado recepcionar ou não estes tipos de prova. O interessante é que no Brasil mesmo as cartas psicografadas não estando ditadas pela lei como provas admissíveis ou inadmissíveis, existem muitas decisões que foram proferidas com base nestes textos psicografados no Tribunal do júri e também fora dele (SILVA, 2008).

Importante nesse momento ressaltar que a carta psicografada não se enquadra ao disposto no artigo 233 do Código de Processo Penal, tendo em vista que se trata de prova lícita, bem como obtida por meio lícito, não podendo assim negar o seu uso como prova no processo penal. Deve-se neste contexto aceita-la como prova documental capaz de demonstrar a verdade dos fatos, podendo se submeter ao crivo das regras que cercam as provas documentais contidas tanto no Código de Processo Civil quanto no Processo Penal, nesse contexto seguindo a aplicação analógica do artigo 3º do Código de Processo Penal.

3.3 Seara jurisprudencial: colação de alguns casos concretos

A psicografia na seara do ordenamento jurídico causou muitas polêmicas, tendo em vista a sua aceitação ou não em relação ao processo, especificamente, criminal, onde, por sua vez, alguns juristas acabam por confundir e não separar o caráter científico da psicografia à religiosidade, o que resta rechaçado nesta pesquisa.

Quanto à utilização de carta psicografada no Brasil, sua primeira utilização se deu em meados de 1940 com o caso de Humberto Campos. Vale ressaltar que esse não foi um caso de homicídio.

Humberto de Campos era um famoso escritor e após seu falecimento existiram algumas obras psicografadas por Chico Xavier, que por sua vez, transferiu os direitos autorais à Federação Espírita Brasileira. A esposa de Humberto e mais dois herdeiros não tiveram êxito quando acionaram o poder judiciário para apurar a autenticidade dessas obras psicografadas em relação a Humberto Campos. Se se assim fossem reconhecidas, que fossem aplicadas as sanções previstas em Lei, tanto à Federação Espírita Brasileira quanto à Francisco Cândido Xavier. Os benefícios judiciais foram revertidos à Federação Espírita. Chico Xavier continuou a psicografar as cartas de Humberto Campos, mas com codinome Irmão X (MELO, 2012).

Em 1976, outro caso denota a utilização da carta psicografada, como prova no processo penal. O caso foi um homicídio que ocorreu na cidade de Goiânia, onde dois amigos manuseavam uma arma de fogo em forma de brincadeira (roleta russa), estando confiantes de que a arma estava totalmente descarregada. O Ministério Público defendeu a tese de que o réu agiu culposamente, mas o juiz, baseado nas provas carreadas aos autos, o absolveu, pois entendeu que ele não agiu com dolo e nem com culpa. A acusação não recorreu da decisão,

mas a mãe da vítima interpôs recurso de apelação, e antes que fosse remetido para o Tribunal, desistiu do recurso, tendo em vista a visita recebida do médium Chico Xavier que lhe entregou uma carta psicografada, onde seu filho pedia perdão ao acusado (SILVA, 2008).

Um terceiro caso a explicitar foi no ano de 1980 ocorrido aqui em nosso estado, onde uma funcionária bancária foi atingida na garganta por um projétil de arma de fogo pelo marido. Na época o marido fora internado em clínica psiquiátrica tendo em vista o forte abalo que o ocorrido lhe causou. As mensagens do espírito da bancária foram psicografadas por Chico Xavier e anexadas em apenso ao processo. Nas mensagens a vítima explicava como ocorreram os fatos. Houve pronunciamento do acusado por homicídio qualificado e levado ao tribunal do júri que o absolveu por 7 (sete) votos a zero. O Ministério Público recorreu da decisão. Houve novo júri cinco anos depois, com a condenação do acusado, mas extinta a punibilidade pela prescrição. Neste caso a absolvição não levou em consideração as cartas psicografadas, no entanto a mesma fora utilizada como prova lícita e anexada aos autos.

Um caso onde a carta psicografada foi aceita sob alegação de não ser considerada prova ilícita ocorreu no Rio Grande do Sul em 2003:

O tabelião Ercy da Silva Cardoso foi morto dentro de casa com dois tiros na cabeça. Foram acusados como autores do fato Yara Marques Barcelos que tivera um relacionamento amoroso com a vítima e Leandro da Rocha Almeida que era caseiro da vítima.

Ao ser indiciado no inquérito policial, Leandro teve sua prisão decretada e confessou que o crime teria sido praticado por um homem vulgo “Pitoco” e que a mandante do crime era Yara que, movida por ciúmes da vítima contratou Leandro para dar um susto na vítima. Este, porém, teria agenciado “Pitoco” para efetuar o combinado, mas que resultou na morte do tabelião.

A acusada Yara negou qualquer participação no crime e afirmou que tivera relacionamento amoroso com a vítima quando estivera separada do marido e que reatou seu casamento, tornando-se apenas amiga da vítima.

Tanto Yara quanto Leandro foram pronunciados e levados julgamento pelo Tribunal do Juri.

O acusado Leandro foi levado a julgamento por Júri Popular afirmando que não havia cometido o crime e que Yara não tinha participação negando a existência de “Pitoco”, que fora inventado pelo fato de ter apanhado da polícia para confessar e envolver Yara. Leandro foi julgado e condenado a 15 anos e seis meses de prisão (MELO, 2012).

No caso acima um médium psicografou duas cartas da vítima, onde o mesmo inocentava a acusada Yara, sendo estas cartas anexadas ao processo como prova em sua defesa. No júri popular Yara foi inocentada por cinco votos a dois.

Tanto o Ministério Público quanto a Assistência da acusação interpuseram apelações alegando imparcialidade no julgamento e falsidade da carta psicografada anexada aos autos. O

Desembargado- Relator na época informou não haver ilicitude quanto à juntada da carta psicografada, tampouco ilegitimidade:

[...] tenho que a elaboração de uma carta supostamente ditada por um espírito e grafada por um médium não fere qualquer preceito legal. Pelo contrário, encontra plena guarida na própria Carta Magna, não se podendo incluí-la entre a provas obtidas por meios ilícitos de que trata o art. 5º, LVI, da mesma Carta Maior. É evidente que a verdade da origem e do conteúdo de uma carta psicografada será apreciada de acordo com a convicção religiosa ou mesmo científica de cada um. Mas jamais tal documento, com a vênua dos que pensam diferentemente, poderá ser tachado de ilegal ou ilegítimo (MELO 2012).

Como bem já dito anteriormente, o trecho acima vem confirmar que a carta psicografa pode ser anexada aos autos como prova documental sem ser considerada ilícita. Isso não nega à acusação o direito do contraditório, por meio, por exemplo, do pedido de perícia da mesma.

Outros casos ocorreram no decorrer dos anos sobre a utilização das cartas psicografadas como meio de prova documental. Uma decisão do tribunal do Rio Grande do Sul trata desse assunto:

JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. **CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Carta Psicografada** não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 11/11/2009).

A decisão foi clara ao não se opor ao meio de prova utilizado, visto que não fere nenhum pressuposto legal, muito pelo contrário, está em consonância com a Constituição Federal. Em sua decisão o relator evidencia que nada tem de ilícito a carta utilizada. Ademais se retirá-la dos autos não interferirá em nada em sua decisão.

Assim, é inegável a transmutação que sofremos na política, na cultura, dentre outros segmentos societários, sendo que nossas opiniões mudam a cada acontecimento. Logo, porque tratarmos alguns assuntos como absolutos? A carta psicografada está ganhando adeptos e mudando a maneira de pensar de muitos juristas, onde os mesmos estão se utilizando do direito material e compreendendo que não há proibição quanto a sua utilização, até mesmo no processo penal.

Nesse sentido, a atual Constituição traz uma democracia de Estado laico, ou seja, admitindo o exercício de qualquer crença religiosa sem adotar uma religião oficial, deixando, com isso, livre o exercício de toda crença.

Já o Direito Processual Penal traz o princípio da ampla defesa, bem como plenitude de defesa (este no júri), onde a parte pode se utilizar de qualquer meio de prova lícito para buscar a verdade dos fatos, ou seja, a carta psicografada é a prova do avanço da ciência, mostrando-se como um meio de prova documental admitida como lícita no nosso ordenamento jurídico. Ademais, a psicografia não é ilícita, pois não fere nenhum direito em sua coleta, já que a prova é um direito fundamental.

Um ponto a se tratar quanto ao referido tema é acerca dos posicionamentos contrários à utilização da psicografia como prova, sob alegação de que a mesma não pode ser aceita, pois se trata de prova ilícita. Tendo em vista o que fora explanado acima estes posicionamentos já caíram por terra. Sobre esse aspecto:

[...] não há que se cogitar de ilicitude dessa espécie de prova, pois prova ilícita é aquela colhida violando o direito material, que são as provas obtidas mediante práticas de crimes ou contravenções.
Podemos claramente perceber quanto o argumento é equivocado, haja vista que a psicografia não afronta o ordenamento jurídico, ela simplesmente é uma prova não prevista em lei, ou seja, inominada (Melo, 2012).

Como bem dito acima, a utilização do Processo Penal deverá obedecer às regras processuais, conforme o artigo 232 do Código de Processo Penal, podendo inclusive ser analisada por perícia, pois a grafia a ser analisada deverá ser do desencarnado e não do médium.

A carta psicografada juntada ao processo tem caráter de prova documental, pois não se trata de prova oral nem tão pouco testemunhal, sendo aquela considerada prova lícita, pois não tem lei que a proíba e, sendo assim aceita no processo penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho de conclusão de curso buscou-se trabalhar um tema que está cada vez mais sendo utilizado nos tribunais em todo seu aspecto científico da doutrina espírita, já que se trata de uma faculdade de Direito e não de Teologia. A ciência como se sabe sofre mudanças constantemente e, tem-se que acompanhar tais alterações, pois se trata de uma evolução científica.

Para a produção do primeiro capítulo analisou-se toda a parte histórica da atividade probatória dentro do tema e falou-se da teoria geral da prova, suas formas de utilização e as formas de obtenção, seu necessário enquadramento para a aplicação da justiça e o seu foco voltado para a verdade dos fatos, bem como a convicção do magistrado. Neste capítulo houve o entendimento de que a prova nada mais é do que a informação trazida dos fatos ocorridos para originar o delito e seu objeto é influenciar na decisão do juiz.

Analisou-se, também, como bem disposto na Lei Maior que a prova faz parte das garantias fundamentais do ser humano e que os seus meios não são taxativos, bem como trouxe a discussão de que determinados fatos sociais podem ser contrários à norma de direito, não existindo impedimentos nos casos de provas inominadas ou atípicas, como é o caso do tema em questão.

O segundo capítulo trouxe a maestria dos princípios trazidos pelo direito pátrio Federal e a sua analogia feita em relação ao direito processual penal como direitos fundamentais que irão regular a norma jurídica. Vários princípios que regem a prova foram utilizados, mas de suma importância é o princípio da proporcionalidade em consonância com o princípio do *favor rei* quanto à aceitação de provas ilícitas, em último caso, se for para favorecer o acusado. Trabalhou-se o direito a ampla defesa e o contraditório, neste ponto, mostrando que a outra parte tem o direito de contraditar a prova anexada.

O terceiro e último capítulo demonstrou os meios de provas e os meios de obtenção de provas no processo penal. Relatou-se a psicografia e seu estudo científico e não religioso. Operou-se sobre o uso da psicografia como meio de prova, sua aceitação, já que não se trata de uma prova ilícita e o direito ao contraditório.

Sendo assim, resta notório que a psicografia pode ser usada como meio de prova no processo judicial, inclusive penal, tendo em vista que seu objetivo é a busca da verdade dos fatos/material, sem que isso seja considerada afronta ao direito material, já que como

documento anexado aos autos, poderá ser contraditada pela parte adversa, inclusive por meio da solicitação de realização de perícia com o intuito de se apurar a autenticidade da letra e assinatura, e conseqüentemente do teor das afirmações, as quais, por sua vez, deverão ser fidedignas às do desencarnado e não do médium, sob pena de sua não aceitação como prova processual.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Uma nova introdução ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2a ed., 1992.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Sarava, 1996.
- Artigo retirado da internet do site JusBrasil, Ricardo Caires dos Santos, **Meios de Prova Admitidos no Processo Penal Brasileiro**, acessado dia 31/08/2017, às 20h25min.)
- AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilíticas interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral**. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- BONFIN, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAMPO, Hélio Márcio. **Princípio Dispositivo em Direito Probatório**, 1994.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.
- CINTRA, Antônio Calos de Araújo, e outros. **Teoria Geral do Processo**. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981.

CORTEZ, Renato José das Neves. **A (in) admissibilidade das provas ilícitas no processo civil frente ao princípio da segurança jurídica.** Dissertação de mestrado. UNIVEM – Marília, 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001.

GONÇALVES, V. E. R; LENZA, P. **Direito Processual Penal Esquematizado.** 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 27. 1999. , p. 71-79

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **As nulidades no processo penal.** 9.^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 25aed., 1999.

JESUS, Damásio de. **Direito penal.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

KARDEC, Allan. **O que é o Espiritismo.** 46 ed. Rio de Janeiro: Federação Espírita Brasileira, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, Ed. JusPodwin: 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, João Batista. **Manual das provas no processo civil.** Campinas: Kennedy, 1974.

MAIOR, Marcel Souto. **Por trás do Véu de Ísis: uma Investigação sobre a Comunicação entre Vivos e Mortos.** São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica Das Provas em Matéria Criminal.** 6 ed. Campinas. Editora Bookseller, 2005.

MARCÃO, Renato. **Psicografia e prova penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1289, 11 jan. 2007.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **"A Interpretação da ampla defesa no Processo Penal conforme a Constituição."** *Revista Jurídica*, ano 49.

MELO, Michele Ribeiro. **Psicografia e Prova Judicial.** São Paulo: Lex Magister, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETTE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada: dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc.** 3. ed. Campinas: BOOKSLER Editora Ltda, 1997. Trad. Herbert Wuntzel Heinrich.

NINOMIA JR., Akira. **A Psicografia como Prova Subsidiária no Processo Penal**. 1 ed. Goiânia. Gráfica e editora Vieira, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal: 4 ed. rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12ª edição. Editora Lumen Juris: 2009.

PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PERANDREA, Carlos Augusto “**A Perícia como Prova**”. Disponível em: <http://www.perandrea.adv.br/>. Acesso em 08/10/2017 às 17h:30min..

POLIZIO, Vladimir. **A Psicografia no Tribunal**. São Paulo. Editora Butterfly, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, vol. I, 2.ª Ed., São Paulo: Max Limond, 1952.

SANTOS, Ricardo Caires. **Meios de prova admitidos no processo penal brasileiro**. Disponível em <<https://ricardocaires.jusbrasil.com.br/artigos/381143735/meios-de-prova-admitidos-no-processo-penal-brasileiro>> Acesso em 31 agost. 2017.

SILVA, Alan Madureira da. **A Psicografia como meio de prova no Processo Penal Brasileiro**. 2008. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) - Escola de Ciências Jurídicas do Centro Universitário da Cidade – UNIVERCIDADE, Rio de Janeiro, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. I. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

TORNAGUI, Hélio Bastos. **Processo Penal**. V. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

TONINI, Paolo. **A prova no Processo Penal Italiano**, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**, v. 1. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.