

provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Portanto, não se cogita no processo penal qualquer limitação à prova, pois se busca o princípio da verdade real no processo.

Para Morelli (2008), os meios de provas devem estar revestidos dos princípios da moralidade e lealdade, além da necessidade de serem obtidos de forma legal. Se não possuem os requisitos expostos, as provas serão consideradas ilegítimas e conseqüentemente não serão aproveitadas no julgamento do mérito da ação, os seja, não poderão ser objeto de fundamentação na sentença proferida pelo juiz.

1.2.2 Enumeração dos meios de prova

O CPP faz a enumeração dos meios probatórios nos arts. 158 a 250. Porém, essa lista não é taxativa, *numerus clausulus*, pois, do contrário, consideraria-se, por absurdo, o legislador onisciente. Logo, não há, a princípio, óbices à produção de quaisquer provas além das enumeradas no Código. Deve-se considerar, porém, a vedação constitucional implícita às provas imorais ou que atentem contra a dignidade humana.

1.2.3 Meios de provas violadores de princípios constitucionais

Não se admitem as provas admitidas mediante torturas, como os interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque conseguidos com preterição da norma do art. 5º, III, da CF. Também são vedadas as provas obtidas mediante captação clandestina de conversações telefônicas (CF, 5º, XII), de microfones simulados para captar conversas íntimas, o diário, onde algumas pessoas registram, com indisfarçável cunho de segredo, os acontecimentos mais importantes de seu dia-a-dia.

1.2.4 Objeto da prova

Segundo Morelli (2008), os objetos da prova são “os fatos pertinentes e relevantes ao processo, ou seja, são aqueles que influenciarão na sentença final”.

O autor ressalta que os fatos notórios, aqueles fatos que são de conhecimento geral, não estão sujeitos a provas, assim como os fatos que possuem presunção de legalidade.

O objeto da prova é, portanto, “o fato controvertido contido em determinado processo” (MORELLI, 2008).

1.2.4.1 Fatos que Independem de Prova

São fatos que são reconhecidos independentemente de alguma das partes provar sua validade, tais, a saber:

- a. Fatos notórios: vinculado ao princípio *notorium non eget probatione*, que diz que o notório não necessita de prova, ou seja, é a verdade sabida, pois esses notórios fazem parte do conhecimento cultural da sociedade. Ex: 15 de novembro dia da proclamação da república; como saber que o fogo queima, que a água molha, que a lama suja.
- b. Presunções legais: são decorrentes do texto legal ou da normalidade das coisas, podem ser absolutas ou relativas. Ex: a acusação não provará que o menor de dezoito anos tinha plena capacidade de entender o ilícito criminoso do fato, pois a própria lei presume sua inimputabilidade de modo absoluto, dispensando qualquer prova encontrada.
- c. Fatos inúteis: são os fatos verdadeiros ou falsos que não influenciam direta ou indiretamente na solução do litígio tornando assim sua apuração dispensada.
- d. Fatos axiomáticos ou intuitivos: são os fatos equivalentes em que o grau de certeza está implícito não carecendo assim de prova. Ex: um ciclista atropelado por uma carreta em alta velocidade, dispensa-se o exame cadavérico interno, pela evidência do fato causador da morte.

1.2.4.2 Fatos que Dependem de Prova

Devem ser provados todos os fatos admitidos ou aceitos e não admitidos e não aceitos pelas partes, visto que, mesmo as partes confessando, o juiz pode questionar aquilo que lhe pareça suspeito ou duvidoso, necessitando assim de uma produção probatória para dirimir este conflito, portanto, não se obriga a aceitação voluntária, pura e simples do alegado pelas partes uniformemente.

Assim a prova tem de ser:

- a) Concludente: ou seja, de conclusão que visa esclarecer questão controversa no processo;
- b) Fundada ou Pertinente: aquela que tenha relação com o processo contrapondo-se à prova inútil;

- c) Admissível: Aquela prevista em lei ou em costume judiciário, ou seja, é toda prova admitida pelo direito;
- d) Possível de realização: Aquela que tem sua realização possível.

Enfim, se o meio pretendido for admissível, pertinente, possível e concludente a prova não poderá sob pena de manifesta ilegalidade ser denegada.

1.2.5 Finalidade da Atividade Probatória

A atividade probatória destina-se a fornecer ao julgador, destinatário da prova, elementos suficientes para que possa conhecer a verdade acerca do fato delituoso e, assim, aplicar o direito.

1.2.6 Valoração das Provas

Conforme Morelli (2008), o sistema adotado pelo legislador brasileiro é o Sistema da Persuasão Racional do juiz. Sendo o convencimento do magistrado livre, devendo, porém, ser racional conforme as provas descritas nos autos processuais. Assim:

O material de valoração da prova deve encontrar-se, necessariamente, contido nos autos do processo, onde o juiz tem o dever de justificá-los e motivar sua decisão. Isso permite às partes conferirem que a convicção foi extraída dos autos e que os motivos que o levaram a determinada sentença chegam racionalmente à conclusão exposta pelo magistrado (MORELLI, 2008).

É importante lembrar que as provas não possuem valor determinado, sendo apreciadas no contexto e conjuntamente com as demais provas, ou seja, seu peso é considerado única e exclusivamente pelo juiz. Dessa maneira, ao examinar a prova, o juiz busca, através de atividade intelectual, nos elementos probatórios, conclusões sobre os fatos relevantes ao julgamento do processo (MORELLI, 2008).

Pelo modo da livre convicção do juiz (ou da persuasão racional do magistrado), sistema consagrado pelos modernos ordenamentos, adotado, como regra, pelo CPP; o juiz deve sopesar todas as provas existentes nos autos, formando livremente seu convencimento, o qual, no entanto, deve fazer-se acompanhar de motivação (indicação de caminhos intelectuais que o permitiram chegar às conclusões); já no sistema da íntima convicção (ou da certeza moral do juiz), a lei atribui ao julgador a liberdade plena para avaliação das provas, não mostrando-se necessária fundamentação da decisão (vigora apenas para as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, já que os jurados não fundamentam sua decisão).

1.2.7 *Onus Probandi*

Ônus da Prova, segundo Dinamarco (2005 apud MORELLI, 2008, p. 71), “é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

O Artigo 333 do Código de Processo Civil institui as regras gerais de caráter genérico sobre a distribuição do encargo probatório as partes:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I. Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II. Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I. Recair sobre direito indisponível das partes;

II. Tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Ônus da prova é o encargo que têm os litigantes de provar pelos meios admissíveis a verdade dos fatos, circunstâncias ou causas que atestam dentro do processo, cabendo assim à acusação provar a imputação contida na inicial acusatória. Por outro lado é ônus da defesa provar um alibi oferecido por ela. O ônus não se traduz em uma obrigação é uma faculdade da acusação, de modo que seu não cumprimento não significa afronta ao direito, diferente de obrigação, que reside na obrigatoriedade de algum fato. Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar com o propósito de atingir sua pretensão.

No entanto, a regra de o “*ônus da prova incumbir a quem alega*” (CAPEZ, 2003, p. 256) não é absoluto, conforme o art. 156, segunda parte,

O juiz poderá no curso da instrução ou mesmo antes de proferir sentenças, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” ou “ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (CPP. Art. 502, caput, apud (CAPEZ, 2003, p. 256).

Nota-se que o agente do Poder Judiciário não é um espectador inerte, pois existe a possibilidade de ele produzir de ofício as provas necessárias para o esclarecimento dos fatos, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva.

Vale lembrar que essa atuação do magistrado não fere o princípio da imparcialidade, pois se restringe a uma área de atuação por ele delimitada, afim de sanar dúvidas ou suprir faltas dentro do processo.

Ressalta-se que o réu, em face do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade (art. 5º inciso LVII, C.F./88), não está obrigado a provar sua inocência, cabendo à acusação demonstrar a existência do crime e sua autoria.

2. PRINCIPAIS MODALIDADES DE MEIOS DE PROVA

2.1 Prova Pericial

Este tipo de prova é de natureza técnica. Sempre que um crime deixar vestígio (onde se mostra perceptível a mudança no estado das coisas e/ou pessoas), será passível de prova pericial.

A prova técnica se distingue da prova do senso comum. Há de se saber também, que, diferentemente do que ocorre no processo civil, no processo penal os fatos notórios também dependem de prova se corresponderem a elementares do tipo penal. Não é porque a morte de alguém seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo/rosto de delito. São dispensados de prova os fatos notórios circunstanciais, observando-se que basta a notoriedade relativa, que é aquela que abrange o local do processo e o tribunal que julgará em segundo grau.

No mesmo sentido, a falta de controvérsia sobre um fato não dispensa a prova. A confissão, por exemplo, que elimina a controvérsia sobre a autoria não dispensa a necessidade de outras provas sobre ela e que, aliás, deverão corroborá-la.

Finalmente, independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Se a lei dá como verdadeiro determinado fato, está a parte dispensada de prová-lo, em sendo a presunção absoluta. Em sendo a presunção relativa, a parte em favor de quem milita a presunção não precisa prová-lo, incumbindo à parte contrária o ônus de produzir, se for o caso, a prova contrária.

Destarte, infere-se que a prova pericial é aquela que não é feita pela percepção do senso comum ou que qualquer pessoa possa produzi-la, mas fruto de um conhecimento científico que será aplicado para a produção de uma determinada conclusão, também científica. Qualquer meio científico é válido para se fazer perícia.

2.2 Prova Testemunhal

A noção de prova testemunhal surgiu nos tempos antigos, ocasião em que predominava a prova mística, método pelos quais os réus eram levados a processos desumanos e bárbaros, e seu julgamento era submetido ao juízo dos deuses para indicação do culpado, que para o acusador ser considerado inocente tinha de suportar inúmeras torturas e sofrimentos, período em que esse processo de meio probatório era chamado de “ORDÁLIA”.

É bíblico o fato de se usar a prova testemunhal como veracidade de um acontecimento, assim para condenar alguém teria de haver testemunha, surgindo daí a preocupação com o falso testemunho (Êxodo 20,16; Deuteronômio 5:20): “Não levantarás falso testemunho contra teu próximo” (AQUINO, 1995, p. 3), também não se admitia apenas uma testemunha contra uma pessoa, independentemente do ilícito penal cometido (*testis, unus, testis nullus*).

Por diante, tanto na Babilônia como na Palestina, dava-se ao acusador a pena imposta ao acusado se aquele não provasse o que dizia em acusação.

No Egito, tinha a testemunha de provar que no momento que presenciou o feito estava impossibilitada por algum motivo de prestar socorro à vítima, além de serem obrigados a denunciar e seguir no processo de acusação, lembrando que a testemunha que faltasse com a verdade era submetida à tortura, e o calunioso sofria a pena do crime que imputou.

Ademais no direito romano, mulheres, crianças, escravos, prostitutas, incapazes e delinquentes eram consideradas indignos de testemunhar, pois sobre eles predominava a desconfiança.

No entanto, com o surgimento do Cristianismo mulheres e escravos passaram a dar testemunho, época em que as testemunhas se dividiam em: testes de visu e testes laudatores, estas falavam sobre a figura moral das partes, aquelas versavam sobre o fato objeto do processo.

O Código de Leis de Manu, vigente na Índia foi o estatuto que mais se preocupou com a questão de prova testemunhal, ao qual dedicou 48 capítulos, dentre os quais estabelecia que a testemunha deveria pertencer à mesma classe social do acusado, mulheres preferencialmente testemunhariam a favor de outras, exceto em casos como assassinato, onde qualquer pessoas seria apta a testemunhar.

Havia ainda mais uma preocupação extrema com o falso testemunho: “Com a cabeça para baixo, será precipitado nos abismos mais tenebrosos do inferno o celerado que, interrogado em inquérito judicial, der um depoimento falso” (AQUINO, 1995, p. 6).

Pessoas indignas de confiança eram proibidas de testemunhar na época republicana, visto o complexo que tal meio de prova trazia e ainda trás ao ordenamento jurídico. Uma testemunha errônea, mentirosa, dissimulada que induz o arcabouço jurídico ao erro implica por deveras gravidade na vida das partes que compõem a lide.

Rigorosos procedimentos de severidade já demonstravam na época a preocupação com o falso testemunho, procurando com isso criar oposição à prática desse crime na sociedade naqueles tempos.

a) Conceito de testemunha

Testemunha é o homem, estranho ao feito e equidistante às partes, que é chamado ao processo para relatar fatos percebidos por ele através de seus sentidos sobre o ilícito imputado ao acusado. "A palavra testemunha origina-se do latim testari, que significa confirmar, mostrar" (CAPEZ, 2003, p. 293). Homem esse idôneo, capaz de prestar depoimento, chamado ao judiciário, para relatar os fatos que sabe a respeito do processo investigado.

Advém em sentido lato que toda prova por demonstrar a existência de um fato, dando veracidade a ele, e confirmando-o se torna uma testemunha.

Em sentido estrito, a testemunha é a pessoa que esteve próxima ao fato no momento em que este ocorreu, assistindo-o, ou que conhece circunstâncias, detalhes anteriores a esse fato ou posteriores a ele.

O testemunho é um meio de prova disciplinado pelos arts. 202 a 225 do CPP.

b) Características da prova testemunhal

- a) Oralidade – implica que a prova testemunhal deve ser uma narrativa verbal diante do juiz, das partes dos interessados (CPP, art. 204), exceto nos casos do mudo, do surdo e do surdo – mudo (CF.ART. 192 c/c o art. 233, parág. único do CPP).
- b) Judicialidade – implica que só é prova testemunhal o depoimento verbal que se produz em juízo.
- c) Individualidade – as testemunhas devem prestar seu depoimento isolado umas das outras.
- d) Imediação – implica na captação imediata através dos sentidos relatando esses acontecimentos.
- e) Objetividade – a testemunha deve ser objetiva nos fatos narrados por ela sem externar juízo valorativo ou opiniões pessoais exceto quando for autorizada a reprodução de um juízo de valor.
- f) Retrospectividade – diz-se de fatos passados percebidos pela testemunha por um dos seus sentidos sem externar previsão.
- g) Pessoalidade – só a própria pessoa pode prestar depoimento, sendo impossível a transferência desse ônus a qualquer outra pessoa.
- h) Imparcialidade – deve a testemunha ser imparcial ao prestar depoimento.

c) Prova testemunhal e o seu valor jurídico

Sabe-se que o processo penal brasileiro se baseia no livre convencimento do magistrado, pois este valora a prova de acordo com sua convicção, portanto, o valor da prova

testemunhal encontra grandes controvérsias na doutrina brasileira vigente, como ensina Picherlli:

Que os sentidos enganam a razão, com as aparências falsas [...] de modo que aqueles olhos e aqueles ouvidos das testemunhas, com os quais, segundo a imagem de Bentham, o juiz contempla os crimes e ouviu a voz dos réus, são muitas vezes, olhos que não vêem e ouvidos que não escutam, prerrogativa que o profeta referia ao povo de Jerusalém, mas que Giuriati declarou extensiva a todo o mundo (PINCHERLI apud ESPINOLA FILHO, 1955, p.75).

Entretanto, para Florian, este valor paradoxal muitas vezes é o único instrumento probatório (positivo ou negativo) que se encontra no processo:

Sendo a prova testemunhal, no quadro das provas, a em que o processo penal se inspira mais copiosamente, pois o testemunho é o modo mais óbvio de recordar e reconstituir os acontecimentos humanos, é a prova em que a investigação judiciária se desenvolve com maior energia [...] quase nenhum processo pode desenvolver-se sem testemunhas; O processo concerne a um pedaço de vida vivida, um fragmento de vida social, um episódio da convivência humana, pelo que é natural, inevitável, seja representado mediante viva narrativa das pessoas (FLORIAN apud ESPINOLA FILHO, 1955, p.75).

Contudo a prova testemunhal desde os tempos antigos é conhecida como a “prostituta das provas”, pois apresenta em sua essência um grau de falibilidade extremamente elevado em relação às demais provas.

O doutrinador Magalhães Noronha ensina:

É dos mais discutidos o valor do testemunho humano, sabido que nossos sentidos freqüentemente nos iludem. E fluem ainda diversamente na capacidade de observação e a memória, já não se falando na mendacidade que freqüentemente vicia o depoimento. Como quer que seja, máxime no processo penal, é ela a prova por excelência. O crime é um fato, é um trecho da vida e, conseqüentemente, é em geral percebido por outrem. “O depoimento – lembra VISHINSKI – é uma das provas mais antigas e generalizadas. Não há sistema probatório que lhe negue um lugar mais ou menos importante entre as demais classes de provas”. Falível que é o testemunho, sujeito a vícios quer o deturpam, deve merecer toda a cautela do juiz, não apenas quanto ao conteúdo, mas também quanto à idoneidade de quem o presta, um modo por que o faz etc (NORONHA, 2002, p. 148).

Assim o juiz ao analisar a prova testemunhal deve agir com extrema cautela observando tal meio probatório dentro de um sistema de situações, o conjunto probatório, não a tomando como definitiva, levando em conta o modo e a forma da testemunha depor.

Observa-se aqui que a prova testemunhal é vulnerável posto a subjetividade da testemunha, no entanto não se excluiu do conjunto probatório este meio de prova, abordar-se-á este assunto de forma difusa e espalhada em toda a presente monografia, vez que o retrato falado também pode ser entendido como a convocação de palavras em imagens. Ressalta-se a fragilidade da prova testemunhal não foi motivo para que esta fosse banida do rol de possibilidades de meios probatórios.

2.3 Prova Documental

A prova documental está prevista no Código de Processo Penal. De acordo com o art. 232, caput, considera-se documentos “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. No entanto, diante do exposto, parece que o legislador, no art. 232 não definiu os documentos, limitando-se a dizer que se consideram documentos “quaisquer escritos”. Isso não quer dizer que os documentos sejam apenas quaisquer escritos, mas também são considerados como tais. Documento é coisa que representa um fato, destinado a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo.

De qualquer modo, há certos fatos cuja prova no processo criminal faz-se perfeitamente por meio de documentos e de peças de convicção. Dessa forma, podemos designar ao mesmo tempo todos os objetos inanimados que por acaso dão testemunho da realidade de um acontecimento, e todos os que forem expressamente criados para servir-lhe de prova (neste caso a palavra – documento – é tomada em uma acepção restrita). Entre estes meios de prova distinguem - se os monumentos, que são destinados a consagrar a memória de um fato, ou a traduzir e proclamar, sob uma forma simbólica, um direito existente, e, no sentido mais restrito, os documentos propriamente ditos, que tem por fim certificar a realidade do fato.

Os documentos propriamente ditos têm, na maioria das vezes, o fim de servirem de prova no futuro, porem outras vezes, mesmo sem o fim de provar, dão explicações ou atestam certos acontecimentos importantes. O emprego das provas no processo criminal pode variar muito. Ora, o crime resulta do próprio documento (ex: em matéria de usura, difamação); ora, por uma confissão formal nele que declara o acusado ter cometido este ou aquele crime (ex: confissão a um amigo do fato criminoso); ora, encerra o testemunho de 3º sobre um crime de que foi espectador; enfim, trata-se de um fato que pode fazer concluir a existência do crime (ex: uma correspondência de natureza suspeita com um amigo), ou dar a certeza da culpabilidade do acusado (ex: riscaduras, palavras raspadas nos livros comerciais).

Um documento é decisivo por si mesmo como objeto externo e, por sua natureza como documento. A circunstancia de que o fato, de que a indicação aí foi consignada de propósito, e a fim de conservar a prova, como parece, por si só, é para o juiz um motivo grave de crer na verdade de suas enunciações. Porém, o juiz deve ter cautela, pois a experiência tem demonstrado que prova literal pode ser contrafeita e torna-se um laço perigoso. A imitação da letra alheia é uma arte fácil e que, muitas vezes, já se tem servido de um escrito habitualmente falsificado, que se atribuía a alguém, que de fato não era seu autor.

Para que o documento seja apresentado é preciso de contenha as condições extrínsecas. Precisa que, principalmente sejam observadas duas coisas:

- a. Para ganhar a confiança, deve ser apresentado inteiro, sem o menor vestígio de alteração ou de mutilação; se tiver numerosas riscaduras, se linhas inteiras houveram sido apagadas, se metade do documento houver sido arrancado, é logo tido por imprestável.
- b. Para muitos documentos, há uma forma obrigatória, essencial, sob pena de nulidade. Apresentando-se uma sentença, um instrumento feito por tabelião, se não estiver selado, se não trouxer a assinatura do oficial publico, é sem valor. A forma, porem, não é tudo. O seu conteúdo não é coisa menos importante. Algumas vezes, deve conter o crime em si; outra, refere-se a fatos, que servem para estabelecer como e por quem foi o crime consumado. Então a convicção do juiz procede igualmente dos sentidos e da reflexão. Indo ao fundo das coisas, vê-se que o documento só é então uma prova de prova, que, constituída regularmente, pode, aos olhos da lei, ser tomada para base da condenação. O juiz condena, não porque essa confissão traz consigo certos caracteres de natureza a convencer.

Enfim, há de se saber que, desde que há documento apresentado como prova de um fato, a pretendida prova documental resolve-se em uma outra, que por sua vez deve ser dada e julgada segundo os princípios que lhes são especiais.

2.4 Prova Indiciária

A prova indiciária, como qualquer tipo de prova, recai sobre uma afirmação de fato. A particularidade da prova indiciária está em recair em um fato que é indiciário, isto é, em um indício.

Sob este âmbito, é realmente importante distinguir o fato indiciário, a prova destinada a demonstrá-lo - chamada prova indiciária - e o raciocínio presuntivo, que é a forma como o julgador raciocina para, a partir de um fato indiciário, chegar a uma presunção, que é exatamente o resultado do raciocínio presuntivo. Embora frágil, já existe em nosso ordenamento condenação fundamentada em indícios e prova testemunhal.

Em síntese na fase do inquérito o Retrato falado é Método de Investigação, porém quando da Ação Penal o Retrato Falado se apreciado pelo juiz convola-se em meio de prova e como todos os demais de valor relativo.

3. MEIO NEGATIVO DE PROVA: PROVA PELA EXCLUSÃO

3.1 Inferências Gerais Sobre Meios de Provas e Métodos de Investigação

Com a análise exposta anteriormente, justifica-se que os meios devem estar sempre sob pleno conhecimento dos envolvidos no processo, ressalvados os casos de sigilos previstos em lei, para deles fazerem uso analítico/argumentativo, tendo em vista que o sistema adotado pelo legislador brasileiro é o sistema da persuasão racional do juiz, onde o convencimento do magistrado é livre, racional conforme as provas descritas nos autos processuais.

Deste modo, o método de valoração da prova oferecido pela teoria anteriormente exposta deve encontrar-se, necessariamente, contido nos autos do processo, onde o juiz tem o dever de justificá-los e motivar sua decisão. Isso permite às partes conferirem que a convicção foi extraída dos autos e que os motivos que o levaram a determinada sentença chegam racionalmente à conclusão exposta pelo magistrado, ora a ponderação dialética estaria mitigada se o Retrato Falado não contasse no conjunto probatório, apenas pelo fato de ter sido usado um meio probatório subjetivo, ora outros meios de prova também o são.

É de sumária importância ter-se o fato de que as provas não possuem valor determinado, todas têm valor relativo, sendo apreciadas no contexto e conjuntamente com as demais provas, ou seja, seu peso é considerado única e exclusivamente pelo juiz, frente ao conjunto probatório, bem como na fase de inquérito valer-se-á deste método de investigação, o retrato falado, para o descortino da verdade real, em fase processual o mesmo método, outrora de investigação, convola-se em meio de prova.

De qualquer modo, ao examinar a prova, através dos meios de prova conhecidos, o investigador, o advogado, o juiz, e todos os envolvidos no processo devem buscar através de atividade intelectual todos os elementos probatórios em busca da verdade real e desfecho sobre os fatos relevantes ao julgamento do processo para que o mesmo saia de acordo com o objetivo daquele que almeja provar algo em vista de determinada situação.

3.2 Ônus da prova em prol da prova negativa

Entende-se por ônus da prova a função dos litigantes de provar pelos meios cabíveis a verdade dos fatos e causas que atestam dentro do processo, cabendo assim à

acusação provar a imputação contida na inicial acusatória. Por outro lado é ônus da defesa provar um álibi oferecido por ela.

Deste modo, o ônus não se traduz simplesmente em uma obrigação. É, de fato, uma faculdade da acusação, de modo que seu não cumprimento não significa afronta ao direito, diferente de obrigação, que reside na obrigatoriedade de algum fato. Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar com o propósito de atingir sua pretensão. O réu, em face do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade (art.5º inciso LVII, C.F./88.), não está, de modo algum, obrigado a provar sua inocência, cabendo à acusação demonstrar a existência do crime e sua autoria.

Faz-se importante saber que a distribuição do ônus da prova é casuística, estando sempre em estreita correlação com o que se alega. Como fato constitutivo da pretensão do autor, têm-se, por exemplo, a prova da culpa nas ações de ressarcimento dos danos contratuais e extracontratuais. Já como fato extintivo, têm-se a alegação de prescrição do direito do autor, que conseqüentemente deve ser provada pelo réu.

Com isso, se os atos constitutivos identificados como prova forem insuficientes e passíveis de discussão e de dúvidas, dependerão, de sua certeza definitiva, desde que especificamente contestados, de prova complementar. (AGUIAR, 1977)

De fato, as regras sobre o ônus da prova e sua distribuição constituem uma inerência do princípio dispositivo. Onde se tivesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria em ônus *probandi*, nem das conseqüências de seu descumprimento, simplesmente por que ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.

Sendo assim, quando uma questão de fato se apresenta como irreduzivelmente incerta dentro do processo, abre-se tecnicamente para o juiz o seguinte leque de alternativas:

- Ou ele prescinde de resolver aquela questão de fato (que importa ao juiz de decidir a causa, pronunciando o *non liquet* (que não é admissível no direito moderno), ou em decidi-la de maneira tal que não exigisse a resolução daquela questão de fato (de que seriam exemplos o julgamento por sorteio e o julgamento salomônico).
- Ou insiste em resolvê-la (que implica no fato do adiamento do problema através da prolação de uma decisão provisória ou do uso de um meio mecânico de prova, necessariamente decisório ou ainda no emprego das regras da distribuição do ônus da prova. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1996)

De fato, a intensidade do ônus da prova relaciona-se com o modo como o processo se insere na vida dos direitos e no modo de ser da vida em sociedade. Deste modo, este consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa, recaindo sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do ato.

Fato ainda importante de ser salientado é em relação à distribuição do ônus da prova em se admitir que as partes convençionem, não pode ser aceito, pois seria tolhida ao juiz a liberdade na avaliação da prova. (SANTOS, 2002)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve razão precípua de pesquisar e ressaltar a importância do retrato falado no Direito Processual Penal, no que tange à discussão de sua importância enquanto parâmetro de prova e método de investigação, com ênfase no aspecto negativo, prova negativa, ou exclusão de características não mencionadas na confecção do retrato falado. Dessa maneira, apresenta, basicamente, duas funções: excluir possibilidades fenotípicas e/ou implantar a dúvida.

Para tanto, apresenta-se então a importância e as repercussões do retrato como meio negativo de prova, que no mínimo deve ser considerado na dialética do processo penal brasileiro.

Nesse sentido, vale dizer que qualquer tipo de estudo ou discussão que venha a tratar sobre prova no processo penal torna-se algo multifacetário, interdisciplinar. Muito interessante, visto que as provas tanto podem estar vinculadas aos autos como podem também, em busca da verdade real, se fazerem presentes em simples meios de provas ou indícios, consubstanciando-se em vestígios e restos de provas.

Desse modo, caberá ao julgador, no cume de seu entendimento, observar e apurar a legitimidade/legalidade da prova ao decorrer de todo e qualquer processo.

A prova negativa, estando incluída em uma das espécies de prova do processo penal (a prova indireta), fazendo parte do ônus da prova, torna-se sempre matéria de análise e discussão, onde, em qualquer estudo a respeito da mesma, deseja-se a continuidade da busca do conhecimento do emaranhado temas de que o ramo jurídico possui em relação à atribuíbilidade jurídica presente no dia-a-dia, aqui como identificação do infrator ou exclusão do mesmo do rol de suspeitos por suas características fenotípicas específicas.

Assim, este texto tem como objetivo principal compreender como as técnicas e as teorias sobre os corpo/rostos podem ser importantes para entender seu papel na sociedade contemporânea. Partindo deste pressuposto, além da pesquisa bibliográfica, pretendo interpretar como a técnica do “relato” etnográfico e a técnica do retrato falado são utilizadas em nossa cultura para construir corpo/rostos e criar identidades.

Por meio da analogia entre dois afazeres distintos, mas que em si carregam bastantes elementos análogos – a etnografia e o retrato falado – pretende-se firmar entendimento de liame entre as duas técnicas e como elas podem ser percebidas como

“técnicas culturais” para decifrar as mensagens escritas nos corpo/rostos e mais especificamente nos seus rostos.

Conclui-se que a dialética, coluna principal do processo estaria mitigada se se excluísse o retrato falado do rol de meios de prova possíveis em processo penal. Dessa maneira, por derradeiro é possível concluir que o retrato falado, como método de investigação, indubitavelmente já está consolidado e é eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, J. C. P. de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- AQUINO, J. C. G. X. A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro. 6 ed. São Paulo, 2005.
- CAPEZ, F. Curso de Processo Penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. O trabalho do antropólogo. São Paulo: Paralelo, Editora UNESP, 1998.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CLARCK, C. (2001). *Interviewing for Facial Identification: Part II, Police Research Award Scheme*. Home Office Police Research, London: Home Office.
- ESPINOLA FILHO, E. Código de Processo Penal Anotado. Vol. 3. São Paulo, 1955.
- FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber/ tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1988.
- FRANÇA, G. V. Medicina Legal. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1998.
- GEERTZ, Clifford. Uma Descrição Densa: Por uma Teoria Interpretativa da Cultural. In: Interpretações das Culturas. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002
- LARAIA, Roque de Barros. Cultura: Um Conceito Antropológico. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 11ª ed. 1996.
- MALINOWSKI, B. Os Argonautas do Pacífico ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (coleção Os Pensadores)
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria, Fundamentos de metodologia científica. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1991
- MAUSS, Marcel. As técnicas corpo/rostoais. In: Sociologia e Antropologia, v. 2. São Paulo: EPU, 1974.
- MEAD, Margaret. Sexo e Temperamento. Trad. Rosa Krauszl. São Paulo: Perspectiva, 2ª ed. 1979. (Coleção Debates)
- MIRABETE, J. F. Processo Penal. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORELLI, Daniel Nobre. Teoria Geral da Prova no Processo Civil. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/13/90/1390/>. acesso em: 2 out. 2008

MOULIN, J. L'autoportrait au XX siècle. Paris: Adam Biro, 1999.

NASCIMENTO, José Carlos do. As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 03 nov. 2008.

NORONHA, E. M. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAPILOSCOPISTAS.ORG: Novas tecnologias dão vida ao retrato falado. Disponível em: <http://www.papiloscopistas.org/novosite/modules.php?name=News&file=article&sid=130>. Acesso em: 20 out. 2008

PAPILOSCOPISTAS.ORG: Questionamentos Acerca do Retrato Falado. Disponível em: <http://www.papiloscopistas.org/novosite/modules.php?name=News&file=article&sid=16>. Acesso em: 20 out. 2008

RODRIGUES, José Carlos. O tabu do corpo/rosto. Rio de Janeiro: Dois Pontos Editora, 4ª ed. 1986.

SANTOS, S. A. S. dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TESCAROLLO, A. Descrição de pessoas e retrato falado. Revista Justitia. vol. 84, 1º trimestre de 1975. São Paulo, CD-Rom produzido por Publicações Eletrônicas APMP.

TOZADORI, André Camargo. Das Provas Inominadas no Processo Penal Brasileiro. Rev. Jus Vigilantibus, 2006. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/22661>.