

O contraditório e a prova no processo penal: breves comentários à Lei 11.690, de 2008*

*Haroldo Pimenta***

Sumário: 1 Introdução. 2 “Espírito” da reforma. 3 Análise dos principais dispositivos alterados. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O “Encontro de Vitaliciamento de Magistrados” realizado em 27 e 28 de junho de 2008 sob os auspícios da EJEJ foi uma rara oportunidade de permuta de experiência entre os colegas magistrados integrantes da turma do 10º Curso de Formação Inicial para Juízes Substitutos.

Neste breve colóquio, vários temas foram objeto de exposição e debate, sendo incumbida a cada participante a elaboração de um artigo sobre qualquer deles. Resolvi escrever sobre o instigante tema da prova no processo penal à luz das modificações trazidas pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008.

A empreitada é arriscada, porquanto, tratando-se de lei que nem sequer entrou em vigor, o intérprete não depara com parâmetro jurisprudencial que oriente a atividade hermenêutica. Nem sequer conta com o conforto da reflexão doutrinária, que ainda se mostra incipiente.

Por conseguinte, os breves comentários que se seguem têm caráter propedêutico, subjetivo e, por isso mesmo, hesitante ante um objeto que não passou pelo crivo da experiência e que apenas se entremostra no horizonte dos aplicadores do direito.

2 “Espírito” da reforma

Ao perflustrar o texto da Lei 11.690, de 2008, o intérprete percebe de imediato a tônica da reforma, que é prestigiar o garantismo penal, reforçando o poder de participação das partes na fase instrutória do processo.

O processualista Michele Taruffo, ao dissertar sobre o inquietante problema da “decisão justa”, refutando os critérios substantivos que procuram responder à questão, sustenta que os elementos aferidores do quociente da maior ou menor justiça da decisão judiciária são três: a) correção na escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) apuração satisfatória dos

* Trabalho apresentado à Escola Judicial Des. Edésio Fernandes por ocasião do encerramento do III Vitaliciar - Encontro de Vitaliciamento de Magistrados.

** Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo para alcançar a decisão.¹

O tema da prova concerne à apuração satisfatória dos fatos relevantes do caso. Ninguém sustentará a justiça de uma decisão que, em medida considerável, afastou-se da realidade concreta que lhe serviu de suporte empírico.

Porém, verifica-se a um olhar atento que o direito à prova está intimamente vinculado ao emprego do procedimento válido e justo para alcançar a decisão. Com efeito, a prova somente será metodologicamente útil à formação do convencimento judicial e justa no sentido de sua legítima inserção no processo, se o procedimento relativo a sua admissibilidade, produção e valoração foi orientado pela possibilidade de participação dos sujeitos do processo.

É para esse sentido axiológico que convergem os dispositivos alterados pelo novo diploma legal.

Luigi Ferrajoli aponta as causas que contribuem para a inefetividade do modelo garantista de direito penal previsto na Constituição:

Vimos como o modelo penal garantista, recebido na Constituição italiana, como em outras Constituições como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, é, na prática, largamente desatendido: seja ao se considerar a legislação penal ordinária, seja ao se considerar a jurisdição, ou pior ainda, as práticas administrativas e policiaescas.²

A lei em estudo tentou diminuir a distância entre o direito penal *válido*, isto é, aquele referido de garantias extraível da Constituição Federal e o direito penal *vigente*, isto é, aquele consolidado pela prática, regulado por uma legislação ordinária pretérita que, em parte, o subtrai da influência do princípio do contraditório.

3 Análise dos principais dispositivos alterados

O art. 155 do Código de Processo Penal, com sua redação alterada pela Lei 11.690, de 2008, interdita ao juiz o proferimento de sentença fundada exclusivamente nos elementos probatórios coligidos na fase de inquérito policial.

Como ensina Guilherme de Souza Nucci, o encontro da Constituição com o Código de Processo Penal produziu um sistema híbrido, no qual temos “um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema

¹ Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 2, giugno 1997, p. 319. No original, eis os requisitos enumerados pelo processualista: “a) *correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso*; b) *accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso*; c) *impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione*.”

² *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 683.

acusatório”.³

O novo art. 155 do Código de Processo Penal prestigia o sistema acusatório, atenuando em muito o hibridismo denunciado pelo autor. Em rigor, a regra jurídica em comento é obtida diretamente do texto constitucional, notadamente do art. 5º, LV, norma de eficácia plena, cuja interseção com a realidade não demandaria edição de lei de escalão inferior.

Contudo, não é despiciendo que o legislador infraconstitucional tenha expressamente adotado a diretriz que mais se coaduna com a interpretação da Constituição. Além do caráter didático da modificação, ela se presta como elemento simbólico de uma hermenêutica garantista, a que não se pode furtar o juiz no momento de julgar.

Para além do âmbito textual da norma jurídica, vem reforçada a seguinte diretriz: o valor de toda e qualquer prova depende do influxo do princípio do contraditório. Não somente as provas advindas do inquérito policial, mas também aquelas reunidas na fase preliminar da Lei 9.099, de 1995, ou de qualquer procedimento investigativo não terão eficácia se não corroboradas com as provas colhidas em contraditório.

O legislador formula três exceções à regra: as provas cautelares, as “não repetíveis” e as antecipadas, a última das quais falaremos em seguida.

O art. 156 do Código de Processo Penal foi modificado para permitir a produção antecipada de prova. A grande novidade reside no fato de que a prova poderá agora ser antecipada não apenas em relação ao momento próprio do procedimento em que deveria ser produzida, mas *ao próprio processo penal em que será apurada a responsabilidade do imputado*. Nesse aspecto, o legislador seguiu regramento já existente no processo civil, em que é lícito aos envolvidos em lide potencial incoar procedimento com a finalidade exclusiva de antecipar a produção da prova a ser eventualmente utilizada no processo principal.

A medida está subordinada à demonstração da urgência e da relevância. A esses requisitos tradicionais - *fumus boni iuris* e *periculum in mora* -, o legislador adiciona outros: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

Uma observação deve ser feita em relação à prova antecipada produzida antes do oferecimento da denúncia. Não pode o juiz, por mais que a medida instrutória se afigure urgente, relevante, necessária, adequada e proporcional, determinar sua produção de ofício, sob pena de violação do princípio da imparcialidade. Nesse sentido, concordamos inteiramente com a argumentação de Andrey Borges de Mendonça.⁴

Ivan Luís Marques da Silva tenta contemporizar a novidade, sustentando que, para bem aplicar a lei ao caso concreto, o juiz “deve ter à sua disposição todos os elementos fáticos existentes

³ *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 104.

⁴ *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p. 165 e 165. Vale registrar que, ante a omissão do legislador em regular o procedimento da prova antecipada, o autor citado recomenda a integração da lacuna pela aplicação das regras do Código de Processo Civil.

e relacionados com a conduta investigada”.⁵ Porém, quer nos parecer que a questão não foi colocada sob a melhor perspectiva. Há dois problemas distintos: a atuação participativa do juiz na instrução do feito, determinando a produção de provas de ofício, que é atitude louvável desde que respeitado o contraditório; outro distinto é a produção antecipada de prova antes da instauração do próprio processo e por determinação *ex officio*, que nos parece conduta temerária.

Condição indispensável para o julgador atuar no feito é sua posição de estraneidade. Nas palavras de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, deve o juiz ocupar uma posição “equidistante rispetto alle parti”.⁶

Assim, qualquer iniciativa do juiz que se antecipe à instauração do processo pelo titular da ação penal poderá comprometer a serenidade e a isenção do julgador, vinculando-o psicologicamente às razões que o levaram à instauração da providência cautelar.

Tema de envergadura constitucional, a inadmissibilidade da prova ilícita, é agora disciplinada pelo art. 157 do Código de Processo Penal.

A prova proibida é gênero do qual derivam duas espécies: a prova ilícita e a prova ilegítima. Esta é produzida com violação das normas de direito processual; aquela é produzida com violação das normas de direito material. A primeira ultraja a esfera de direitos do sujeito *do processo*; a segunda viola a esfera de direitos do sujeito *no processo*.

A redação alterada do art. 157 do código dá a impressão de que o legislador considerou ambas as espécies de prova proibida, porquanto afirma que as provas ilícitas devem ser consideradas “aquelas obtidas em violação a normas constitucionais e legais”.

Assim, a violação de norma processual concernente à prova, tema então afeto ao capítulo das nulidades, passaria a ser tratada com maior severidade no âmbito da admissibilidade da prova. Esse é o entendimento esposado por Luiz Flávio Gomes.⁷

Não podemos concordar com semelhante posicionamento doutrinário. O art. 157 do Código de Processo Penal teve por escopo apenas internalizar na codificação processual penal a garantia prevista no art. 5º, LVI, da Constituição.

Autorizada doutrina já criticava proibição tão rígida consagrada no texto constitucional, verberando-a por seu caráter aparentemente absoluto.⁸

Se o legislador constitucional lançou a barra longe demais, não é possível ao intérprete tornar a fazê-lo na exegese da lei infraconstitucional. O direito à prova encontra limite constitucional

⁵ *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

⁶ *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giapichelli, 1990, p. 41.

⁷ Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito de inadmissibilidade. Artigo disponível no site da internet www.lfg.com.br. Acesso em 12 de julho de 2008.

⁸ José Carlos Barbosa Moreira assim afirma: “A Constituição de 1988 optou à evidência por uma solução - ao menos à primeira vista - radical. Não só proibiu em termos amplos a utilização de provas ilícitas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, legitimar a obtenção de provas que sem ele ficam sujeitas ao veto literalmente categórico” (A Constituição e as provas ilicitamente obtidas in *Temas de direito processual 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121).

expresso consubstanciado na proibição de obtê-la por meio ilícito. Ora, meio ilícito diz respeito à produção da prova com violação dos direitos fundamentais do indivíduo, não tendo o legislador constitucional cogitado da violação de normas do processo penal.

A conseqüência da violação de normas processuais não pode estar associada *a priori* e de forma inexorável à sanção da inadmissibilidade. Deve o juiz apreciar se o ato processual praticado atipicamente feriu o direito de participação das partes no processo, sancionando-o ou não em conformidade aos princípios que informam o sistema de nulidades: princípio do prejuízo, princípio do interesse, princípio da convalidação etc.

Assim, deve o dispositivo, no que tange à prova ilegítima, ser contextualizado com as normas acerca das nulidades, insertas nos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal, não se lhe aplicando o novo art. 157 do Código de Processo Penal.

Se a tônica da reforma é a intensificação do princípio do contraditório em sua manifestação na fase instrutória do processo, nada mais justo que, antes de decretar a ineficácia da prova violadora de norma processual, seja formulada a seguinte questão: a não-observância da regra processual interferiu no direito das partes à participação no procedimento, carreando-lhes prejuízo?

A lei consagrou também a teoria das provas ilícitas por derivação, construção formada pela jurisprudência norte-americana, e que vinha sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (*vide*, por exemplo: RHC 90376-RJ - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 18.05.2007 - p. 00113).

Com efeito, o § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal proscreve as provas derivadas das ilícitas, exceto em duas situações, quais sejam: quando “não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras” ou “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

A respeito da aplicabilidade mitigada da teoria dos frutos da árvore envenenada, já ensinava a melhor doutrina antes mesmo da modificação do texto legal:

No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que, se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.⁹

Ivan Luís Marques da Silva antevê a inconstitucionalidade do dispositivo mitigador da ineficácia da teoria dos frutos da árvore envenenada. Para o autor, a regra constitucional não

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 154.

comporta exceção senão por outra regra de simétrico escalão.¹⁰ Não podemos emprestar nossa adesão ao pensamento do estudioso. O equívoco aninha-se na premissa inicial. A proibição da prova derivada da ilícita não decorre lógica e necessariamente da regra do art. 5º, LVI, que somente interdita “as provas obtidas por meio ilícito”. A teoria dos frutos da árvore envenenada é construção jurisprudencial que pode muito bem ser matizada pela variedade das situações concretas.

Modificação sensível sofreu a prova pericial. Visando a simplificar esse meio de prova, o legislador mais uma vez alterou o art. 159 do Código de Processo Penal, assentando que o exame de corpo de delito e as perícias serão feitos por um perito oficial, e não dois como exigia a redação anterior da norma. Não havendo perito oficial, o trabalho técnico será realizado por duas pessoas idôneas, “portadoras de diploma superior, preferencialmente na área específica”, nada sendo modificado a propósito.

A novidade mais significativa na prova pericial é a faculdade atribuída às partes e ao ofendido de formular quesitos e indicar assistentes técnicos. Além do mais, permite-se às partes requerer a oitiva dos peritos em audiência “para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos”. Afora isso, é possível a designação de mais de um perito pelo juiz ou a indicação de mais de um assistente técnico se a perícia for complexa, isto é, “abranger mais de uma área de conhecimento”.

Todas as modificações impressas no vetusto Código de Processo Penal já estavam contempladas no Código de Processo Civil. Embora o procedimento deva adequar-se aos aspectos substanciais da lide, nada exigindo que o procedimento civil seja idêntico ou até mesmo semelhante ao penal, não se justificava que o contraditório como garantia de participação fosse mais intenso em um deles no que toca à produção da prova pericial. Fez bem o legislador em aproximar os contornos da prova pericial cível e criminal, ficando doravante, não apenas a primeira, mas ambas sob o influxo saudável do contraditório.

Reconhecendo a similitude da disciplina legal da prova pericial no âmbito do processo civil e do criminal, Andrey Borges de Mendonça, de forma percuciente, aponta para duas diferenças relevantes: diversamente do que ocorre no primeiro, no segundo a atuação do assistente técnico dependerá de admissão do juiz, e esta somente ocorre após a elaboração do laudo pelo perito.¹¹

Assim, o assistente técnico no processo penal não poderá, por exemplo, acompanhar o procedimento de produção da prova, porquanto sua admissão ocorre posteriormente à conclusão do laudo.

O controle de admissibilidade do juiz acerca do assistente técnico indicado pela parte é salutar para evitar que, no processo penal, seja indicada como assistente pessoa inabilitada ou inidônea para opinar sobre os conhecimentos requeridos pela perícia. A admissão de assistente técnico tal poderá causar tumulto no processo, em nada contribuindo para o esclarecimento da verdade.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 68.

¹¹ *Op. cit.*, p. 186.

Contudo, sempre que a prova pericial puder ser produzida na fase instrutória do processo, nada obstará, em princípio, a participação do assistente técnico, tal como ocorre à luz do Código de Processo Civil, cujo art. 431-A determina que as partes devem ter ciência do local e hora e data do início da produção da prova, facultando-se aos respectivos assistentes técnicos acompanhar a produção da prova.

A aplicação supletiva do dispositivo permitirá que o contraditório ocorra não apenas no momento da crítica da prova, mas também no momento de sua produção.

Outro dispositivo, que sinaliza uma mudança interferente na cultura forense, profundamente vincada pelo sistema presidencialista de coleta de prova, é o novo art. 212 do Código de Processo Penal. Agora, na inquirição das testemunhas, as partes protagonizarão a atividade de inquirição, porquanto a elas competirá formular perguntas diretamente às testemunhas, antecipando-se ao próprio juiz. Apenas sobre “pontos não esclarecidos” é lícito ao magistrado “complementar a inquirição”.

Ao se aproximar do sistema adversarial típico do mundo anglo-saxão, entendeu o legislador que as partes podem e devem assumir papel de maior destaque na produção da prova oral¹². Vale a pena mencionar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, que tem trazido em seus recentes estudos valiosas contribuições comparatísticas entre os dois sistemas:

O confronto entre *civil law* e *common law* tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da “divisão do trabalho” entre juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assume relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se ‘inquisitorial’, ao outro tipo ‘*adversarial*’.¹³

Pergunta-se: essa alteração na “divisão de trabalho” entre juiz e advogados presta-se a concretizar de melhor forma o princípio constitucional do contraditório? É conveniente alterar a metodologia de produção da prova oral, já tão sedimentada em nossa prática judiciária?

Em relação ao princípio do contraditório, tanto o sistema presidencialista como o adversarial prestigiam-no, embora de forma diversa. Não é possível afirmar que um é mais garantista do que outro.

Quanto à conveniência ou não da medida, só o tempo dirá se o legislador procedeu com

12 Não de toda ela, entenda-se, pois o procedimento do interrogatório do ofendido não foi alterado no aspecto em estudo. Contudo, a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, perfilhando regra existente na Lei 9.099, de 1995, alterou a ordem da produção da prova oral, estabelecendo que o interrogatório do ofendido ocorrerá após a oitiva das testemunhas. Além do mais, no procedimento do Júri, reformulado pela Lei 11.689, de 9 de junho de 2008, as perguntas formuláveis pelo juiz às testemunhas em plenário antecedem as que serão formuladas pelas partes, mantendo-se o sistema então vigente, conforme art. 473 do Código de Processo Penal.

13 Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in *Temas de direito processual 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

acerto. Porém, lícito não é ao juiz ignorar a vontade reformista do legislador e seguir o modelo antigo. Às partes agora compete o direito processual subjetivo de primeiramente formular perguntas às testemunhas por elas indicadas.

Nem se diga que a alteração da ordem é indiferente. O modo como se formula pergunta à testemunha e a seqüência do questionamento, tudo a depender da maior ou menor sagacidade do advogado ou do promotor, poderão conduzir a resultados diversos. A atividade inquisitiva do juiz agora é meramente suplementar.

Problema pode surgir ante a ausência do promotor de justiça à audiência de instrução. A ausência do advogado implicará nomeação de dativo; obviamente, a ausência do promotor não conduz à idêntica solução.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça vem entendendo que não há nulidade se, previamente intimado, o promotor não se faz presente na audiência.¹⁴ Porém, como poderá o juiz “complementar” inquirição que não houve, sobretudo se o advogado do réu não formular perguntas?

Em tal caso, a solução mais drástica seria adiar a audiência, haja vista a existência de prejuízo, conquanto a solução contribua para estender o desfecho do processo.

Propomos, contudo, outra solução. Realmente, na ausência de perguntas de uma ou de ambas as partes, seja pelo não-comparecimento do promotor, seja por outro motivo qualquer, o juiz não teria o que complementar.

Porém, nada impede que o juiz, em casos tais, assumo o papel que o revogado art. 212 lhe atribuía; porém, o fará a título diverso. O juiz agora atuará com base nos poderes instrutórios que lhe são conferidos para agir de ofício previstos no art. 156 do Código de Processo Penal.

Se o mesmo juiz pode determinar de ofício a oitiva de testemunha, poderá, nessa situação excepcional, entendendo que a prova é importante para o esclarecimento dos fatos, ouvir a testemunha arrolada pela parte como testemunha do juízo, tal como lhe faculta o art. 209 do Código de Processo Penal. Sobre a forma de inquirição da testemunha cujo depoimento é determinado de ofício pelo juiz, não incide, em rigor, a regra do art. 212 do Código de Processo Penal.

Outra nota digna de menção é que o art. 217 do Código de Processo Penal permite na situação ali descrita a inquirição das testemunhas por videoconferência. Ainda que o meio deva ser utilizado de forma excepcional, como se infere da redação do dispositivo, permanece a controvérsia acerca da constitucionalidade da medida, havendo um precedente desfavorável no Supremo Tribunal Federal

¹⁴ “Processual penal. Alegação de nulidade. Audiência de instrução e julgamento realizada sem a presença do promotor de justiça. Ausência de prejuízo. Membro do *Parquet* que foi devidamente intimado e notificado para o ato processual. Inteligência do art. 565 do CPP. Lei Antitóxicos. Art. 12 c/c 18, III. Absolvição. Necessidade. Fragilidade da prova coligida. Recurso não provido. Não há falar-se em nulidade, se o promotor de justiça, regularmente intimado para os atos do processo, a estes não compareceu”. (TJMG; ACr 1.0080.03.900017-1/001; Bom Sucesso; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Erony da Silva; julg. em 23.03.2004; *DJMG* de 30.04.2004.)

quanto ao interrogatório do réu (conferir: *HC 88914-SP - 2ª T. - Rel. Min. Cezar Peluso - Julg. em 14.08.2007*).

Por fim, das modificações impressas no art. 386 do Código de Processo Penal, falaremos sobre a de maior destaque no campo da prova, qual seja a do inciso VI do referido dispositivo. Agora a lei permite ao juiz a prolação de sentença absolutória ainda que haja dúvida fundada sobre a causa de justificação ou sobre a dirimente.

Em várias decisões então proferidas, já vínhamos sufragando esse entendimento, seguindo, nesse passo, a orientação de Vicente Greco Filho, que relativizava o alcance da norma do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”), por entender que o ônus da prova que compete à defesa é *ônus imperfeito*.

Em sentido similar, doutrina Vicente Greco Filho que o ônus da prova da excludente de ilicitude é *ônus imperfeito*:

Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão - são desse tipo as excludentes.

O descumprimento desse ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação. Assim, em princípio à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.¹⁵

Dessarte, o legislador consagra em texto positivo a melhor orientação doutrinária sobre o ponto, suprimindo divergência quanto à correta aplicação da lei.

4 Conclusão

O Direito sempre foi uma arte da prudência; o juiz não pode se render ao devaneio de aplicá-lo com abstração de seus resultados práticos; tampouco o estudioso deve fazer do sistema jurídico um conjunto de premissas rígidas a partir das quais deduz com a inexorabilidade da lógica pura conclusões necessárias.

A reconstrução da verdade empírica, afirmamos no início, é elemento indispensável para que se obtenha uma decisão justa. Contudo, soa acaciano dizê-lo, a decisão justa poderá não só conduzir à absolvição do réu, como também à sua condenação.

¹⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 205-206.

Se o grau de garantismo do sistema processual penal foi intensificado pela nova legislação processual penal, nem por isso a interpretação de seus dispositivos pode conduzir ao absurdo.

Há que se manter o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e a efetividade da persecução penal, último instrumento com que conta a sociedade civilizada para punição daqueles que colocam em risco os valores indispensáveis à convivência.

Por isso mesmo, na exegese que fizemos dos dispositivos da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, evitamos o vício de descontextualizá-los. Tentamos pô-los em harmonia com a teleologia que inspira a nova legislação, que é inserir todos os momentos da prova penal no palco do contraditório. Mais do que isso, é atribuir caráter fetichístico às regras processuais penais em prejuízo da boa administração da justiça.

5 Referências bibliográficas

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Vários tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Vicente Filho. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito de inadmissibilidade. Artigo disponível no site da internet www.lfg.com.br. Acesso em 12 de julho de 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Ivan Luís. *Reforma processual penal de 2008*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas in *Temas de direito processual 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107-123.

_____. Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo in *Temas de direito processual 9ª série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-54.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LI, n. 2, giugno 1997.