

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E INOVAÇÃO

ALEXANDRE SILVA DE SOUZA

**A PROVA EM VÍDEO NO PROCESSO PENAL SOB UM ENFOQUE DE
DIREITOS HUMANOS.**

Juiz de Fora

2016

ALEXANDRE SILVA DE SOUZA

**A PROVA EM VÍDEO NO PROCESSO PENAL SOB UM ENFOQUE DE
DIREITOS HUMANOS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre na área de concentração Direitos Humanos e Inovação sob orientação do **Prof. Dr. Vicente Riccio** e co-orientação da **Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes**.

Juiz de Fora

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE SILVA DE SOUZA

A PROVA EM VÍDEO NO PROCESSO PENAL SOB UM ENFOQUE DE DIREITOS HUMANOS.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre na área de concentração Direitos Humanos e Inovação sob orientação do Prof. Dr. Vicente Riccio e submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Vicente Riccio
Universidade Federal de Juiz de Fora

Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016

Dedico esta dissertação a Lêda Wanda da Silva de Souza, minha mãe e Mário de Souza, meu pai (*in memoriam*) que sempre deram valor à educação e apoiaram minhas escolhas mesmo quando não as entendiam.

Agradeço a todos que auxiliaram em meu caminho para o cumprimento desta etapa do meu desenvolvimento acadêmico.

Ao meu orientador, Professor Vicente Riccio e à Professora Clarissa Diniz Guedes pela constante ajuda na elaboração dessa monografia, indicação de bibliografias relevantes e, principalmente sobre os esclarecimentos sobre a carreira acadêmica. À professora. Mestre Beronalda Messias da Silva que eu conheci como orientanda do prof. Vicente e cujo sucesso foi inspiração para que eu também buscase o grau de mestre.

Aos colegas de mestrado, desde os que me precederam, passando pelos meus contemporâneos até aqueles que nos sucederam. O convívio com vocês foi engrandecedor.

Aos alunos de graduação que me deram a oportunidade de ser seu professor durante o período do estágio de docência na disciplina Teoria do Estado e da Constituição.

Aos TAE's do departamento de Direito da UFJF e secretários da graduação e do mestrado por todo suporte oferecido.

À minha mãe e ao meu irmão Gustavo por tudo.

À UFJF, à faculdade de Direito, ao Mestrado em Direito e Inovação e à Pró-Reitoria Adjunta de Pós-graduação e aos órgãos financiadores que apoiam a formação acadêmica no Brasil.

Aos meus primos que já tinham passado por isso e me mostraram o caminho das pedras.

Em especial à Tatiana, minha mulher, que sempre me apoiou, acreditou na minha capacidade e ainda teve que lidar com o meu mau humor quando algo dava ou parecia que daria errado. Obrigado, amor!

“Nem sempre o verdadeiro é o verossímil.”
Nicolas Boileau

A PROVA EM VÍDEO NO PROCESSO PENAL SOB UM ENFOQUE DE DIREITOS HUMANOS.

Alexandre Silva de Souza

Resumo

Essa dissertação trata da evidência em vídeo no processo penal brasileiro e tenta analisá-la sob um enfoque de direitos humanos. Ela parte da ideia de que a capacidade de se fazer vídeos se disseminou por toda a sociedade e que, por isso, tornou-se uma forma bastante útil e clara de se tentar comprovar fatos. Discute, contudo, se o poder judiciário, tradicionalmente ligado à palavra escrita, está preparado para lidar com a prova em vídeo e seu poder retórico. O enfoque de direitos humanos lida com o temor de que uma sociedade coberta por câmeras se torne um Estado policial típico de distopias como 1984.

Palavras-chaves: Prova, vídeo, processo penal, direitos humanos.

THE VIDEO EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCESSO UNDER A HUMAN RIGHTS VIEW.

Alexandre Silva de Souza

Abstract

This dissertation deals with the video evidence in the Brazilian criminal process and tries to analyze it under a human rights approach. It starts from the idea that the ability to make videos spread throughout society and, therefore, has become a very useful and clearly way to try to prove facts. It argues, however, that the judiciary, traditionally linked to the written word, isn't prepared to deal with the video evidence and its rhetorical power. The human rights approach deals with the fear that a society covered by cameras could become a typical police state of dystopias as 1984.

Keywords: Evidence, video, criminal process, human rights.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Amostras selecionadas	68
Tabela 2 – Variáveis quantitativas.....	69
Tabela 3 – Variáveis quantitativas – escala de valores.....	70
Tabela 4 – Visualizações do vídeo em 1º grau.....	72
Tabela 5 – Visualizações do vídeo em 2º grau.....	73
Tabela 6 – Aceitabilidade da prova em vídeo.....	73
Tabela 7 – Presença de laudo pericial	74

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CCTV – *Closed Circuit Television* (Televisão em circuito fechado)

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

DVD – Disco Digital Versátil

PJe – Processo Judicial eletrônico

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

UFJF – Universidade Federal de Juiz de Fora

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. DIREITO, RETÓRICA E IMAGEM.....	13
1.1. Direito e Mídia.....	14
1.2. Retórica e Imagens do Justo (Ressaltar o aspecto retórico das imagens);.....	21
1.3. A Imagem como prova Judicial;.....	25
1.4. A Alfabetização Digital e os Operadores do Direito	31
2. OS TRIBUNAIS (JUDICIÁRIO) E A IMAGEM EM VÍDEO.....	37
2.1. O Processo Penal e a Imagem.....	38
2.2. A Questão dos Direitos Humanos, fundamentais e legais e a Imagem em vídeo.....	47
3. A PESQUISA.....	62
3.1. Metodologia empregada.....	62
3.2. A Prova em Vídeos e os Tribunais – Análises Exploratórias	67
3.3. A Análise da Amostra.....	74
CONCLUSÕES	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

O vídeo é uma ferramenta extremamente versátil para se contar histórias. Ele reproduz de forma audiovisual histórias fictícias, criadas, mas também pode espelhar o que é histórico. Isto quer dizer que ele pode mostrar algo que esteja acontecendo para alguém que não esteja presenciando a situação. Tal fato torna a evidência gravada em vídeo algo bastante útil para a justiça.

As imagens em vídeo, ao documentar fatos, tinham uma vantagem muito grande sobre outros tipos de prova aos quais o direito já estava acostumado. As imagens tinham um poder descritivo muito maior do que o texto impresso. Além disso, sua capacidade de reproduzir o que fora gravado sempre da mesma forma o faz muito mais confiável do que a memória humana. O final do século XX e o início do XXI, porém, deram a essa ferramenta um *status* que ela não tinha. No nosso tempo, o vídeo se tornou onipresente.

Se já era interessante a capacidade de documentação que o vídeo tinha de um fato no tempo e no espaço, a possibilidade de que qualquer pessoa pudesse fazer essa documentação fez crescer sua importância para o Direito. Ocorre que acompanhar o avanço tecnológico é algo complexo para o Direito. Em que pese a lei dever se interessar por tudo o que é humano e a tecnologia ser um aspecto do que é humano, abraçar cada nova tecnologia que surge é uma impossibilidade fática. Além disso, existem tecnologias que surgem e desaparecem antes mesmo que possam produzir efeitos jurídicos relevantes.

Não é o que ocorre com a prova em vídeo. Ainda que a mídia na qual se guardam as imagens possa ter se alterado através do tempo, a imagem em vídeo persiste desde o final dos anos 1800 até os nossos dias. Se no começo o vídeo era analógico e guardado em filmes quimicamente tratados hoje ele é digital e pode ser transmitido através da “nuvem”. O fato de o vídeo ter se tornado digital felizmente coincidiu com o momento em que o direito vem se tornando digital. A justiça vem se adequando a uma sociedade informatizada e no momento, no Brasil, o processo judicial eletrônico (PJe) é uma realidade.

Esse cenário que se desenha demanda atenção. De um lado temos a tecnologia onipresente do vídeo, sua capacidade de reprodução de um aspecto do fato cinzelado no espaço e no tempo e a informatização da justiça. Do outro, temos vídeos com grande poder retórico combinados a pessoas que não estão capacitadas a entender as nuances de que o vídeo

é uma representação e não o fato e operadores do direito que ainda não se sentem confortáveis para lidar com o processo que não seja o escrito.

Em virtude disso, essa dissertação tratará em seus capítulos seguintes da questão da retórica por trás dos vídeos, das relações desse tipo de prova com os direitos humanos e, utilizando-se de pesquisa quantitativa e qualitativa observará como esse tipo de prova tem sido utilizado nos tribunais dos estados de maior população de nosso país. O capítulo 1 lidará com o Direito, a retórica e a imagem. O segundo capítulo tratará de um aspecto mais concreto para o Direito tentando entender como os tribunais lidam com a imagem em vídeo. O capítulo final continua em direção a concretização dos aspectos dessa dissertação e observa os dados da pesquisa empírica realizada em tribunais determinados (TJMG e TJSP).

1. DIREITO, RETÓRICA E IMAGEM

A dissertação que se apresenta tem como objeto o poder retórico da prova em vídeo e, em sua análise desse poder de convencimento, busca estabelecer as relações e os efeitos que esse tipo de prova produz no processo em especial quando se trata de momentos em que esse tipo de prova entra em contato com situações em que os direitos humanos sejam afetados. Ainda que o vídeo não seja uma prova típica, no sentido de ser enumerado como um tipo específico de prova no ordenamento jurídico, e, apesar também de não ser ainda uma espécie de prova muito utilizada no judiciário brasileiro, é um elemento cuja apresentação nos processos judiciais tem aumentado bastante, principalmente em virtude do avanço tecnológico, do barateamento de sua produção e a da confiança que as pessoas têm nesse suposto poder de convencimento da mesma. O que se busca analisar é se esse aparente poder retórico tem efeito sobre as partes no processo ao verificar se essas partes têm treinamento e educação para analisar tais imagens dentro do contexto do judiciário.

Para isso faz-se necessário que o Direito tenha cuidado na aceitação e apreciação desse item processual, seja como ordenamento jurídico, seja como jurisprudência, seja como doutrina. Isso é importante, pois a busca da verdade no processo não pode ser feita a qualquer custo. Mesmo no que se refere ao processo penal, no qual prevaleceria uma “verdade real”, isto é, onde se busca uma maior identidade do narrado no processo com os fatos, para fins de condenação, o que, em tese, acarretaria em uma maior liberdade probatória, outros princípios constitucionais, como a ampla defesa, o devido processo, a presunção de inocência, a paridade de armas, o respeito à imagem e à privacidade, entre outros, devem ser sopesados frente a essa liberdade na produção de provas. O uso das aspas em “verdade real” diz respeito ao fato de que tal conceito de verdade ser algo que grande parte da doutrina processual atual relativiza. Cita-se como exemplo dessa relativização, nesse momento inicial GASCÓN ABELLAN (2010, p.43) e sua epistemologia moderadamente realista, que considera que o juízo de fato seria a escolha da hipótese racionalmente mais digna de consideração entre as reconstruções possíveis dos fatos da causa, o que reconduz a TARUFFO (*in* GASCÓN ABELLAN, 2010, p.43) que afirma que a verdade dos fatos nunca é absoluta, mas que vem dada pela hipótese mais provável e sustentada pela maior quantidade de elementos de confirmação.

Além disso, em que pese o esclarecimento que a imagem possa vir a oferecer, esta não pode ser entendida como o real, o fato. Trata-se apenas de um aspecto gravado em dados digitais de um fato, um único ponto de vista, bidimensional sobre um fato que ocorre em um

espaço tridimensional. No que se refere à dimensão tempo, ainda que o vídeo seja capaz de representá-la, não se trata do mesmo momento do fato observado, mas sim de uma representação daquele momento *a posteriori*.

A utilização desse tipo de prova exige das partes no processo o entendimento de que a o vídeo deve ser observado dentro de um conjunto probatório que determinará o contexto de sua interpretação. Deve se somar a isso o fato de que o aspecto digital dos dados permite sua manipulação de um modo mais fácil do que as imagens gravadas em filme de outrora. Mesmo que não se esteja considerando a adição de elementos falsos, a própria supressão de trechos pode ser conveniente para o discurso de uma parte e negativo para a parte adversa.

De todo modo, isto pode demonstrar que independentemente do falseio do vídeo, as imagens não podem ser consideradas um elemento neutro. Aos operadores do direito, sejam eles as partes ou os magistrados, é necessário o conhecimento dos aspectos retóricos dessa forma de se portar no processo. O uso das imagens em vídeo é uma nova linguagem que se soma a linguagem falada e escrita no processo e, em virtude disso, é fundamental que as partes (SHERWIN, 2011) tenham sido “alfabetizadas” nessa linguagem, para que possam utilizá-la da melhor maneira e não possam ser manipuladas por uma retórica vazia e pela mera estética do vídeo. Assim como no discurso processual, a retórica do vídeo tem que ter um aspecto dialético (no sentido aristotélico), não pode ser a mesma utilizada como mero recurso sofisticado ou erístico da busca do convencimento por si só.

Com o objetivo de estudar tais relações nesse capítulo introdutório trataremos dos seguintes pontos: 1 - Direito e Mídia; 2 – Retórica e Imagens do Justo; 3 - A Imagem como prova Judicial e; 4 – A Alfabetização Digital e os Operadores do Direito.

1.1. Direito e Mídia

As relações entre direito e mídia nem sempre são as mais tranquilas. São campos das ciências humanas que têm formas muito diferentes de abordagem dos fatos sociais. No que se refere à mídia, seu viés informativo não é suficiente para hoje descrever a metodologia e os interesses dos profissionais da área. A função social de informar não é suficiente para uma sociedade moderna. Cabe à mídia não só apurar a verdade, mas também, através de sua atuação fiscalizar a sociedade, demonstrar suas mazelas e os desmandos dos poderosos. Ao observar ela atua para melhorar a sociedade. Ao demonstrar os equívocos ela permite que a

sociedade exija a justiça. O juízo editorial implica a escolha de uma posição, de um lado. A escolha do que mostrar e a forma como se mostra não está isenta de uma ideologia. Não se deve observar o que é veiculado pela mídia como a isenta exibição dos fatos. Por trás da escolha existe uma forma de pensar, as imagens defendem uma visão de como as coisas devem ser para aqueles que as apresentam.

O direito, personificado em seus operadores, muitas vezes considera, de forma equivocada, que o papel de realizar a justiça é exclusivamente seu. Em que pese o papel regulatório exercido pelas leis, fiscalizatório realizado pelo Ministério Público, de defesa desempenhado pela advocacia e decisório praticado pelos magistrados, toda a sociedade tem um papel relevante na busca de justiça. Porém, ainda que essa função encontre-se difusa na sociedade, é, o judiciário que, em última instância, realiza a pacificação social. Como estabelece o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Para realizar a pacificação social o direito se utiliza de regras (em um sentido lato) e procedimentos. Tais regras existem para impedir que o Estado, no afã de justiça, ou quando mal intencionado não se torne justiceiro. As conquistas da sociedade nas revoluções liberais exigiram que o Estado fosse cuidadoso ao atuar, de forma a não afetar de maneira desnecessária e desproporcional as liberdades de seus cidadãos. Isso veio exigir que o poder judiciário ao atuar na persecução da paz social, respeitasse os direitos que foram conquistados por seus cidadãos. Cabe ao Estado, e, em última instância ao Poder Judiciário proteger os cidadãos de atuações que possam ferir sua liberdade ou a sua privacidade.

Haja vista esses aspectos enumerados, é possível verificar que, muitas vezes, de forma a se garantir as liberdades individuais e os direitos humanos, mais genericamente, a atuação do direito pode parecer para muitos ineficaz na persecução criminal. É nessa seara que muitas das vezes ocorrem conflitos entre direito e mídia. Apesar de a mídia orientar-se eticamente para a atuação isenta, equilibrada e compromissada com a verdade, atua, no final das contas, na defesa de um ponto de vista.

O jornalismo deve ter como limites à sua atuação sua própria ética profissional, mas também o Direito. A imprensa se baseia em algumas garantias que se tornaram fundamentais ao Estado democrático, dentre as quais a liberdade de expressão. Apoia-se também, fortemente, na confidencialidade e no sigilo da fonte. Tais elementos são extremamente

relevantes em uma das principais funções do jornalismo, a fiscalização do poder estatal contra excessos.

Ocorre, no entanto, que princípios, utilizando-se aqui a ideia de princípios como mandado de otimização de ALEXY (2008), não são absolutos, e, em alguns casos devem ter sua eficácia reduzida quando colidirem com outros princípios do ordenamento ou mesmo quando ferirem Direitos Humanos acolhidos de forma universal. A divulgação de determinadas notícias pode gerar danos irreparáveis à imagem, à personalidade ou a capacidade de indivíduos de se defender. Se a tais notícias soma-se o poder retórico da imagem em vídeo, tem-se uma desigualdade de armas que pode ser extremamente prejudicial.

O caso da Escola Base¹, demonstra como o jornalismo televisivo, no afã da produção do furo jornalístico, somado a uma polícia autoritária pode resultar na absurda violação de direitos fundamentais de investigados. Recapitulando-se de forma ligeira, no caso citado, os pais de uma criança acusaram os proprietários da escola, professores, um funcionário de transporte escolar e outro casal de pais de abusar sexualmente de seu filho. A imprensa, de forma atabalhoada, realizou diversas reportagens que resultaram na destruição da imagem dos investigados e da Escola. O uso dos vídeos fixou no imaginário popular a efígie do proprietário da escola e dos demais acusados como estupradores, algo que não se desfez nem mesmo quando este foi inocentado, ou após a condenação da emissora de televisão em uma elevada quantia a título de indenização, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça².

Quando falamos de processos criminais, diversos desses princípios que são direitos humanos e foram acolhidos em nossa constituição ganham relevo. Pode-se falar em liberdade, privacidade, ampla defesa, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, por exemplo. Tais princípios podem vir a colidir com a ideia de liberdade de expressão, acesso à informação, supremacia do interesse público ao se tratar de investigação por parte da mídia. Esse embate entre princípios constitucionais nunca tem uma resposta pronta no que se refere a qual deve prevalecer. São *hard cases* que necessitam de ponderação e muitas vezes de análise casuística. Mesmo que decisões jurisprudenciais reiteradas possam indicar uma tendência, a importância dos princípios envolvidos pode exigir a análise de casos semelhantes. Pequenas variáveis podem fazer toda a diferença em tais casos.

¹ <http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/escola-base-20-anos-depois>

² REsp 1215294 SP 2010/0177517-0

Ao se falar de verdade, em se tratando de mídia e de processo judicial, não existe uma univocidade dos termos. Na tentativa de se atingir a verdade, muitas vezes o processo impõe mais limitações à sua busca que a imprensa. Evidentemente, que uma imprensa isenta e justa, abriga ideias como a busca pelo contraditório ou alteridade, por exemplo, mas regras de distribuição de ônus da prova, ou direito a não-autoincriminação serão vistas de formas bastante diversa pela justiça e pela mídia.

Os aspectos de verdade real *versus* verdade formal são uma questão importante até mesmo exclusivamente na esfera do direito. Até mesmo a chamada verdade “real” do processo penal (comparando-se com a formal do processo civil) seria apenas uma “verdade” atingível pelo processo e que esta estaria, em muitos casos, distante daquela obtida pela mídia sem as limitações processuais à busca da verdade; adianta-se, porém, que a expressão “verdade real” é atribuída ao processo penal apenas no sentido de se designar uma exigência de um standard probatório superior para a condenação e, não, no sentido de autorizar o juiz a uma busca desenfreada ou ilimitada pelos fatos, com violação à presunção da inocência. Nesse ponto introdutório do texto não será possível detalhar essa questão da verdade. Mais adiante, no item 1.3 e no decorrer do capítulo 2 retomar-se-á os aspectos referentes à verdade no processo.

Todavia, ao se falar de relação mídia-direito não se pode pensar que apenas o direito atua sobre a mídia. As atuações são recíprocas! O direito penal (e principalmente o processual penal) em sua aplicação é afetado pela apresentação de julgamentos ou casos policiais pela imprensa ou programas do tipo *reality show*, por exemplo. Isso pode ter como efeito a seletividade (escolha de um inimigo) na aplicação do direito penal, além de um recrudescimento da opinião pública, gerando um movimento do legislador em direção ao chamado Direito Penal do Inimigo ou do Direito Penal Máximo. LASSITER (2001) demonstra por meio da análise de julgamentos selecionados a influência que a mídia pode ter em um julgamento criminal. Demonstra que os tribunais americanos, mesmo que se considere o respeito que tenham pelas 1^a (direito de acesso)³ e 6^a (julgamento público)⁴ emendas à sua

³ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances." [http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_\(1791\)](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_(1791)), acesso em 10 de mar 2016.

⁴ "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the

Constituição, têm restringido a atuação da mídia televisiva em inúmeros julgamentos. Mesmo com a existência de um canal comercial (Court Tv) e a cobertura feita pelos noticiários de diversas emissoras, cada vez mais as decisões judiciais têm sido no sentido de impedir a entrada de câmeras de TV nas salas de julgamento. LASSITER (idem) pondera que podem ocorrer situações que influenciem negativamente na justiça das decisões, haja vista a interferência tecnológica, a possibilidade de ocorrência de *coaching* tecnológico dos advogados, o aumento do tempo de julgamentos haja vista a constante necessidade das partes e do magistrado terem de se retirar para fazer considerações que não devem ser feitas em frente das câmeras, a caça de “evidências” tecnológicas por parte dos jornalistas, isso além da influência que as notícias podem gerar nas testemunhas e a “marketização” das mesmas, consistente na tentativa das testemunhas de se aproveitar financeiramente de sua *expertise* e conhecimento. O autor relata que a fama repentina afeta as partes, testemunhas, jurados, advogados e até mesmo o juiz, os quais, em virtude da atenção recebida, podem ter prejudicada sua imparcialidade.

Outro aspecto importante, diz respeito ao fato de que, principalmente no Brasil, em virtude do período não democrático que antecede à atual Constituição, permitiu-se uma concentração e uma verticalização da imprensa que gerou grupos de comunicação extremamente poderosos e que atuam nas mais diversas áreas do jornalismo (TV, rádio, revistas, jornais e *internet*).⁵ Tais grupos, haja vista seu amplo domínio dos meios de comunicação formam uma oligarquia que tem amplo poder o qual rivaliza até mesmo com o do Estado.

Apesar do grande poder desses grupos midiáticos, ocorre na atualidade (no Brasil, em especial da década de 90 do século passado aos dias de hoje) um grande crescimento da participação do cidadão nas comunicações haja vista o desenvolvimento da informática e da *internet*. Os grandes grupos de comunicação, que ainda detêm um poder muito de grande de influência da opinião pública, têm perdido parte de sua força e agilidade jornalística no confronto com as mídias sociais e com os *blogs* e *sites* jornalísticos. Em nome da liberdade de imprensa e também da necessidade de celeridade dos meios de comunicação, em um mundo globalizado e informatizado, tem se visto a divulgação de notícias como se verdades fossem e sem prévia checagem tanto da nova mídia surgida na *internet*, muitas vezes amadora, mas

Assistance of Counsel for his defence.
[http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_\(1791\)](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_1_(1791)), acesso em 10 de mar 2016.
⁵ <http://tvbrasil.ebc.com.br/vertv/episodio/a-influencia-da-midia-no-periodo-da-ditadura>

também da velha mídia tentando se adaptar aos novos tempos. Nesses casos muitas vezes notícias são divulgadas antes de uma completa conferência e revisão, o que gera desinformação ao invés de conhecimento (DEIRO, 2016).

Seria isso um abuso do direito à liberdade de expressão? O que dizer da posição editorial de certos veículos da mídia? É certo que o direito à opinião também é parte do jornalismo contemporâneo onde cada vez mais o juízo editorial é mais importante que a informação crua. Ocorre que muitas vezes não fica claro o que é opinião e o que são fatos. Ainda que a lei assegure o direito de resposta (quando se fala de violações desse tipo), que deve ter todas as características da agressão realizada (mesmo veículo, mesmo tamanho, mesmo tempo etc.), na maior parte das vezes, o estrago feito pela notícia é grande e o remédio legal (direito de resposta ou indenização por danos) não consegue controlar a doença do boato.

Os problemas referentes à sobreposição de interesses entre imprensa e judiciário no que se refere à justiça não são exclusivos deste país. Todo país democrático, dotado de uma imprensa livre, vez ou outra terá este tipo de conflito de princípios. É saudável que seja assim. Prefere-se uma imprensa que algumas vezes exagere no seu afã de justiça do que uma que se submeta completamente ao poder estatal ou aos poderes político e econômico. No Brasil identifiquei dois problemas como bastante frequentes. O primeiro deles foi citado anteriormente e diz respeito à centralização do poder da mídia na mão de poucos grupos verticalizados, muitas vezes empresas cujo controle é familiar e que eternizam pontos de vista em detrimento de um acompanhamento das opiniões populares. Esses grupos detêm imprensa escrita diária (jornais) e periódica (revistas), rádios e emissoras de TV nacionais e regionais. Tais concessões, em especial de rádio e TV, foram dadas, muitas das vezes, durante o regime de exceção (1964-1985) e que são mantidas até os dias de hoje por tais grupos. O segundo problema tem relação com o fato de o período de exceção citado ter criado um longo intervalo na nossa imprensa democrática. Ainda que a imprensa tenha sido bastante atuante na luta contra o regime de exceção, é como se a nossa mídia tivesse renascido com a democracia e tivesse que a ela se adaptar. Não se quer com isso deixar de reconhecer o papel da imprensa na luta contra a ditadura. Trata-se de setor da sociedade que teve papel fundamental contra os desmandos do governo militar. Verifica-se, porém, que o período ditatorial causou uma interrupção no desenvolvimento de nossa imprensa livre que teve que se readaptar à ausência de censura. Hoje ela é jovem e, como os jovens, testa os seus limites. Sobre a questão da

imprensa no regime militar utilizou-se como fonte a obra de GASPARI (2002, 2002, 2004, 2003).

Em que pese muitas vezes nos referirmos à imprensa, tais pensamentos devem ser estendidos para a mídia de uma forma geral, incluindo-se a mídia de entretenimento que também tem grande poder retórico e pode também formar o convencimento da sociedade, ditar modismos e criar tendências comportamentais. Mas no que se refere à imprensa, existe uma tendência por parte da sociedade de se acreditar que as versões expostas por ela são fatos. Há um risco de que muitos indivíduos não questionem as informações recebidas quando vierem de um órgão de imprensa. Uma sociedade responsável deve checar as informações qualquer que seja a sua fonte, mas não é isso que se observa.

A busca pela verdade jornalística muitas vezes resultará meramente em um ponto de vista. Quando essa “verdade” é oponível à liberdade de uma pessoa uma escolha deve ser feita. Quando restarem dúvidas, qual deve ser a posição da justiça? *In dubio pro reo* ou *in dubio pro societate*?. Em geral, em sociedades democráticas, tem-se seguido o preceito de Voltaire (“*Il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent*”) e a escolha tem sido a presunção de inocência.

Em virtude disso, o ponto de vista do direito, em especial o do direito processual penal, tem sido que: a) A persecução da verdade deve ser dotada de limitações que protejam o cidadão de abusos do Estado, limitações essas que correspondem a garantias fundamentais, que costumam estar estampadas nas cartas constitucionais de países democráticos e, em virtude dessas limitações; b) quando não for possível que a verdade processual da acusação seja robusta o suficiente para vencer a presunção de inocência, que o réu ou o acusado seja considerado inocente. Os aspectos relativos ao processo e a verdade serão retomados no capítulo 2 de forma mais detalhada.

Haja vista a diferença de enfoques na busca do justo os conflitos são inevitáveis. Ocorre que a mídia, grande defensora da democracia de outrora, parece considerar a liberdade de imprensa um valor que deva sempre ser sobreposto aos demais na defesa da soberania popular. O valor liberdade de imprensa, uma modalidade do princípio liberdade de expressão tem sido considerado, equivocadamente, um valor absoluto, uma regra cuja aplicação não pode ser relativizada. Com isso acusa-se sem dar direito de defesa. Esse entendimento permite a adoção, pela polícia e pelo judiciário, de métodos que não seriam lícitos, tais como a

utilização de câmeras escondidas, a divulgação de gravações de ligações telefônicas em que a parte investigada não tem conhecimento de que está sendo gravada, tudo isso sem autorização judicial.

Para aqueles que consideram as liberdades como princípios não há outra escolha que não seja uma ponderação, um juízo de proporcionalidade na sua aplicação. A liberdade de imprensa seria, portanto, um princípio democrático entre vários outros, como o direito ao contraditório, por exemplo. A escolha de um princípio em detrimento de outros em todas as ocasiões causaria à democracia muito mais prejuízo que benefício.

1.2. Retórica e Imagens do Justo;

Todo o referencial teórico adotado nessa dissertação parte do pressuposto de que a prova em vídeo tem um grande poder de convencimento. Isso não quer dizer que ela deva conduzir a decisões que a considerem verdade absoluta, mas sim que aos olhos leigos ela parece ter uma aura de verdade e certeza que talvez só possa ser comparada às provas de caráter científico, como o exame de DNA, por exemplo

A utilização de uma prova em vídeo, portanto, confere uma posição fortalecida à parte que dela se vale. É algo que pode por si só definir um julgamento, mesmo que forneça apenas um indício e não mostre o fato em si. SHERWIN (idem, p.120) previne que a apreciação de imagens costuma esbarrar em um senso comum que clama por certeza, mas que fica perdido quando procura por razões que lhe deem garantia.

Como lidar com os aspectos de convencimento da prova em vídeo? Que tipo de efeito de persuasão pode-se esperar do vídeo quando usado no processo? Tais questionamentos nos levam a analisar a retórica e para isso é necessário abordar seu significado e seu valor dentro do processo.

Para tanto se faz necessário ter como ponto de partida a tópica, ou seja, a utilização de *topoi*, ou lugares comuns no discurso filosófico ou mais recentemente na argumentação jurídica. Ao falarmos de tópica jurídica é comum nos remetermos à Theodor Viehweg ou a Chaïm Perelman, haja vista serem esses autores os grandes defensores da utilização da tópica no direito. É necessário, porém, para tratar de argumentação jurídica ir um pouco mais longe, como fez MADEIRA (2014), e analisar os aspectos da tópica na Grécia de Sócrates, Platão e Aristóteles. No que se refere aos primeiros, pouco se sabe a respeito de seu entendimento

sobre a utilização dos *topoi* argumentativos, quando muito que eram utilizados, pois Sócrates nada deixou escrito, e Platão, através do qual conhecemos Sócrates, considerava que os conhecimentos mais importantes deveriam ser transmitidos oralmente, o que resultou na perda de muito do que se sabia em virtude da ausência de registro escrito. Pode ter parecido à época que fazia sentido que se transmitisse oralmente um conhecimento que estava voltado para o discurso, mas pouco ou nada restou das técnicas de argumentação dos dois grandes filósofos citados. Resta-nos então partir de Aristóteles para termos como destino a retórica jurídica atual defendida por Perelman e por aqueles que rejeitam um excesso de positivismo no discurso jurídico.

O uso do termo retórica nos dias de hoje abarca um conjunto de ideias muito maior do que tal termo tinha no contexto dos oradores clássicos. Parece que quando se fala em retórica na contemporaneidade está se falando na arte do convencimento pela palavra. No contexto jurídico, em especial, isso pode ter um caráter pejorativo. Em que pese ser extremamente improvável a existência de um discurso jurídico que não se apoie em algum momento em lugares comuns, em tópica, a tentativa de se aproximar a ciência jurídica das ciências naturais pode exigir do jurista que tente ser o mais descritivo possível em seu discurso. Os esforços positivistas na tentativa de se obter uma ciência do direito mais parecida com as ciências clássicas da natureza, onde existe uma maior previsibilidade de resultados, afastaram a utilização da retórica conforme descrita por Cícero no direito romano e por Giambattista Vico no séc. XVII. A grande defesa da tópica no direito vai ressurgir com Theodor Viehweg no séc. XX em sua obra *Tópica e jurisprudência*, a qual influenciou autores como Chaïm Perelman, por exemplo. Cumpre, porém, entender o sentido clássico da retórica e da tópica para melhor analisarmos a questão da prova em vídeo.

Aristóteles ao falar sobre a tópica filosófica no *Órganon* foi bastante didático. Categorizou os discursos descrevendo-nos por suas características, pela utilização ou não de silogismos, pelo uso ou não de *topoi*. Metodologicamente dividiu o discurso em Dialético, Apodítico, Retórico, Erístico e Poético. Tais modos do discurso não são objetivo da dissertação em questão e para uma maior compreensão do tema sugere-se a leitura do *Órganon*, ou ao menos da obra de MADEIRA (idem) citada. O que é importante para o desenvolvimento desse tema é o entendimento do que seria a retórica para Aristóteles, e o que entendem os autores mais contemporâneos por retórica. Superado esse ponto é necessária uma análise que permita observar se as imagens em vídeo têm ou não um poder retórico.

Para o filósofo grego, a retórica tinha toda uma forma e um objetivo. Assim como Platão, Aristóteles considerava que a retórica não deveria ser utilizada para obter o convencimento como um fim em si mesmo. Aristóteles considerava que essa retórica muito utilizada pelos sofistas, cujo único objetivo era vencer um debate diferenciava-se e muito do discurso retórico defendido por ele. Para tanto, quando se referia a essa técnica de debate que buscava exclusivamente o convencimento, Aristóteles a chamava de Sofística ou de Falácia.

O discurso retórico aristotélico tem como principais características o uso do silogismo na forma de *entimema* (baseado em indícios ou semelhanças), a utilização da *endoxa* (opinião que parece verdadeira a todos, à maioria ou aos mais sábios) como premissa, a existência de um compromisso ético entre os interlocutores, a possibilidade de aceitar *topoi* (lugares comuns) como instrumentos argumentativos, a necessidade de os interlocutores dominarem o uso do *entimema*, aceitarem as mesmas premissas e partilharem de boa-fé, a busca do convencimento através do verossímil e uma bilateralidade de discurso apenas parcial, uma vez que um dos “interlocutores” é o auditório que não debate dialeticamente com o orador, mas sim, aceita ou não seus argumentos.

Para fins do direito, a retórica aristotélica não pode ser aplicada sem alterações. Não apenas em virtude da pretensão de veracidade que as decisões judiciais buscam, as quais não deveriam aceitar o meramente verossímil. Nesse aspecto seria possível até aceitar a limitação imposta ao discurso retórico aristotélico, haja vista a realidade demonstrar que a verdade obtida pelo processo muitas vezes se distanciar da verdade real. O aspecto que impossibilita a completa aplicação de uma retórica no sentido aristotélico ao direito e, mais especificamente, na apreciação de provas como a prova em vídeo, diz respeito à necessidade que um ordenamento jurídico minimamente justo tem de uma dialética entre as partes para que se possa falar em paridade de armas e ampla defesa.

O raciocínio do discurso retórico não se baseia na dedução, ou seja, não parte do geral para o particular. Costuma fazer o caminho contrário, o indutivo, no que costuma contrariar as ciências naturais. MADEIRA (idem), que é um crítico à utilização da tópica no direito, é, porém, claro ao demonstrar que as decisões jurídicas estão inúmeras vezes baseadas em lugares comuns. A tópica, seja ela desejada ou não, é uma realidade no direito. O senso comum ou a opinião que parece verdadeira a todos, à maioria ou aos mais sábios (*endoxa*) permeiam o mundo jurídico. Em que pese ser desejável que as decisões judiciais sejam mais previsíveis, que se afastem ao máximo o raciocínio indutivo, prevalecendo as regras gerais da

dedução, os esforços positivistas não foram capazes de afastar o caráter de ciência humana do direito. Além disso, não cabe ao direito deixar de decidir quando as provas não forem robustas o suficiente para gerar uma decisão inquestionável. Não sendo possível que uma decisão jurídica seja puramente apodíctica, o magistrado terá de aceitar que para a formação de seu convencimento, muitas vezes ele cederá à retórica das partes.

Em que pese, como citado anteriormente, a retórica em si não ter espaço para uma dialética completa, o julgador deverá permitir que se desenvolva uma dialética entre os discursos das partes para que sua decisão possa ser menos sensível a uma retórica vazia (sofística ou falaciosa).

Ao se tratar do poder retórico da prova em vídeo reforça-se o caráter de convencimento do termo retórica. Não se quer afirmar que a prova em vídeo terá a forma do discurso retórico aristotélico, mas sim, que as imagens costumam produzir um efeito no observador de que ele passa a acreditar ser testemunha do fato que é narrado no processo. A prova em vídeo faz o observador crer que não existem intermediários entre ele e o fato narrado. Ao eliminar da cadeia narrativa a testemunha, que tem o problema de não ser uma prova confiável (AQUINO, 1995, pp 19 e ss.), vindo a ser apelidada de “prostituta das provas” no meio jurídico, passa o observador a ter uma confiança maior no convencimento da prova, pois ele a está vendo com seus próprios olhos. Ocorre que o observador sofre de muitos dos aspectos negativos da testemunha. Ele também não é capaz de extrair a pura verdade da observação de um acontecimento. Ele também está sujeito a se basear em tópicos na análise das imagens, e a acrescentar seus preconceitos ao julgá-las. E, além disso, estará sujeito às limitações que podem estar presentes na produção da imagem em vídeo, como, por exemplo, imagens de baixa qualidade, ângulos fixos, ausência de cor ou de som.

A parte que se utiliza da imagem tem a vantagem de escolher imagens que lhe pareçam vantajosas. Muitas vezes um determinado ângulo de câmera esconde um elemento que pode ter sido o provocador da situação filmada. Fatos acontecidos antes ou depois do momento registrado em vídeo podem ser fundamentais para a tomada de uma decisão correta. A escolha de se colocar ou não uma prova em vídeo em um processo é um aspecto estratégico assim como a colocação de qualquer outra prova no processo. Isto quer dizer que não é apenas o efeito da prova de convencer que deve ser sopesado, mas sim a sua colocação como estratégia da linha de argumentação da parte.

MCCORMICK (2005) ao falar de narrativas legais mostra que a construção de uma narrativa jurídica, a qual se dá sempre em um momento posterior ao fato, é uma criação das partes e as provas fazem parte dessa tentativa de concepção de uma coerência normativa. Não é diferente com a prova em vídeo. Tais provas são colocadas na narrativa de uma parte de forma a estabelecer um discurso que visa o convencimento do julgador.

Verifica-se, portanto, que é necessário que a análise da prova em vídeo deva se dar dentro de um contexto probatório amplo, abertas as possibilidades de ampla defesa e paridade de armas entre as partes. À parte adversa deve ser concedida a possibilidade de análise prévia da prova em vídeo para que no momento da audiência não seja surpreendida por aquela prova. A dificuldade de se desconstituir algo que foi demonstrado em vídeo é enorme. O ser humano ao contrário de outros animais como os cães, que se fiam muito mais no olfato, tem uma confiança muito grande no aspecto visual, o que fortalece os aspectos de convencimento de um vídeo em contraposição a um testemunho, por exemplo.

Ressaltados esses aspectos de convencimento vejamos como as imagens têm sido utilizadas no processo.

1.3. A Imagem como prova Judicial;

A utilização da imagem no processo não é uma novidade. Em se tratando da imagem estática, esta é utilizada mesmo antes do surgimento da fotografia. Em que pese o poder descritivo da palavra, muitas vezes, para a correta compreensão sem margem para dúvidas, faz-se necessária a utilização de esquemas visuais que permitam o correto entendimento do fato narrado. Para tanto, as partes, ou os peritos em sua explicação das provas técnicas fazem uso de desenhos ou fotografias.

Com o advento do vídeo um novo recurso explicativo surge. A animação das imagens facilita a demonstração de trajetórias ou de ações no tempo. Fica mais fácil explicar ações complexas para o juiz ou para o júri e conseguir que a atenção destes seja dada aos aspectos que as partes consideram importantes em sua narrativa. O movimento aliado a imagens permite que se demonstre com maior clareza o que se descreve. O vídeo deixa uma margem menor para a imaginação do julgador. Ele não deixa de ter o ônus de interpretar, mas não precisa mais criar em sua mente aquilo que o texto com suas limitações descrevia.

Apesar de não ser nova a utilização das imagens no contexto processual e até mesmo levando-se em consideração o fato de que o cinetoscópio de Thomas Edison e o cinematógrafo dos irmãos Lumière terem surgido na última década do séc. XIX, é na atualidade que a discussão sobre a prova em vídeo se torna mais premente. Isso porque mesmo que no início dos anos 1900 já existissem câmeras e projetores de cinema portáteis, a forma de gravação em filmes, os quais precisavam ser revelados quimicamente, não permitiu que a tecnologia se tornasse completamente popular. Em que pese a utilização artística das câmeras ter proporcionado a criação da “sétima arte”, a qual se tornou rapidamente popular, a gravação de vídeos pela população ainda era algo caro e de difícil realização. Mesmo na década de sessenta do século passado, com o surgimento das câmeras e projetores de 8mm e super 8mm (com trilha de áudio) não era efetiva a utilização da tecnologia por parte do homem médio.

No final do século XX, com o VHS e o Betamax a população passou a ter acesso a uma tecnologia que não necessitava de filme e revelação o que aumentou o interesse pois a reprodução dos filmes gravados era possível de forma muito mais fácil graças às fitas digitais utilizadas nesses aparelhos. Começa aí a surgir uma maior quantidade de vídeos de interesse para o direito, e uma maior utilização processual das imagens obtidas pela população.

Um caso paradigmático desse período teria sido a gravação da agressão ao cidadão negro Roney King em 1991 por policiais brancos em Los Angeles (GREGORY, 2011). O fato de os policiais terem sido inocentados, combinado com as imagens da agressão filmadas por um *cameraman* amador gerou um período de revolta e tumulto no ano de 1992 que teve prejuízos econômicos estimados em cerca de um bilhão de dólares (US\$ 1 bi.), além de mais de 50 mortes⁶.

É, porém, a alteração paradigmática descrita por THOMPSON (2001) que vem permitir que as interações deixem de ser face a face, ou seja, interações diretas entre indivíduos que estão no mesmo lugar e no mesmo tempo e passem a ser mediadas, isso é, tenham um meio (uma tecnologia de comunicação, como a escrita, o telefone ou no nosso caso o vídeo) que se interpõe entre os indivíduos e permite que eles se comuniquem sem as limitações espaço-temporais. No caso do vídeo como prova, talvez, o mais adequado seja se tratar da quase-interação mediada, pois a prova em vídeo se utiliza de um meio de comunicação que fornece as informações entre indivíduos (parte-julgador), mas em si não

⁶ <http://edition.cnn.com/2012/06/17/us/obit-rodney-king/>

permite o diálogo. O diálogo necessitará do processo pra suprir a limitação da prova em vídeo que é uma via de mão única.

Foi a capilaridade na possibilidade de produção de vídeos que criou um maior interesse jurídico na utilização dos mesmos no processo. A miniaturização e a diminuição dos preços dos equipamentos possibilitaram que uma maior camada da sociedade pudesse adquiri-los. Um maior número de câmeras nas mão da população resultou em uma maior quantidade de vídeos de interesse para o direito. O baixo preço do armazenamento digital e a possibilidade de transmissão dos mesmos de forma fácil e barata através da internet também foi bastante importante para a produção de provas em vídeo por qualquer cidadão e não só pelo poder público ou por pessoas mais abastadas e empresas.

A completa disseminação da tecnologia veio se dar, porém, com a conjugação de telefones celulares e câmeras. A telefonia celular foi uma tecnologia de comunicação que se espalhou de uma forma extremamente rápida e eficiente na sociedade. Atingiu de forma democrática as mais diversas camadas sociais. A produção globalizada permitiu que os estamentos mais desfavorecidos da população fizessem uso de aparelhos produzidos no oriente (China, Coréia, etc) que tinham os mesmos recursos que os aparelhos dos mais ricos, mesmo que a qualidade dos mesmos não fosse tão boa.

Números da ANATEL⁷ de 2015 mostram que no Brasil existem cerca de 282,4 milhões de telefones celulares ativos. Haja vista a população do Brasil projetada pelo IBGE⁸ com base no censo de 2010 ser de 204.670.477 habitantes, percebe-se que o número de celulares supera o da população em quase 80 milhões de aparelhos (77.729.523). O fato de que a grande maioria dos celulares possui uma câmera embutida e a existência de um número de telefones celulares que, no Brasil, já supera em 27,52% a população, demonstram a capilaridade antes ressaltada.

Se antes apenas os estabelecimentos comerciais que movimentavam grande quantidade de dinheiro em espécie e o poder público se utilizavam de câmeras para fins de segurança patrimonial e dos cidadãos, hoje qualquer transeunte é um produtor de prova em vídeo em potencial.

⁷ www.anatel.gov.br/

⁸ www.ibge.gov.br/ acesso em 15 de ago. 2015, 15:00

CAMPEAU (2015) demonstra que a polícia já percebeu que qualquer pessoa com um telefone na mão se torna um vídeo-jornalista. Seu entrevistado, um sargento destacado para o serviço de relações públicas diz que os policiais devem agir assumindo que estão sempre diante de câmeras. Isso se dá em virtude da redução de “espaços invisíveis”, nos quais o policial podia atuar em desconformidade com os pressupostos normativos, fossem eles a lei ou as instruções de seus superiores. A consciência de que existe a possibilidade real dos agentes da lei estarem sendo monitorados em quaisquer de seus atos implica uma autovigilância que resulta em mudanças até mesmo na subcultura policial.

Em que pese o crescimento do número de vídeos produzidos mundialmente e consequentemente sua crescente utilização como prova perante o poder judiciário a lei atual quase nada dispõe de forma específica sobre esse tipo de provas e, além disso, não se verificam grandes alterações legislativas previstas no que diz respeito à adequação do processo ao uso das provas em vídeo.

O Código Civil de 2002 pouco disciplina sobre o assunto. Apenas estabelece que provas eletrônicas são aceitáveis e tem o condão de dar um nome à prova em vídeo, que para o legislador seria uma “reprodução cinematográfica” termo que acaba se repetindo em outros textos legais. Considero que essa nomenclatura é restritiva e não vislumbra os diversos tipos de evidência em vídeo, como animação, reportagem etc. Em virtude disso, para fins dessa dissertação prefere-se a utilização do termo prova ou evidência em vídeo.

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

O Código de Processo Civil vigente (lei 5.869/73) não é específico quanto a esse tipo de prova em especial. Apenas determina que todos os meios de prova que não são ilegais podem ser produzidos no processo civil.

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

O Código de Processo Civil que passará a vigor em março de 2016, apesar de não falar nesse trecho especificamente sobre a prova em vídeo traz um grande avanço no que diz respeito a análise das provas o qual pode se estender à evidência em vídeo.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

O artigo 371 exige a apreciação da prova e manifestação do magistrado sobre ela nas razões da sentença. Trata-se da representação do dever de motivação do magistrado, característico de um sistema probatório que se apoia no livre convencimento motivado. Uma ferramenta que surgiu segundo GOMES FILHO (idem, p. 163-164) nos estados de despotismo esclarecido como forma de controle da atividade dos magistrados pelo príncipe acaba se tornando uma ferramenta democrática que permite a “*fiscalização popular sobre a forma pela qual é administrada a justiça.*” A manifestação sobre a prova, em especial sobre a prova em vídeo permite diferenciar se uma decisão judicial é “*fruto exclusivo do poder [do magistrado], daquela amparada pela prova capaz de superar a presunção de inocência do acusado, ou seja, resultante de um saber.*”

O novo CPC (lei 13.105/15) trata também de forma mais específica sobre a reprodução cinematográfica nos seguintes dispositivos:

Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

Parágrafo único. Quando o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do caput, mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes. (grifo acrescentado)

Esses dispositivos tratam do caráter documental da prova em vídeo que é deduzível tanto do artigo 225 da lei civil, quanto do parágrafo único do artigo 434 da legislação processual civil. Não nos pareceria, contudo a atitude mais adequada essa comparação. O excerto do Código Civil se refere à força probatória plena da reprodução cinematográfica, desde que não impugnada pela parte adversa. O trecho do Código de Processo nomeia a reprodução cinematográfica como documento. O peso de tal comparação estaria no fato de que uma evidência dotada de tamanho poder de convencimento quando não impugnada, não seria levada a avaliação pericial, o que nos parece sempre fundamental em uma prova tecnicamente complexa e cuja linguagem não é de domínio dos usuários do sistema legal.

Isso, porém, em regra é aceitável no processo civil, a não ser que o objeto da causa se refira a direitos indisponíveis ou quando as partes não estejam efetivamente em pé de igualdade.

A lei processual criminal não dispõe sobre a prova em vídeo. Os meios de prova abordados textualmente pela legislação seriam o exame de corpo de delito e as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, a prova documental, os indícios e a busca e apreensão. Caso se aplique subsidiária e/ou analogicamente o Código de Processo Civil pode-se dizer que a prova em vídeo também se encaixaria no meio prova documental. O que não se poderia acolher da legislação civil, no entanto, é a presunção de aceitação por ausência de impugnação haja vista a natureza dos direitos envolvidos no processo penal.

A atual legislação quanto a provas, portanto, faz muito poucas restrições à forma de se demonstrar um fato no processo. Sua restrição tanto no aspecto civil quanto no criminal, dizem respeito somente à legalidade/moralidade da evidência em vídeo, o que acaba exigindo que a casuística determine a validade da prova que possa afetar a privacidade das partes. Para tanto, os magistrados terão de se utilizar do ferramental de que já dispõem quando se depararem com colisão de princípios. Ao considerar a privacidade um princípio, sua defesa se dará, em maior ou menor grau, dependendo da dimensão da ofensa ao princípio com o qual venha a colidir (ALEXY, 2008).

No que diz respeito aos avanços que o novo Código de Processo Civil (lei 13.105/15) traz, estes estão, em especial, no já enumerado parágrafo único do artigo 434, que estabelece um procedimento para a apreciação da prova cinematográfica. A importância desse singelo dispositivo diz respeito ao fato de que o dever de motivação dos magistrados em suas sentenças é muito pouco delimitado. Os magistrados, hoje, em suas sentenças devem especificar as razões que o fizeram chegar à sua conclusão, mas não são obrigados a se manifestar sobre cada uma das provas individualmente. Com isso não é possível determinar se e como os mesmos assistiram aos vídeos. Não se percebe se foi respeitado o contraditório. Não se sabe, nem mesmo se o magistrado apenas se baseou na transcrição do vídeo aos autos, quando essa é realizada por um perito. O novo texto legal, ao exigir que ele se manifeste sobre cada uma das provas mesmo sobre aquelas que não o convenceram, permite que as partes fiscalizem melhor a atuação do juiz, pois mesmo que uma das partes não tenha comparecido à

audiência na qual ocorreu a exibição do vídeo saberá que o magistrado observou aquela prova.

Outro aspecto importante está no parágrafo único do mesmo artigo que disciplina que a exposição da prova em vídeo dar-se-á em audiência para a qual serão intimadas as partes. Parece, à primeira vista, de pouca monta o parágrafo em questão, mas a consequência é um procedimento unificado para a produção da prova em vídeo que exige que todos presenciem o contraditório sobre a referida prova. Além disso, exige-se que o magistrado venha a apreciar a prova de forma direta, ou seja, assistindo ao vídeo e não lendo uma transcrição/degravação do mesmo. Desta forma, mesmo salientando-se, como foi feito anteriormente, que o vídeo é diferente do fato, tem se por parte do juiz uma análise mais fenomenológica, mas próxima da prova, com um menor número de filtros/camadas entre o julgador e o fato a ser julgado.

O capítulo 2 dessa dissertação, ao tratar do poder judiciário e de sua relação com a prova em vídeo, em parte, retomará o assunto aqui tratado. Em virtude disso, passaremos a tratar na seção seguinte da importância da interpretação na apreciação da prova em vídeo e da necessidade do profissional do direito de “alfabetizar-se” na linguagem desse tipo de prova.

1.4. A Alfabetização Digital e os Operadores do Direito

Apesar da percepção da corrente utilização da prova em vídeo no ordenamento brasileiro é conveniente raciocinar sobre a interpretação desse tipo de provas. Estariam as partes produtoras desse tipo de prova preparadas para utilizá-la? Estariam os membros do júri prontos a analisá-la? E os juízes togados estariam mais preparados do que os leigos?

Salientou-se que o uso da prova em vídeo é uma realidade desde o surgimento dos meios que possibilitaram sua produção. Haja vista o ordenamento não proibir nenhum modo de produção de prova, os advogados se utilizam de todo e qualquer meio para reforçar sua linha de argumentação e os magistrados, fiéis à aplicação da lei, não afastam tais provas a não ser quando seu conteúdo venha a ser ilegal, moralmente ilegítimo ou quando a impugnação da prova seja feita pela parte adversa nos termos do art. 225 da legislação vigente ou do art. 422 do novo CPC. Novamente, deve-se salientar que as especificidades do processo penal podem vir a restringir um pouco mais a produção de provas, mas o que o ordenamento tem como regra é a aceitação de provas que não sejam taxativamente ilegais.

Essa utilização, no entanto, não significa o melhor aproveitamento desse tipo de evidência. O uso da tecnologia implica aspectos para os quais muitas vezes o operador do direito, oriundo de uma ciência humana aplicada, de caráter social não está preparado. Além disso, não houve uma adequação aos foros locais e tribunais para lidar com os aspectos materiais da exibição desse tipo de prova. Não são todos os recintos do judiciário que estão adequados a exibir esse tipo de prova nos termos do parágrafo único do novo artigo 422 do CPC, ou seja, que possuem uma sala de audiência que tenha uma tela que permita a exibição às partes de maneira simultânea e com a riqueza de detalhes que permitam perceber aquilo que as partes desejam apresentar. Faltam computadores, projetores, telas, aparelhos de reprodução (DVD players, Blue Ray disc players, etc) e falta pessoal que saiba operar os aparelhos. Isso, apesar de desejável, nem é o aspecto mais importante. É possível que a parte que produz a prova esteja preparada para fazê-lo, diante do interesse específico, mas essa capacidade deve existir para todos. Ainda que se possa enumerar todos esses limites técnicos a apresentação da prova em vídeo, não se pode nem mesmo considerar que esse seja o maior problema em sua utilização. O maior problema, conforme salienta SHERWIN (2011) está na capacidade de interpretação desse tipo de prova.

As partes e os julgadores, leigos ou togados, estão preparados para lidar com um processo escrito, formal, com fases claras e passos específicos. Aqueles que atuam no júri, muitas vezes tem um maior domínio da retórica da palavra falada, mas do operador que atua nas demais áreas do direito o que se costuma esperar é um domínio da forma escrita. Pode parecer que a transição entre tais aspectos da linguagem seja uma coisa natural, assim como a transição da prova escrita para a prova em vídeo não acarretaria problemas. Não é o que defende SHERWIN (idem). O autor considera que o vídeo é uma linguagem barroca, rebuscada, para a qual o operador do Direito não recebeu treinamento. Isso implicaria uma interpretação pobre por parte desses que não teriam condições navegar por seus arabescos.

A utilização de vídeos para ilustrar as ideias que são expostas pelas partes tem sido realizada de uma forma mais efetiva nos grandes julgamentos, de repercussão midiática, por advogados que tentam se imiscuir na cultura da imagem em vídeo. Animações por computador, reportagens divulgadas pela mídia, além de vídeos que supostamente mostrariam o fato que se deseja provar tem sido utilizados pelos profissionais que a eles tem acesso (MESSIAS DA SILVA, 2015, pp. 22 e ss.).

Esse acesso, porém, é assimétrico. Nem todas as partes têm os recursos para contratar especialistas para a realização de animações de suas narrativas. A mídia costuma assumir um ponto de vista como correto e suas reportagens muitas vezes abordam apenas um dos lados da questão. As imagens, em geral, apontam apenas um ângulo da questão e são trazidas na maior parte dos casos por apenas uma das partes.

Como deve atuar a parte que tem acesso a um vídeo dos fatos e deseja utilizá-lo como prova? Como deve a parte adversa agir para impugnar ou defender sua linha argumentativa face um vídeo que lhe seja prejudicial? Que aspectos devem ser analisados pelo magistrado na sua observação da prova? De que forma orientar o membro do júri sem retirar sua liberdade de interpretação daquela prova?

Esses são problemas ligados à uma necessidade de alfabetização para a compreensão da prova em vídeo que é defendida por SHERWIN (idem). Essa alfabetização dos profissionais do direito permitiria, segundo o autor, uma maior adequação na interpretação da prova em vídeo. O pesquisador defende que o profissional do direito não tem esse preparo, assim como a maior parte das pessoas, mas seria possível que fosse obtida tal educação? Além disso, tal educação não influenciaria na liberdade de interpretação que um indivíduo tem sobre aquilo que lhe é apresentado?

As preocupações de SHERWIN dizem respeito ao momento que os emaranhados do mundo jurídico (interpretação de leis, jurisprudências, doutrinas) se misturam com o barroco digital, com os aspectos estéticos do vídeo produzindo camadas e mais camadas de possibilidade de interpretação. Será que é realmente possível disciplinar isso? Além de nos parecer pouco provável que isso possa ser feito sem reduzir sobremaneira a liberdade de interpretação pessoal, talvez tamanha intervenção seja pouco conveniente.

Parece que tal educação deva ser no sentido de se perceber a existência de uma retórica da imagem, sem esquecer, porém, que a interpretação deve ser o mais livre possível. Será, porém, que esse uso retórico do texto consegue ser percebido pelos operadores do direito sempre em suas leituras, ou será que o ouvinte consegue sempre diferenciar a retórica da “verdade” em um discurso oral?

Como conciliar esses aspectos conflitantes? O que deve prevalecer? Pode parecer que existe aí um conflito de princípios, o qual exigiria uma abordagem alexyana, mas talvez seja o caso de apenas um *disclaimer*, um aviso legal, uma advertência ao intérprete. Não seria o caso

de restringir a interpretação pessoal, ou proibir a retórica, o que seria de qualquer forma impossível. A educação para a apreciação de provas em vídeo, não deve ser muito diferente daquela com relação a qualquer outro tipo de prova. Deve-se ao menos instruir aos aplicadores do direito e quaisquer outros intérpretes de que vídeo é diferente do fato em si!

Vídeos podem mostrar provas, mas podem conter apenas indícios. Um bom conhecimento da teoria das provas permite uma melhor apreciação desse tipo de elemento e uma melhor avaliação do conjunto probatório como um todo. É comum, por exemplo, que sejam juntados ao processo vídeos que demonstrem um réu entrando ou saindo de um lugar onde ocorre um delito. Se tais imagens não mostram o delito ou o fato de interesse civil, não são provas, mas sim indícios. A única prova em tais casos é que o indivíduo esteve no local do fato! Porém, haja vista o poder retórico do vídeo, tais elementos quando juntados ao processo podem fortalecer argumentativamente o discurso de quem os utiliza, mesmo que não mostrem os fatos.

Deve-se ressaltar também que as animações em vídeo produzidos pela parte não são prova, mas sim mera ilustração de seu ponto de vista. Nesses casos a parte utiliza-se do poder retórico da imagem para mostrar o que alega ter acontecido. Tal recurso pode ter um efeito meramente explicativo, que busca elucidar o que não fica claro apenas com a palavra escrita ou falada. O efeito da imagem, porém, reforça o sentido de que aquele ponto seria verdadeiro, como nos casos de reconstituições feitas pela acusação, que apesar de serem meramente o ponto de vista de uma das partes, tem uma aura de verdade em torno de si.

Outro ponto relacionado a essa educação para a prova em vídeo diz respeito ao fato de que ainda que o meio prova em vídeo não seja vedado pelo ordenamento, o conteúdo desse vídeo pode ser ilegal, moralmente ilegítimo ou impugnável pela parte adversa. Filmar alguém pode gerar consequências na esfera do direito de personalidade que podem desde impedir a exibição do vídeo, como causar impactos na esfera patrimonial. O ato de apresentar uma prova em vídeo em um processo não significa a aceitação da mesma e não deixa de ter consequências no que se refere ao patrimônio pessoal daqueles que são alvos do vídeo.

Uma abordagem fenomenológica apoiaria o uso dos vídeos no processo uma vez que a prova em vídeo é um instrumento que diminui o número de filtros/camadas que se colocam entre o juiz e o fato, o que permitiria o juiz, por si, de aproximar-se da essência daquilo que é narrado nos autos pelas partes. Análise do vídeo em primeira mão, ao invés de laudos

periciais ou degravações do mesmo, sob um aspecto fenomenológico, também seria importante, pois permitiria uma maior proximidade da essência, uma vez que, do ponto de vista da corrente filosófica da fenomenologia, o observador deve, para obter a essência do objeto que ele observa, vê-lo diretamente, retirando todas as camadas que existam entre ele e o objeto, enxergando de uma forma pura, sem preconceitos. Deve-se salientar, porém, que mesmo num enfoque fenomenológico deve se ter em mente que o próprio vídeo é uma camada entre o julgador e o fato.

O processo judicial eletrônico poderia ter sido um excelente momento para a criação de uma cultura em torno desse tipo de prova. O fato de os vídeos serem nos dias de hoje armazenados de forma digital aproxima a questão dessa mudança no paradigma do direito. Ocorre que a informatização jurídica não está modificando a forma de se enxergar o direito. O texto da lei 11.419 de 2006⁹ que dispõe sobre a informatização do processo judicial mostra que os incentivadores dessa modernização parecem apenas estar querendo substituir o papel pelo arquivo digital de texto. Verifica-se a perda de um excelente momento para se debater a prova digital e mais especificamente a prova em vídeo no processo. Os tribunais de justiça dos estados, a justiça federal, os tribunais superiores, os conselhos da magistratura, do ministério público e a OAB têm feito campanhas para capacitar o aplicador do direito, as quais poderiam ter maiores proveitos se capacitassem também as partes na utilização de meios de prova digitais.

A hipótese por traz dessa dissertação é de que os operadores do direito, sejam eles de que tipo forem, não estão capacitados a lidar com a prova em vídeo em especial no que se refere a eventuais repercussões que a prova no processo penal possa ter em questões que afetam direitos humanos. Nem aqueles que apresentam, nem aqueles que têm de rebatê-las, e muito menos aqueles que têm de julgá-las estariam fazendo isso da forma que deveriam. A análise dos textos utilizados como bibliografia salienta problemas que não são óbvios no que se refere à utilização desse tipo de prova. O fato de que o processo judicial eletrônico não se preocupou em fornecer subsídios que permitam uma melhor utilização de tais provas e de que as leis processuais civis e penais não se preocupam com esse tipo de prova parece indicar esse caminho. De forma a tentar confrontar a hipótese de não capacitação com a prática do poder judiciário nos utilizaremos da base de dados pesquisa realizada na UFJF para tratar de forma

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm

empírica a maneira como tais provas têm sido utilizadas nos judiciários dos dois Estados de maior população da federação, São Paulo e Minas Gerais.

Nos capítulos que seguem analisar-se-á aspectos da relação entre prova em vídeo e verdade no processo penal, prova em vídeo e suas relações com direitos humanos e, de forma empírica, as relações aqui levantadas, observando a jurisprudência dos tribunais de São Paulo e Minas Gerais para conferir como têm sido tratadas as decisões em processos criminais que envolveram evidências em vídeo. Tentaremos perceber pelas decisões tomadas diversos aspectos do uso desse tipo de prova, buscando verificar se a prova foi determinante para o resultado ou se o magistrado se referiu a ela em sua decisão. Dentre as decisões que formam o banco de dados utilizado salientaremos as mais significativas e que coincidam ou rebatem pontos que foram levantados nesse primeiro capítulo, quais sejam, o poder retórico, o preparo dos profissionais de direito e/ou eventuais conflitos com direitos de personalidade na utilização de tais provas.

O Capítulo 2 tratará do judiciário e da Imagem e transitará pelas questões de Processo Penal e Imagem e Direitos Humanos e imagem. O Capítulo 3 tratará da pesquisa e descreverá e metodologia, a análise dos dados coletados na pesquisa realizada na UFJF e a análise de casos paradigmáticos destacados da amostra obtida por essa pesquisa.

2. OS TRIBUNAIS (JUDICIÁRIO) E A IMAGEM EM VÍDEO

Passemos a analisar como a questão da imagem em vídeo é vista na prática cotidiana do poder judiciário. A subdivisão deste capítulo se dará em dois tópicos. No primeiro deles trataremos de como a lei processual trata do uso do vídeo em processos, em especial no que se refere a esse uso no processo penal. Esse primeiro tópico não se limitará à situação brasileira, pois a doutrina utilizada não diz respeito exclusivamente ao nosso ordenamento. Em virtude, porém, de não se pretender realizar um estudo de direito comparado, o ordenamento e, em especial, a legislação abordada serão prevalentemente os brasileiros. O segundo tópico que essa dissertação abordará diz respeito aos pontos de contato entre a prova em vídeo e os direitos humanos. Tratará de eventuais limitações e conflitos que possam surgir entre a utilização da prova em vídeo e a defesa dos direitos humanos no processo penal e também de situações em que o uso da prova em vídeo pode servir para garantir a defesa desses direitos.

O objetivo comum a todos os tópicos do presente capítulo é avaliar de que forma os tribunais e juízos singulares tem tratado esse tipo de prova, não em virtude de sua contundência e poder retórico, o que já foi abordado, mas em virtude de, como defende SHERWIN (2011), tratar-se da utilização de uma linguagem com a qual se acredita que o operador do direito não esteja familiarizado. Essa afirmação de SHERWIN deve ser um ponto de bastante cuidado e ponderação, pois o autor não desenvolve o raciocínio a respeito da forma pela qual deveria ser feita tal “alfabetização” para a linguagem do vídeo.

Talvez, a escolha do termo alfabetização não seja a mais correta para traduzir a ideia. A interpretação, termo cujo sentido parece mais adequado, do sentido de um vídeo, assim como a de texto talvez seja um passo além da mera alfabetização. Reconhecer signos e entender construções frasais simples e interpretar textos mais complexos e seus significados são coisas bastante diferentes. A questão relativa à utilização jurídica do vídeo como prova, tem maior ligação com essa interpretação de textos complexos. São os arabescos e o barroco que nomeiam a obra de SHERWIN (idem). São os casos complexos.

O contato praticamente diário com obras em vídeo dá às pessoas o entendimento de um “linguajar” básico em vídeo. A capacidade de interpretação de situações mais complexas registradas em vídeo necessitaria, portanto, de interpretação e não de simplesmente de leitura. Parece-nos que seria uma situação semelhante a do indivíduo que recebe alfabetização funcional, ou da pessoa que começa o aprendizado em um idioma diverso daquele em foi

primeiramente alfabetizado. A interpretação de texto surge de uma situação de estudo, de leitura, o que nos faz pensar que a interpretação de vídeo deva ter um caminho semelhante. Como fornecer ao operador do direito essa formação? O texto escrito é um instrumento que faz parte da formação do advogado. Não bastasse a educação básica fornecida (educação infantil, ensino fundamental e médio), a formação jurídica busca preencher lacunas de conhecimento fornecendo disciplinas que buscam melhorar o uso da língua portuguesa escrita (e falada).

Pensar que esse caminho que, ressalte-se, não é o defendido pelo autor, da criação de disciplinas sobre “alfabetização em vídeo”, possa ser a solução esbarraria em diversos problemas, pois a reformulação da educação e de cursos jurídicos no Brasil tem prioridades em aspectos mais gerais do ensino jurídico que não estão sendo adequadamente fornecidas. E decidir que um aspecto tão específico da questão probatória, ainda de limitada utilização, como é hoje a prova em vídeo, possa concorrer com esses aspectos mais gerais do ensino jurídico na alteração curricular da formação profissional não parece uma boa escolha quando se fala de recursos e tempo limitado para a formação de bacharéis em direito.

Parece-nos, portanto, que pelo menos a princípio, que essa alfabetização sherwiniana para a interpretação do vídeo no contexto processual deverá se dar de uma forma autodidata, na qual o intérprete deverá ao menos entender as limitações que o vídeo oferece no que se refere à representação do fato e compreender que por mais contundente que um vídeo possa parecer, todo o contexto probatório deve ser analisado conjuntamente.

Superado esse ponto faz-se necessário verificar em que aspectos o processo é empecilho para a utilização desse tipo de prova e de que forma o processo pode disciplinar a sua utilização de forma a evitar abusos no uso da prova em vídeo.

2.1. O Processo Penal e a Imagem

Conforme salientado no capítulo que antecede a este, a lei processual brasileira não é obstáculo para a utilização da prova em vídeo. Como acontece em inúmeros ordenamentos democráticos a liberdade para a produção de provas é muito grande e não existe ou rol *numerus clausus* de tipos de provas, existindo, no máximo rol exemplificativo. Os já citados artigos 225 do Código Civil de 2002 e 332 do Código de Processo Civil vigente demonstram que a lei civil permite um amplo espectro de elementos probatórios no processo.

Com a lei processual penal não é diferente, ainda que o artigo 157¹⁰ defina as provas possíveis de forma negativa, dizendo quais seriam impossíveis, há grande liberdade no que se refere ao tipo de provas admissíveis.

Verifica-se, portanto, que no que se refere à lei processual penal não existe ainda particularização sobre a prova em vídeo. Os meios de prova abordados textualmente pela legislação seriam o exame de corpo de delito e as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, as declarações do ofendido, a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e coisas, a acareação, a prova documental, os indícios e a busca e apreensão.

Em uma tentativa de uniformização quanto ao entendimento do tipo/meio que abrangeria a prova em vídeo poderíamos aplicar subsidiária e/ou analogicamente o Código de Processo Civil e com isso sustentar que a prova em vídeo também se encaixaria no meio prova documental. Essa classificação teria aspecto meramente enciclopédico. Parece-nos que a leitura do art. 157, previamente citado, teria o condão de, pela via negativa, criar um arcabouço interpretativo do sistema probatório que assim como já mencionado no que se refere à lei civil permitiria uma ampla liberdade na produção das provas.

Saliente-se que esse aspecto da letra da lei é apenas um dos que deve ser observado ao se falar da admissibilidade de provas em vídeo. Nesse sentido o entendimento de BADARÓ (2003) que considera que o grande problema referente à admissão de uma prova atípica (caso não consideremos o vídeo uma espécie do gênero prova documental) não é sua atipicidade, mas sim a possibilidade de que se viole o procedimento para sua produção, e que, com isso possa se acarretar, por exemplo, uma ofensa ao contraditório.

Do entendimento que a prova em vídeo é prova atípica, muito peculiar ou do ponto de vista de ela seria meramente uma espécie (também peculiar) de prova documental surgem duas possibilidades que geram preocupação: a primeira é que sendo atípica não haveria previsão de procedimento para sua produção; a segunda é que mesmo sendo típica (documento) o procedimento para sua produção não se encaixa àquele da produção da prova documental tradicional, qual seja, juntada e abertura do prazo para contradita por escrito pela

¹⁰ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
(...)

parte adversa. Para ambas as possibilidades permanecem o problema sobre como produzir essa prova e como argumentar em contraditório sobre ela.

Outro aspecto a ser observado que nos interessaria no que se refere à prova em vídeo diz respeito à repetitividade das informações obtidas sem a presença do juiz sem respeito ao contraditório e de forma muitas vezes invasiva. Dispõe nesse sentido o art. 155 do CPP¹¹ que ao juiz é vedado “*fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.*”

Esse dispositivo é do interesse do presente trabalho em virtude das evidências em vídeo produzidas pelo poder público através de dispositivos de CCTV que têm sido instalados como estratégia de segurança pública em diversas cidades. Em muitos processos de natureza criminal essa costuma ser a prova de caráter mais determinante para a tomada de decisão pelo magistrado. Ocorre que tal evidência é elemento informativo, colhido na investigação e, se vista por si só, não está submetida ao contraditório judicial. Em virtude disso, por respeito à legislação processual e principalmente à Constituição em seu artigo 5º, LV¹² (princípio do contraditório), faz-se necessário que no decorrer do processo, outras provas devam ser produzidas, mesmo que derivadas da prova em vídeo, respeitando-se o contraditório. Tais provas devem consistir na oitiva de testemunhas, em exames de corpo de delito e em quaisquer outras provas sobre as quais as partes possam se manifestar livremente de forma a que se produza o contraditório e a paridade de armas. No que se refere ao vídeo que orientou a investigação, o mesmo deve ser também submetido à apreciação de ambas as partes para que o agora réu possa fazer ponderações sobre o mesmo ou até impugná-lo, se for o caso. Procedente a impugnação por motivo de ilicitude da prova em vídeo o respeito ao parágrafo 1º do art. 157 importará, conforme a figura “dos frutos da árvore envenenada” importada da jurisprudência norte-americana (*Silverthorne Lumber Co. vs. United States*)¹³, na necessidade de se excluir do conjunto probatório qualquer prova que derive daquela em vídeo, exceto quando possa ser obtida de maneira independente.

¹¹ 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.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹³ <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/251/385.html>, acesso em 19 jan. 2016.

Deve-se ressaltar que não está se falando aqui da situação em que a obtenção da prova é autorizada pelo judiciário. Nesse caso a filmagem obtida será submetida ao contraditório no decorrer do processo, tratando-se a filmagem de meio de investigação que pode resultar ou não em prova em vídeo. A ilicitude por derivação a que se faz referencia só surgirá quando a filmagem em si for ilícita, como por exemplo, quando realizada em local privado sem autorização ou se os dispositivos forem instalados mediante violação de domicílio.

Outro aspecto que se deve salientar é o de que a lei processual faz exigência especial em se tratando de crimes que deixem vestígios¹⁴. Quanto a isso, levanta-se um questionamento importante. Como deve ser tratada a prova em vídeo? Como um meio de prova em si, ou como mero vestígio da prática do crime, ou objeto de prova, que só poderá ser considerado com a complementação pelo exame de corpo de delito?

Uma posição que talvez possa ser considerada mais conservadora, na qual se buscaria evitar uma futura impugnação do vídeo, consideraria necessária a realização do exame de corpo de delito. Nesses casos faz-se necessário que os vestígios (o vídeo) deixados venham a ser examinados (preferencialmente) nos termos do *caput* do artigo 159 diploma processual penal¹⁵ por perito oficial ou, quando na falta do perito, nos termos do § 1º do artigo citado, por 2 (duas) pessoas idôneas.

¹⁴ Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

¹⁵ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1o Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2o Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3o Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4o O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5o Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência

Na falta de uma orientação legal e/ou jurisprudencial que determine o *modus agendi*, cabe à doutrina pensar sobre o assunto. Seria sempre necessária a realização de exame de corpo de delito sobre a “prova” em vídeo?

Parece-nos que no que se refere à lei civil e processual civil, a prova em vídeo trazida pela parte aos autos, pode ser considerada como prova completa, pronta para a apreciação sem maiores repercussões. O magistrado ou a parte até poderiam solicitar a perícia caso considerassem que a mesma pudesse ter uma maior complexidade técnica, em uma situação que se assemelharia a da suspeita de falsidade de documento apresentado pela parte. Os documentos trazidos pela parte, caso não tenham sua veracidade questionada, são presumidos verdadeiros. O princípio dispositivo que orienta o processo civil não exigiria parecer e participação pericial em todo e qualquer caso.

Ao contrário, no processo penal sempre regeu a ideia de verdade real. Ainda que perspectivas mais modernas considerem que essa verdade real e absoluta no processo penal deve ser vista *cum grano salis*, a verdade que se busca no processo é sempre uma verdade aproximativa, que leve o juiz “*além de qualquer dúvida razoável*” (STELLA, 2003; ZAZA, 2008 *in* RICCIO *et al*, 2016) Como consequência, ao menos nos casos em que a evidência em vídeo seja trazida pela acusação, seria mais seguro tratar tal evidência como vestígio suscetível de exame de corpo de delito. A natureza técnica da prova em vídeo e sua interpretação como vestígio exigiriam, nos termos do caput e do parágrafo 1º do artigo 159 acima reproduzido, que ela fosse examinada por um perito oficial ou por 2 (duas) pessoas com formação superior na área específica relacionada à prova em vídeo. Esse ponto levanta uma questão: A participação do perito oficial, ou dos peritos não oficiais poderia diminuir os problemas relativos à ausência de “alfabetização” dos operadores do direito no trato da prova em vídeo. Não há, porém, garantia de que o perito tenha um maior ferramental interpretativo

mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

que o magistrado ou que as partes nesse aspecto. Isso porque o perito judicial teria de ser multifacetado para poder se posicionar sobre os aspectos de qualidade de imagem, ocorrência ou não de edição e também sobre a interpretação do que é mostrado no vídeo. Em que pese a perícia dever ser meramente descritiva e ter de se ater a aspectos técnicos não se pode imaginar que a descrição não deixe passar um pouco da interpretação do perito. Por isso, basear-se apenas na descrição/degravação feita pelo perito é tão perigoso quanto permitir uma livre interpretação por aquele que não tem familiaridade com esse tipo de prova.

O caráter pericial, portanto, deve influenciar na decisão judicial apenas nos aspectos técnicos, que permitam clarear imagens confusas, ampliar detalhes ou determinar a veracidade da prova apresentada. O conteúdo do vídeo deve ser objeto de discussão entre as partes no decorrer do processo sob o olhar do magistrado que também deve se aproveitar desse momento para sanar suas dúvidas sobre o fato, para que se possa, desta forma, observar a ocorrência de uma situação de contraditório sobre essa prova.

Ainda que o processo penal não se debruce de forma incisiva sobre a questão da prova em vídeo em um aspecto mais geral, a lei é bastante exaustiva no que se refere a um meio¹⁶ bastante específico de prova que se dá através de vídeo. Isso ocorre no que se refere ao interrogatório do acusado. Em uma decisão que faz um sopesamento entre as garantias de ampla defesa do acusado e questões de segurança pública o legislador, através da lei 11.900 de 2009, escolheu a segurança pública, um caminho que não é o mais garantista em se tratando de questões penais e processuais penais. A lei em comento alterou a redação do Código de Processo Penal para inserir 5 (cinco) artigos e 3 (três) incisos¹⁷ que permitem que o

¹⁶ No que se refere à videoconferência faz-se apenas uma pequena referência à mesma, pois, em geral, a mesma só pode ser considerada meio de prova. Nessa dissertação trata-se em especial das situações em que o vídeo é fonte e meio de prova.

¹⁷ art. 185 (...)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

interrogatório do acusado se dê através de videoconferência ou outro recurso de transmissão de som e imagem em tempo real que venha a substituí-la.

Em que pese a lei 11.900/09 haver correspondido a um anseio público, haja vista no momento em que ela foi criada e posteriormente promulgada estarem ocorrendo no Brasil diversas tentativas violentas de resgate de presos¹⁸, a videoconferência pode ser bastante prejudicial à defesa. No primeiro capítulo, considerações foram feitas no que diz respeito à tendência de se desconsiderar de que o vídeo não é o fato, e sim uma representação do fato. Ainda que se possa afirmar que no caso da videoconferência, ao menos não existe uma limitação/diferença temporal na mediação feita pelo vídeo (THOMPSON, 2001), ou seja, trata-se de um vídeo em tempo real, teríamos uma representação bidimensional, limitada ao espaço da tela, que não permitiria uma completa leitura por parte do magistrado da linguagem corporal da parte. Trata-se da colocação entre o réu e o magistrado de um filtro que pode interferir na percepção da essência, o que deveria ser evitado quando se fala da busca da verdade real (processual). Entretanto, no que se refere à lei, há o respeito à proporcionalidade, o que a faz constitucional. Sopesou-se a segurança pública frente à necessidade de ampla defesa e o ordenamento ofereceu uma solução que limitava de menor maneira o direito de defesa que a simples negativa de oitiva ao réu. Deve o magistrado, porém, aplicar a máxima da proporcionalidade toda vez que for aplicar o art. 185, §2º, mesmo que estejam presentes todos os requisitos dos incisos e considerar conforme a redação do próprio parágrafo salienta que se trata de medida excepcional.

Ainda no que se refere ao direito de defesa do réu e interrogatório por videoconferência, ressalva deve ser feita ao que determina o inciso II do parágrafo 2º. Tal

§ 3o Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 4o Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 5o Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 6o A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

¹⁸ <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2007/10/senado-aprova-projeto-de-lei-de-obrigatoriedade-de-videoconferencia-para-presos-1657329.html>

<http://www.conjur.com.br/2009-jun-08/videoconferencia-tecnologia-servico-sociedade-bem-publico>, acesso em 23 de fev. 2016.

inciso tem o caráter de proteger ainda que de forma parcial o direito do preso de ser ouvido no processo. Esse dispositivo, portanto, tem o objetivo de proteger o direito do réu de ser ouvido caso suas circunstâncias pessoais o impeçam de se locomover até o juiz, situação em que andou bem o legislador no que se refere à paridade de armas e à presunção de vulnerabilidade do réu perante o Estado que pode ser vista no brocardo *in dubio pro reo*, expressão oriunda do princípio da presunção de inocência, mas que é fórmula que demonstra o desequilíbrio entre as partes no direito penal.

Ainda que a videoconferência seja assunto que demanda atenção por suas peculiaridades, é situação bastante diversa daquilo que convencionamos chamar nessa dissertação de prova em vídeo. Em que pese o meio para se realizar o interrogatório do réu ser o vídeo, não deixaríamos de ter nesse caso um meio de prova ou meio de defesa, em uma perspectiva mais garantista, já bastante reconhecido pela prática forense e pela doutrina como interrogatório do réu. Conforme debatido anteriormente, inclinamo-nos a considerar que a prova em vídeo seria uma prova documental, conforme defende a legislação processual civil. Além disso, ainda que ocorram limitações quanto à capacidade do magistrado perceber minúcias da linguagem corporal do réu, o vídeo em si é apenas meio para que o interrogatório se realize. O que interessa é o jogo de pergunta e resposta desempenhado pelas partes e pelo magistrado. No caso do que convencionamos aqui chamar de prova em vídeo, a imagem em movimento é o que se deseja demonstrar. Muitas vezes nem mesmo um áudio está presente!

Outra diferença marcante entre essas duas formas em que o vídeo entra no processo diz respeito ao fato de que, ainda que o assunto discutido no interrogatório do réu seja um fato já ocorrido, a videoconferência ocorre em tempo real (descontados eventuais *lags* da transmissão) enquanto a prova em vídeo sempre mostra o passado, não sendo possível uma interação com a imagem. Esse caráter de representação do passado reitera o fato de que a prova em vídeo deve ser considerada em si um documento.

Algo que se assemelha a esse interrogatório do réu por videoconferência mas não tem o caráter de tempo real do mesmo, ou seja, é uma representação do passado é a gravação em vídeo da oitiva de testemunha por carta precatória. Mais uma vez estamos observando um aspecto da prova em vídeo que não foi alvo de detalhamento na lei. Alguns tribunais (TJPR, por exemplo) têm como regra que os juízos deprecados para a oitiva de testemunha devem realizar a oitiva da testemunha realizando a filmagem da mesma. Isso resultaria em dois

documentos a filmagem em si e a degravação da mesma e o condicionamento dos magistrados à prova escrita pode acabar privilegiando a degravação.

Além dos aspectos da licitude da prova em vídeo e do caráter técnico da mesma, o qual em uma perspectiva mais garantista exigiria participação do perito no processo, aspecto que não pode ser deixado de lado diz respeito à forma como as partes terão contato com a mesma. Novamente, a lei processual e leis extravagantes sobre o processo penal não são claras sobre como deve ser feita a juntada, ou a análise da prova em vídeo pelos juízes singulares ou pelos tribunais. A prática forense anterior ao processo judicial eletrônico resulta na juntada desse tipo de prova por meio de mídias físicas que ficam depositadas em juízo.

O Processo Judicial Eletrônico também perdeu a oportunidade de falar claramente sobre o assunto. A lei 11.419/06, a não ser na alteração que faz do CPC/1973 no art. 365, VI que dispõe sobre documentos eletrônicos, não disciplina a inserção/anexação de áudios ou vídeos no processo eletrônico. Mais uma vez, ficará a cargo dos tribunais disciplinar o assunto. O TST, em 2013, através da resolução 1589¹⁹ determinou como funcionaria o seu sistema e limitou no art. 12 da referida resolução o formato e tamanho dos arquivos que seriam suportados. O sistema do PJe do CNJ, desde a sua versão 1.6 aceita a juntada de arquivos de áudio e vídeo, também com limitações relativas a formato e tamanho.

Ainda mais importante que a forma como os vídeos devem entrar nos autos de um processo físico ou eletrônico e que as limitações tecnológicas que impeçam uma total liberdade nessa juntada, é a forma como as partes devem proceder para examinar e se manifestar sobre essa prova. As facilidades do meio eletrônico permitirão que todos tenham acesso a uma cópia do vídeo que poderá ser reproduzida infinitamente, sem perda da qualidade inicial. Porém as limitações do sistema do PJe muitas vezes exigirão que os arquivos enviados não correspondam ao original em virtude das limitações quanto ao tamanho dos arquivos. Isso significa que as partes, o magistrado e o perito podem não ter acesso ao arquivo original, com a melhor qualidade de imagem e som.

Outro ponto diz respeito à forma como esses vídeos serão assistidos. O processo judicial eletrônico pode vir a facilitar o acesso à prova. Isso permitiria que as partes pudessem assisti-lo incontáveis vezes e, ao se manifestar sobre a mesma, serem capazes de analisá-la de forma profunda. Isso, porém, ocorreria de forma separada pelas partes e pelo magistrado, o

¹⁹ <http://www.tst.jus.br/web/pje-tst/resolucao-1589/2013-tst>, acesso em 19 jan. 2016.

que não nos parece a melhor escolha. Novamente, parece que teremos de nos socorrer na nova redação do CPC (lei 13.105/15), citada no primeiro capítulo. O art. 434 em seu parágrafo único determina que tais documentos serão expostos às partes em audiência na presença do magistrado. Ainda que não se especifique a forma dessa audiência, ela terá ao menos que ter as características de uma audiência de instrução. Isso implicaria na melhor situação possível de contraditório no que se refere à prova em vídeo, podendo o magistrado e as partes tentar esclarecer tudo aquilo que venha a ser mostrado nas imagens.

Esse tópico incidiu sobre vários aspectos da prova em vídeo no processo brasileiro. Através dele pudemos perceber ao menos dois pontos. O primeiro diz respeito à grande liberdade que o legislador concedeu ao aspecto probatório. Praticamente não se pode falar em limitação em matéria probatória no que diz respeito a meio ou tecnologia para a produção de provas. O fato de o processo ser registrado na forma escrita, e em virtude das partes se manifestarem através da escrita ou em determinados momentos através da fala não impede que se utilize para a realização do direito de provar de qualquer meio que se tenha a mão. No que se refere a essa dissertação nosso interesse se foca na prova em vídeo, pelos motivos já expostos, que se baseiam na capilaridade dessa tecnologia descrita por CAMPEAU (2015). Ocorre que a redação atual dos nossos códigos processuais não impede nem mesmo a utilização de qualquer meio de prova que venha a surgir. O segundo aspecto passa também por essa grande abertura. Por dar essa ampla admissibilidade dos diversos meios de prova a lei não detalha aspectos formais que resultariam em uma maior segurança para o jurisdicionado. Isso implicará constantes colisões entre o direito e a imagem em vídeo, tema que será melhor explorado no tópico que segue.

2.2. A Questão dos Direitos Humanos, fundamentais e legais e a Imagem em vídeo

No tópico e no capítulo anterior verificou-se que existe uma ampla liberdade quanto a admissibilidade de meios de prova tanto no processo civil quanto no processo penal. Em ambos os casos a limitação mais relevante sempre se deu no que se refere ao conteúdo, o qual teria o condão de restringir a admissão da prova quando pudesse ser considerado ilícito. Tal ilicitude, porém, pode não ser percebida de pronto e, por isso, muitos conflitos podem surgir no que se refere ao uso de tais provas no processo. Esse tópico incidirá sobre pontos de atrito entre a liberdade probatória trazida pela prova em vídeo e a violação de direitos humanos consolidados ou não em nosso ordenamento jurídico pela Constituição e pelas leis. Buscar-se-

á uma maior aproximação dos aspectos penais e processuais penais haja vista existir no direito e no processo civil uma maior igualdade formal e material entre as partes e, conseqüentemente, uma maior possibilidade de disposição sobre direitos. Não se quer dizer com isso que estamos defendendo a disponibilidade de Direitos Humanos no processo civil, ou a inexistência de aplicação horizontal dos Direitos fundamentais, mas apenas que consideramos conveniente para fim dessa dissertação limitarmos nosso escopo de atuação.

Antes de lidarmos com as situações de conflito é conveniente, porém, salientarmos a importância da questão dos assim chamados “Direitos Humanos”. Essa dissertação não se pretende um tratado sobre Direitos Humanos. Seu enfoque na questão desses direitos tem aspectos mais práticos e busca lidar com eles apenas quando eles forem atingidos pela questão da prova em vídeo. Em virtude disso a abordagem do contexto histórico da criação dos direitos humanos não será profunda. Nossa abordagem desses direitos também não se fixará meramente nas Revoluções por Direitos, movimentos que se concentram de forma mais densa na segunda metade do séc. XX e que consistem na luta pelos direitos civis, pelo direito das mulheres, pelos direitos das crianças, pelos direitos do gays e pelos direitos dos animais retratadas por PINKER (2013, p.515-650), nos tratados internacionais (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) ou na Constitucionalização desses direitos pelos Estados atuais. Buscar-se-á uma abordagem humanista como aquela trazida por PINKER (idem) que demonstra um progresso constante do ser humano em direção a um tratamento mais adequado a seus concidadãos.

Para definir o que seriam direitos humanos partiremos da aceção dada pelas Nações Unidas em uma tradução e adaptação livres. Direitos humanos são, portanto, direitos inerentes aos seres humanos qualquer que seja sua nacionalidade, local de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, linguagem ou qualquer outro aspecto. Tem como características serem inter-relacionados, interdependentes e indivisíveis. São ainda universais, no sentido de que devem ser estendidos a todos e inalienáveis no sentido que não podem ser retirados por ninguém nem cedidos pelo seu portador, a não ser em situações específicas, atendido o devido processo legal. O fato de serem interdependentes resulta em serem indivisíveis, ou seja, a privação de um direito afeta todos os outros. Baseiam-se também em igualdade e não discriminação, o que se pode depreender inclusive de seu caráter universal. Finalmente, são ao mesmo tempo direitos e obrigações. São direitos para os seres humanos

como indivíduos, mas são obrigações para os Estados que devem respeitá-los, protegê-los e realizá-los.²⁰

Em que pese aceitarmos a definição da ONU, nossa abordagem considera que o surgimento dessa categoria que convencionamos chamar de Direitos Humanos, assim como os direitos em um aspecto mais amplo distribuiu-se pela história recente da humanidade, não sendo possível considerar que todos os direitos hoje considerados tenham surgido ao mesmo tempo. Ainda que da Grécia e da Roma Antiga possam ter surgido conceitos importantes como a democracia ou a república, e que o direito já fosse amplamente utilizado pelos antigos, é somente em tempos mais recentes que se pode falar de universalidade desses direitos. Ordenamentos jurídicos primitivos sempre tiveram preocupação em proteger a integridade física, a vida ou a propriedade. Ocorre que essa proteção aos direitos era limitada, como no caso da Grécia e do império romano, por exemplo, que só a estendia aos cidadãos. Nessas civilizações a defesa dos direitos dos cidadãos resultava em penas que por si só seriam consideradas desumanas, como o degredo, ou o castigo corporal e penas de morte cruéis.

Uma perspectiva mais realista dos direitos humanos deveria partir, portanto, dos modernos Estados europeus. O surgimento do Estado centralizado ajusta-se com a ideia hobbesiana de monopólio legítimo da força por parte desse ente estatal. A avocação da justiça por parte do Estado, em que pese não ser suficiente ao se falar em direitos humanos, foi fator que por si só reduziu a violência nas sociedades. PINKER (2013) demonstra na obra citada que os números de homicídios por 100.000 (cem mil) habitantes, dado que ele utiliza para contabilizar a violência, diminui de forma drástica nas sociedades que se tornam Estados e mais ainda nas sociedades em que o Estado traz para si o ônus de oferecer justiça. Mesmo nos Estados modernos, aqueles onde há uma forte tradição de autotutela por parte dos cidadãos falham em reduzir essa violência, como se pode perceber com a comparação dos Estados Unidos (principalmente nos estados do sul) com as potências europeias. Isso demonstra que a avocação do monopólio da violência é fator que contribuiu para um mundo menos violento e onde aspectos de humanidade foram mais valorizados.

Ocorre que essa situação de redução da violência, apesar de desejável, não coincide de forma perfeita com a questão dos Direitos Humanos. Muitos dos Estados que trouxeram para si o monopólio da violência eram monarquias absolutistas nas quais os súditos não eram dotados de quaisquer direitos. Tais países basicamente tinham uma “justiça” que visava

²⁰ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

proteger o Estado, tratar de tributação e proteger o rei e seu patrimônio (que coincidia com o do Estado).

Foi necessário outro avanço social para que os direitos pudessem ser usufruídos também por outros que não o monarca. Tal avanço tem como marco a Magna Carta de 1215, imposta pelos nobres ingleses ao rei João na Inglaterra. A nobreza inglesa insatisfeita com os abusos da monarquia impôs ao rei limites legais para a sua atuação. Com essa carta assinada pelo monarca surgem figuras importantes, como o devido processo legal que passa a impor à administração (e mais tarde a todos os poderes constituídos) o respeito às leis do Estado. Com a Magna Carta tem início o movimento que vai levar ao Constitucionalismo.

Historicamente o Constitucionalismo foi o resultado da adoção por parte dos Estados Nacionais de leis fundamentais ou cartas constitucionais na transição do absolutismo para o Estado liberal. As revoluções europeias do período, como a Revolução Francesa e o fervor das ideias nas colônias americanas que resultaram na independência dos Estados Unidos (13 colônias) trouxeram os chamados direitos de 1ª geração, ou liberais (liberdades negativas), consistentes nas ideias de liberdade, igualdade formal e fraternidade, lemas da Revolução Francesa. Em que pese o lema dos franceses, na chamada primeira geração o que de fato se vê é a busca da primeira das palavras de ordem, a liberdade. As outras duas irão orientar as outras gerações ou dimensões dos Direitos Humanos, terminologia defendida por SARLET (2008, p.53) que preferimos.

Tal ideal, a liberdade, não atingiu, contudo, o mundo de forma a se universalizar logo em um primeiro momento. As aspirações de liberdade que atravessaram o oceano e chegaram à América eram apenas destinadas ao homem branco. As mulheres, os negros e os nativos demoraram ainda para obter tais direitos. Na França, a liberdade fez um caminho de altos e baixos. Negros oriundos das colônias tiveram direitos concedidos, retirados e concedidos novamente, conforme descreve REISS (2015) na biografia do general Alex Dumas (pai e avô dos escritores Alexandre Dumas pai e filho) “O conde negro”. Antes mesmo da Revolução a França tinha dois regimes jurídicos para os negros. Nas colônias existia a escravidão, na metrópole, os que lá chegavam eram livres. Alguns (raros) homens negros, filhos legítimos ou não de nobres, até tinham acesso a título de nobreza. Com a revolução vieram os ideais de igualdade, mas a situação dos negros manteve-se complicada com uma igualdade formal (na metrópole) que não chegava ao patamar de material.

Os direitos de 1ª dimensão foram importantes, mas os direitos humanos não se resumem a eles. Foi necessário que surgissem outros direitos de 2ª dimensão ou liberdades positivas, para que a igualdade começasse a ter mais força. Passou-se a exigir que o Estado não só se abstinhasse de agir, mas também que ele atuasse positivamente para promover uma igualdade material, não aquela meramente formal da Revolução Francesa. Foi com a Revolução Industrial que essas necessidades se tornaram mais evidentes, pois as condições de vida daqueles que vieram trabalhar nas cidades eram visivelmente insalubres para o ser humano. Era necessário que o Estado (social) oferecesse saúde, cultura, para que a igualdade pudesse realmente ocorrer. O conceito liberal de igualdade precisava ser complementado para que pudesse atingir um número maior de pessoas. Os direitos positivos vieram ampliar a esfera de indivíduos que poderiam falar em igualdade perante o Estado. Ocorre que os direitos que buscavam igualar os indivíduos ainda tratavam de indivíduos. Era necessário que se implantasse a terceira das palavras de ordem dos revolucionários franceses, para que se pudesse realmente se falar em humanos com direitos humanos.

A terceira dimensão dos direitos humanos baseava-se na ideia de fraternidade, de que não se defende os direitos do homem, mas sim os da humanidade. Passa-se a pensar em direitos que ultrapassam o indivíduo ou atingem um coletivo de pessoas ou ainda são impossíveis de dividir, como os chamados individuais homogêneos, como o direito a um meio ambiente sustentável ou a defesa do consumidor.

Muitos autores, como o próprio SARLET (idem) defendem a ideia de uma quarta dimensão de direitos, mas quanto a esses os autores não chegam a um conceito unificador. Alguns consideram que o direito à democracia seria um desses, outros como BOBBIO (1992) que os direitos relacionados à biologia e ao patrimônio genético seriam os abrangidos por essa categoria. Utilizando-se o conceito de gerações ou a teoria dos status de Jellinek que é abordada por ALEXY (2008) ainda que o mesmo venha a tratar apenas de direitos de liberdade, de igualdade e de prestações por parte do Estado (direitos sociais), importa saber que passo essencial para que os Direitos Humanos venham a ser respeitados é a sua consagração por parte dos Estados.

Quando tais Direitos Humanos que são universais e devem ser respeitados por todos recebem a atenção dos legisladores e adentram o ordenamento jurídico de um país através de sua Constituição passa-se a falar de direitos fundamentais. Direitos fundamentais são aqueles que o legislador constituinte considera tão importantes que fundamentam ou servem de base

para um determinado Estado. Se a Constituição é o documento que determina o nascimento de um Estado, os direitos fundamentais são a descrição do que aquele Estado tem como certo para seus cidadãos e para os seres humanos de uma maneira geral. Quando ALEXY (2008) vem falar de sua teoria dos direitos fundamentais, em que pese ele não fazer uma conceituação do que seriam tais direitos, partindo direto para a conceituação de teorias de direitos fundamentais, por sua distinção, é possível perceber que ele adere a essa ideia. ALEXY (2008, p.32) diz que sua teoria de direitos fundamentais da Constituição Alemã é “*uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos e vigentes*”. Com isso ele quer dizer que ele desenvolve sua teoria da Constituição alemã com direitos fundamentais que estejam positivados na Constituição Alemã, e não em qualquer outra Constituição e que sejam direitos que sejam vigentes no presente, e não que tenham vigido em um passado histórico.

Muitas vezes a importância de tais direitos é tão grande que é necessário ser minucioso quanto à forma que eles devem ser respeitados. Para tanto o legislador na lei ordinária determina de que maneira deve-se agir para que tais direitos sejam protegidos. Dessa forma, verifica-se que inúmeros direitos humanos chegam às leis civis, penais entre outras, mas muitas vezes isso se dá de forma incipiente e lacunas dificultam a interpretação de como proceder para melhor garanti-los.

Em que pese a Declaração Universal do Direitos Humanos considerar que os direitos por ela enumerados e positivados por diversas nações devam ser indivisíveis é complexa a situação quando tais direitos indivisíveis e inalienáveis de uma pessoa ou grupo entram em conflitos com os direitos também indivisíveis e inalienáveis de outra pessoa ou grupo. Conforme ressalta ALEXY (2008, p.276) a ideia de que se possa restringir direitos seria algo natural, quase trivial. Essa possibilidade de limitação é que nos importa nesse ponto. É nos conflitos entre os direitos que a prova em vídeo nos interessa para essa dissertação. Isso, pois a contundência de uma prova em vídeo costuma produzir, conforme já citamos no primeiro capítulo, uma ideia de verdade. Essa ideia pode gerar outra, de absolutismo, de que a verdade deve sempre prevalecer e que, por isso, a prova em vídeo deve sempre ser produzida e analisada no processo, o que não é bem assim. O que se verifica na prática do direito é que essa busca da verdade poderá ser limitada por outros aspectos dos Direitos Humanos.

Nessa dissertação, ainda assim, defende-se que processo deve buscar a verdade. Qualquer tentativa de se fazer justiça que não se baseie na busca da verdade partiria, portanto, de uma premissa equivocada. A justiça atual baseia suas decisões em fatos e em um

conhecimento racional dos mesmos. Cada vez mais há uma superação da indução como forma de se buscar os fatos em troca de uma forma dedutiva de atingi-los. A razão passa a orientar a busca da verdade e a razão necessita de provas. Porém, isso não importa em se dizer que a prova é igual ao fato, ou que a verdade processual e a verdade objetiva coincidem.

Ainda que seja comum fazer uma diferenciação entre a verdade no processo civil e no processo penal dizendo que aquela seria uma verdade formal e que a última seria uma verdade real, isso não nos parece correto. É muito mais uma escolha didática que objetiva dizer que as características dos dois tipos de processo são diferentes, sendo possível maior negociação, liberdade no primeiro, no qual as partes poderiam dispor com maior liberdade no que diz respeito à prova, e que no segundo prevalece menos disposição.

Ocorre, porém, que em ambos os casos (processual civil ou penal) não é sempre possível que a sentença do magistrado atinja a verdade. Para isso temos que contar com teorias que busquem a melhor verdade possível, de forma a não abirmos mão de um princípio básico de justiça que consistiria nessa busca da verdade. GASCÓN ABELLÁN (2010, p. 40-43) faz a defesa de uma epistemologia que seja “moderadamente realista” e citando TARUFFO (1990b, *in* GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 43) diz que o juízo do fato é, em uma tradução livre, a escolha da melhor hipótese no que diz respeito à racionalidade entre as diferentes reconstruções possíveis dos fatos e por isso a verdade dos fatos nunca é absoluta, mas consiste na hipótese mais provável sustentada por mais elementos de confirmação. Tal conceito leva em consideração o fato de que o processo deve considerar outros aspectos que não apenas uma busca incessante da verdade. Para que seja possível a pacificação social é necessário que o processo tenha um fim. A busca da verdade “real” e absoluta, resultaria muitas vezes em uma busca sem fim. Cabe à sentença, ou ao acórdão, trazer a segurança jurídica, ou seja, o fim do conflito. Para isso a busca da verdade deve se contentar com um juízo de probabilidade e não de certeza.

Além do direito ao tempo razoável do processo, outros elementos podem entrar em conflito com a busca de uma verdade real no processo. Dentre esses elementos podemos destacar o conflito entre direitos. A busca da verdade não pode ser feita a qualquer custo e, em se tratando do processo, teremos sempre duas partes em conflito, cada uma das quais portadora de direitos e deveres, que entrarão em conflito. O processo tem de respeitar esses direitos individuais de cada uma das partes da melhor maneira possível. A prova em vídeo seria um direito das partes as quais deveriam ter ampla liberdade no que se refere à

capacidade de provar os seus direitos. Ocorre que como qualquer outra prova e como qualquer outro direito a análise de sua utilização deve ocorrer dentro de um contexto. Esse contexto deve observar as características da prova em vídeo que foram levantadas anteriormente, principalmente o seu poder retórico. Se o uso da prova vier a ferir um dos direitos da parte adversa isso deve ser considerado e se a limitação for muito grande e os direitos equiparáveis deve haver uma ponderação para ver qual deles irá prevalecer.

Tendo esse conflito em vista, um ponto que deve ser levado em consideração no que diz respeito ao uso legal de imagens no processo é a forma como podem ser obtidas as imagens. Conforme ressaltamos no tópico anterior, a maior limitação à possibilidade de se juntar vídeos ao processo diz respeito à licitude da prova. No caso do vídeo isso pode ocorrer em virtude de violações que tenham repercussões penais, ou cíveis e penais como é o caso da violação de direitos autorais, por exemplo. Enumeraremos a seguir, ainda que não exaustivamente, haja vista a prova em vídeo tratar-se de um campo ligado à tecnologia e que apresenta evoluções diárias, algumas situações em que a obtenção da imagem pode se dar de forma ilegal, e que, por isso, deveria ser motivo para exclusão da prova em vídeo da via processual:

Prova em vídeo obtida através da violação de domicílio - O artigo 150 do Código penal brasileiro trata do tipo violação de domicílio. Sua codificação pelo legislador atende o direito fundamental inscrito no artigo 5º, XI, que considera que a casa, em uma leitura ampla que abarca o local de trabalho ou ambiente onde exista o *animus domicili*, asilo inviolável do indivíduo. Esse direito fundamental nada mais é que um consectário dos direitos humanos de caráter liberal já citados. Não existem, portanto, dúvidas de que a gravação em vídeo obtida por quem entra ou permanece “*clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências*” deve ser considerada prova obtida de maneira ilícita. Resta, porém, a questão da prova em vídeo que tem como ambiente o domicílio ou outro local protegido pela lei feita por quem não se encontrava nesse ambiente, a partir de uma câmera externa a esse recinto. Como deve o direito lidar com a imagem de um crime filmada por um vizinho que de sua residência consegue filmar uma conduta típica de um réu dentro de sua residência? Ou de câmeras de segurança públicas ou privadas que obtém imagens de espaço particular do réu? Considerando-se que o direito de propriedade no direito brasileiro não inclui o subterrâneo ou o espaço aéreo, o que dizer de

imagens obtidas pelo sobrevoo de *drones*, ou VANT's (Veículos Aéreos Não Tripulados) de áreas particulares onde esteja sendo praticado um delito e que obtenham imagens dele?

Ainda que a lei não seja clara a esse respeito faz-se necessário que se chegue a alguma posição. Através de um processo de integração os magistrados têm buscado soluções caso a caso, mas uma abordagem científica da situação não deve apenas reproduzir a jurisprudência. Em uma situação como essa analogicamente devem ser aplicados os incisos do parágrafo 3º do citado artigo 150²¹.

Dá se pode depreender que o magistrado deve analisar se as imagens foram obtidas em vigilância autorizada pela justiça (inciso II), ou se a situação é de flagrante delito. Ainda assim, a vigilância deve ter aspectos objetivos, como tempo determinado, e devem ter um foco específico, devendo a autorização ser dada apenas em situações bastante específicas. Não deve o magistrado permitir que o voyeurismo seja fonte de prova para o direito.

Prova em vídeo obtida através de crime contra a inviolabilidade dos segredos – Os segredos do artigo 154 do código penal, são aqueles segredos a que o profissional tem acesso em função de sua profissão. Fazemos menção ao segredo médico, do psicólogo, do confessor, do advogado e estão intimamente ligados ao direito humano à privacidade e à intimidade. Não resta dúvida de que se esses profissionais fazem vídeos de seus clientes ou pacientes tais vídeos não podem ser prova no processo. Mais interessante, porém, é a figura do artigo 154-A do Código Penal inserido pela lei 12.737 de 2012, conhecida como lei “Carolina Dieckmann” (atriz que teve fotos íntimas divulgadas após invasão de dispositivo informático). A colocação da prática de *hacking* entre os crimes de violação de segredo seria limitadora de seu conteúdo, pois puniria exclusivamente a divulgação do “segredo”. O tipo penal, portanto, foi o de invasão de dispositivo informático e seu *caput* fala em “*fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita*”. Nenhuma dúvida parece existir no que diz respeito à impossibilidade de se utilizar no processo prova obtida por esse meio. Os pontos nebulosos parecem ocorrer quando não se tem controle sobre a origem das imagens. O dado digital é algo que pode ser reproduzido infinitamente e rastrear sua origem pode ser muito difícil, senão impossível. Isso é algo que deve ser levado em

²¹ § 3º – Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

consideração quando se admite a prova em vídeo no processo. Ligada a isso estaria a questão que se segue.

Prova em vídeo obtida através de receptação – O entender defendido nessa monografia é de que a prova em vídeo seria espécie do gênero prova documental, portanto “coisa” que poderia se enquadrar no objeto do tipo do artigo 180 do Código Penal. Se a parte “*adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio(...)*” coisa que deve saber ser produto de crime como o do citado art. 154-A, deve se enquadrar no tipo penal de receptação, e a prova obtida dessa forma deve ser também considerada ilícita.

Prova em vídeo obtida através da violação de direito autoral – A propriedade intelectual é protegida tanto civil quanto penalmente. A utilização de imagem que viole direito autoral deve, portanto, ser considerada ilícita para os fins do processo. A figura tipificada no *caput* do artigo 184 da lei penal e especialmente nos parágrafos 1º e 2º enumera situações que podem ocorrer no que se refere à prova em vídeo quando a mesma for, no todo ou em parte, protegida por direito de autor.

A prova em vídeo pode mesmo quando produzida em lugar público, pela própria parte, sem violação de direitos autorais e por pessoa que não tem obrigação de guardar segredo estar eivada de ilicitude que não permita sua utilização. Por isso, não se trata de uma questão a ser resolvida pelo viés legislativo que vai decidir a admissão desse tipo de prova no processo. Trata-se de situação que tem que se resolver na prática do judiciário, na presença do caso concreto. A enumeração dos casos acima está longe de ser exaustiva. Às partes não basta a alfabetização para o vídeo que SHERWIN (2011) defende. O profissional do direito cada vez mais tem que conviver com as novas tecnologias, ou no mínimo, tem que estar bem assessorado quando as causas se tratarem de elementos tecnológicos com os quais não esteja familiarizado. O profissional do direito, por lidar com os fatos da vida, não pode se furtar de tentar entender nenhum campo do saber, devendo ainda saber que seu conhecimento na maior parte das vezes será limitado e ele deverá buscar o talento do especialista.

Prova em vídeo e os crimes contra a honra – No que se refere aos crimes contra a honra, a juntada do vídeo é muitas vezes realizada pela parte que sofre a injúria, a calúnia ou a difamação. Em tais casos, o magistrado e a parte terão muitas vezes de levar em consideração a forma como foi obtida a imagem. A parte ofensora sabia que estava sendo filmada? Estava

em lugar público? O vídeo de uma repartição pública pode ser usado como prova de exceção da verdade no que se refere aos funcionários públicos?

Prova em vídeo e extorsão – Os artigos 158 e 160 do Código Penal tratam de situações bastante interessantes no que se refere à utilização de vídeo. No caso da extorsão um vídeo pode ser utilizado por alguém para constranger outrem. Como exemplo teríamos os vídeos íntimos (nudez, atos sexuais) que poderiam ser utilizados para chantagear uma pessoa. Existiria a necessidade da exibição de tais vídeos como prova da extorsão? O que tais vídeos podem esclarecer? Em geral tais elementos só podem causar o desconforto da parte perante o magistrado, a parte adversa e os advogados. Isso sem considerarmos o pessoal administrativo do judiciário. Não nos parece que a simples decretação de segredo de justiça possa ser suficiente para evitar que a busca da justiça possa ser ainda mais dolorosa para a parte que tem seus vídeos divulgados.

No que se refere ao artigo 160²², que trata da tipificação da chamada extorsão indireta, a situação é até mais interessante, ainda que a redação do artigo limite o tipo penal.

O artigo trata da pessoa que recebe documento que pode ser usado contra outra para instauração de procedimento criminal, mas apenas na situação de garantia de dívida, situação que limita bastante a abrangência do tipo penal. Em se tratando o documento de prova de vídeo de outro crime, esta resultará na instauração de procedimento próprio contra a vítima do crime do artigo 160 do Código Penal.

As situações que apontamos sugerem que o interesse pelo vídeo no processo pode se dar em inúmeras situações. Os conflitos no que se refere a tal tipo de prova, em geral, serão centrais e determinantes para a decisão de uma causa. Em que pese termos registrado algumas situações em que o vídeo possa ser relevante, que consideramos curiosas, é certo que qualquer dos fatos típicos narrados na parte especial do Código Penal pode ser registrado em vídeo, e, em virtude disso, é possível que a utilização de prova em vídeo venha a colidir com algum direito de uma das partes.

Um aspecto a se observar no que se refere aos direitos humanos é esse gigantesco estado de vigilância que a popularização das câmeras gerou. A liberdade burguesa teve como um de seus consectários lógicos a privacidade. Maria Celina BODIN DE MORAES (apud

²² Art. 160 - Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro:
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

RODOTÀ, 2008) evidencia o risco à privacidade trazido pelas novas tecnologias da informação. A professora brasileira apoiada no doutrinador italiano preocupa-se com as atuais tecnologias e com o futuro. Ambos consideram ínsito ao rol dos direitos humanos uma evolução do conceito de privacidade já que passam a pensar a proteção dos dados como direito essencial do homem.

O Estado, principalmente após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, tem cada vez mais se modificado em busca do valor segurança. Tal valor tem sido colocado à frente de outros que foram grandes conquistas dos últimos séculos no que diz respeito às garantias individuais e da humanidade de maneira coletiva. RODOTÀ (idem) adverte: “*Menos privacidade, mais segurança’ é uma receita falsa*” e ainda atenta para a situação atual de que a sociedade tem cada vez mais adotado a fórmula “*Menos cidadãos, mais suspeitos*”.

No cinema, filmes como o Inimigo do Estado de Tony Scott (Enemy of the State, 1998) já antecipava a utilização da tecnologia de imagens, informação e satélites como uma versão mais atualizada da distopia do Grande Irmão de ORWELL (2009). Na realidade inúmeras cidades, como Nova York nos Estados Unidos, por exemplo, já contam com redes de câmeras de segurança que deixam pouquíssimas áreas de sombra nas quais o cidadão possa ficar sem ser observado, pelo menos em suas regiões centrais e mais desenvolvidas e relevantes economicamente. Números levantados pela empresa IHS²³ especializada em informação para negócios dão conta que em 2014 existiam cerca de 245 milhões de câmeras do tipo CCTV profissionalmente instaladas no mundo²⁴. Tal número é capaz de nos mostrar que dificilmente um morador de uma grande cidade deixará de ser filmado ao menos uma vez por dia ao transitar pelos espaços públicos.

Não é o caso de demonizar essa tecnologia. CLARKE (2007) afirma que o temor de tal tecnologia nos levar a uma situação de Grande Irmão só seria justificado em uma sociedade totalitária. Disso discordamos! Ainda que consideremos que tal tecnologia possa e deva ser utilizada de forma democrática e que em uma sociedade democrática devam existir normas para coibir o uso indevido desses instrumentos, entendemos que é justamente a banalização do risco da utilização irrestrita de tais técnicas que pode resultar em situações de autoritarismo mesmo dentro de sociedades democráticas.

²³ <https://technology.ihs.com/> acesso em 28 jan. 2016.

²⁴ <http://www.securitynewsdesk.com/how-many-cctv-cameras-are-there-globally/> acesso em 28 jan. 2016.

Não se pode negar, porém que a resolução de inúmeros crimes é devida a tecnologia de CCTV e similares. A título de exemplo, pode-se citar o assassinato da juíza Patrícia Accioli²⁵ que teve todo o seu itinerário do trabalho em São Gonçalo, RJ até sua residência em Niterói, cidade vizinha, onde foi morta, coberto por câmeras que puderam comprovar a perseguição da mesma por seus assassinos. Empresas que lidam com mercadorias de valor como joalherias, dinheiro em espécie, como bancos ou com pequenos valores como o mercadinho da esquina tem câmeras de segurança que buscam inibir ou pelo menos identificar perpetradores de atos criminosos. O receio está na falta de controle ao acesso a essas imagens. Quem pode obtê-las? De que forma? Através de mandado judicial a polícia ou as partes em um processo podem ter acesso a imagens filmadas pelo poder público ou pelo particular. O que impede, porém, que as imagens obtidas pelo particular possam ser cedidas a terceiros, comercializadas ou divulgadas em sites como o YouTube®, por exemplo? Faz-se necessário, que tais questões sejam enfrentadas como faz o Estado Italiano com a figura do Garante (RODOTÀ, idem). A questão da privacidade não pode ser negligenciada pelo mero surgimento de uma nova tecnologia seja ela a câmera de vídeo ou a internet. Cabe ao Estado não só a defesa da liberdade na utilização das tecnologias, mas também a promoção de outros direitos fundamentais como a privacidade dos cidadãos. Deixar de regulamentar ou fiscalizar promove a liberdade apenas em um aspecto formal, pois, pelo menos em um primeiro momento, as tecnologias são caras e de acesso restrito. A promoção da igualdade e a defesa da privacidade exigem que se fiscalize se a liberdade de utilização dessas tecnologias não estará atingindo os bens essenciais de outra parte da sociedade.

É ponto que igualmente nos interessa nesse capítulo o fato de que o uso de tais imagens em vídeo também impacta os Direitos Humanos como forma de defendê-los. Se em um primeiro momento as tecnologias atingem e são aproveitadas apenas por uma pequena parcela da sociedade e pelo Estado, sua capilarização (CAMPEAU, idem) passa a dar proveito a uma maior parcela de indivíduos. Tais indivíduos passam a poder defender seus direitos com ferramentas que antes eram restritas ao Estado, ou a grande detentores de capital. Isso transforma a prova em vídeo, pois a deixa muito mais democrática. O momento atual, no que se refere a esse tipo de prova é o de disseminação pela sociedade. Ainda que essa disseminação não seja suficiente para que deixemos de nos atentar a possíveis problemas na utilização de tais provas anteriormente citados, uma quase universalidade de acesso permite ao menos uma maior proximidade de uma situação de paridade de armas.

²⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=508c7AISCIQ> acesso em 02 fev. 2016.

GREGORY (2011) demonstra como as ONG's e organizações da sociedade civil têm se valido da estratégia de *video advocacy* para promover a defesa dos Direitos Humanos. É certo que a estratégia de *advocacy* não pressupõe o uso processual das imagens de vídeo, mas sim a produção de vídeos que se apoiem no poder retórico da imagem para promover o convencimento de interessados, governos ou da população de um ponto de vista. É um vídeo que tem um discurso por trás e para isso faz uso de recursos como edição e utilização de trilha sonora, por exemplo, de forma a fortalecer seu convencimento. Podem, portanto, utilizar-se de outros locais para divulgação que não a justiça, como a mídia tradicional ou redes sociais, por exemplo. Nada impede, porém, que as imagens sem edição ou até mesmo os vídeos de *advocacy* possam ser usados no processo. Devem ser feitas apenas as ressalvas quanto a legalidade de sua utilização e a apreciação das imagens editadas com o entendimento que se trata de material alterado para a defesa de um determinado discurso. A ONG WITNESS, retratada por GREGORY (2011) adaptou-se à modernidade. Se antes ela fornecia equipamento e treinamento, hoje ela já entende que o equipamento é o que a vítima de violação de Direitos Humanos tiver à mão. Em seu site e na mídia a ONG divulga cartilhas²⁶ que, por exemplo, ensinam como utilizar o celular para filmar casos de violência policial. Nada mais justo para uma ONG que surgiu da percepção do poder do vídeo na mobilização de pessoas em virtude da divulgação das filmagens da agressão de Rodney King que veio resultar nos conflitos de Los Angeles de 1992.

A utilização de vídeos pode ser um importante instrumento para combater as violações de Direitos Humanos por empresas, conforme exemplificado por nós (SOUZA, 2015). Com o rompimento da barragem de Samarco em Mariana, MG, também em 2015, pudemos perceber que a tecnologia de filmagem somada à utilização de drones, permitiu que se tivesse a documentação do maior desastre ambiental da história do Brasil²⁷. Tais imagens podem e serão usadas jornalisticamente, para estratégias de *advocacy*, mas também para instruir o processo de crime ambiental. Se no passado apenas o Estado e as empresas multimilionárias tinham recursos para realizar tais filmagens, hoje com a popularização de câmeras e mais recentemente dos drones a sociedade civil pode fazer parte da luta por seus próprios direitos. Ainda que as empresas multinacionais ainda sejam detentoras do poder

²⁶ https://portugues.witness.org/portfolio_page/como-filmar-violencia-policial-na-favela-com-celular/ acesso em 02 fev. 2016.

²⁷ <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,imagens-de-drones-indicam-fissuras-em-terceira-barragem,10000002166>; <http://g1.globo.com/espirito-santo/fotos/2015/11/fotos-drone-mostra-o-rio-doce-antes-e-depois-da-lama.html>; <http://skyvisionimagens.com/reportagem-da-globo-no-jornal-nacional-241115-com-imagens-aereas-de-drone-da-sky-vision/> acesso em 02 fev. 2016.

financeiro e disponham de recursos para tentar descaracterizar as violações, documentários, como CRUDE (2009) são capazes de demonstrar a violação de direitos de forma tão patente que mesmo todo o dinheiro da CHEVRON (TEXACOEQUADOR, 2014) e utilização da mesma arma de vídeo²⁸ não foram capazes de reverter a decisão da justiça equatoriana. No mesmo caminho seguiram os realizadores do documentário Domínio Público²⁹. Utilizaram-se da estratégia de *video advocacy* e da viralização em redes sociais para demonstrar como o poder público somado a empresas violou os Direitos Humanos de inúmeras pessoas para a realização das obras para a Copa do mundo da FIFA de 2014 e para as Olimpíadas de 2016. Ainda que em tais obras exista um *storytelling* destinado a potencializar o efeito retórico (GREGORY, 2011) pode ser que se admita a sua utilização dentro do processo, desde que os operadores do direito consigam perceber essa roteirização dos vídeos (SHERWIN, 2011).

Ao salientarmos as ligações da prova em vídeo com as questões de Direitos Humanos estamos talvez nos adiantando a problemas ainda pouco percebidos no contexto da prova em vídeo no Brasil. O capítulo que segue trata da pesquisa empírica que se realizou na UFJF em caráter exploratório. Os pontos de contato com as questões de Direitos Humanos que levantamos são questões de conteúdo que não podem ser percebidos na pesquisa realizada. A pesquisa buscou aspectos ainda anteriores os quais dizem respeito a se e de que forma o vídeo vem a ser utilizado para justificar a tomada de uma decisão pelo magistrado. Seus capítulos passarão pela descrição da metodologia (3.1), pela demonstração dos dados coletados (3.2) e pela análise da amostra (3.3).

²⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=Q2gTKE3Xyn8> acesso em 12 ago. 2014.

²⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=dKVjbopUTRs> acesso em: 12 ago. 2014.

3. A PESQUISA

A dissertação que se apresentou até o momento surge da leitura crítica da obra de SHERWIN (2011) e de toda bibliografia apresentada ao final, no item Referências Bibliográficas, combinada à pesquisa empírica sobre a utilização da prova em vídeo nos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo, realizada por RICCIO *et al* (2016) na Universidade Federal de Juiz de Fora. Fez-se, portanto, uma interpretação da pesquisa empírica desenvolvida pelos pesquisadores da UFJF à luz da literatura estudada, buscando um ponto de vista que não deixasse de se importar com as situações em que o uso dessa tecnologia viesse a tocar em pontos caros aos direitos humanos, linha seguida pelo autor no mestrado em Direito e Inovação da UFJF.

Em virtude disso o tópico em questão abordará: 1 – Metodologia empregada (tanto a metodologia da dissertação em si, como aquela utilizada na pesquisa citada); 2 – A prova em vídeos e os tribunais – Análises exploratórias (que vai tratar dos dados gerais coletados pela pesquisa realizada pelos pesquisadores da UFJF); e 3 – A análise da amostra (que fará um recorte qualitativo e analisará o teor de algumas deliberações que fazem parte do universo de decisões estudadas na pesquisa empírica da UFJF).

3.1. Metodologia empregada

O trabalho realizado nessa dissertação consistiu principalmente em uma exploração à luz da bibliografia escolhida dos dados e conclusões obtidos na pesquisa sobre as decisões criminais de segunda instância dos tribunais de justiça de Minas Gerais (TJMG) e de São Paulo (TJSP) que se referiam a processos que tivessem tratado em algum momento de prova em vídeo.

Objetivava-se, de uma forma mais ampla, verificar se, haja vista a capilarização dos equipamentos de produção de vídeos perante a sociedade, tais provas têm sido utilizadas nos tribunais brasileiros e, em caso positivo, de que forma os operadores do direito lidam com tais provas. Ao comparar com a literatura existente, em especial de língua estrangeira, perceber se os problemas enfrentados pelos magistrados e pelas partes são aqueles relatados pela doutrina existente.

O referencial teórico adotado pautou-se na obra de Richard K. SHERWIN (2011) *Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque*, que trata de relações entre o direito e os

meios visuais, em especial, na forma como os profissionais do meio jurídico lidam com a interpretação do vídeo e de que forma o poder retórico do vídeo produz efeitos sobre o julgador e partes em um processo, mas teve como complemento obras que lidavam com a questão dos direitos fundamentais, as relações entre mídia e direito, mas ao tratar do direito buscou fazer uma abordagem voltada ao processo e mais especialmente ao processo penal analisando a obra de autores como FERNANDES (2003), FERRER BELTRÁN (2004), GASCÓN ABELLÁN (2010) entre outros, enumerados na bibliografia.

Buscou-se uma abordagem ampla, multidisciplinar que passou por aspectos de sociologia, psicologia, retórica, comunicação social e direito. No campo do direito a leitura foi, como dita acima, à luz do direito processual, em especial, processual penal, porém enfrentando pontos dos direitos penal, constitucional e dos direitos humanos. Em que pese tais campos do conhecimento terem orientado a dissertação, as conclusões obtidas basearam-se também em aspectos quantitativos oriundos da análise de 137 decisões de processos de natureza penal que tenham envolvido prova em vídeo nos tribunais de Minas gerais e São Paulo nos anos de 2009-2012.

A escrita dessa dissertação deu-se em etapas mais ou menos estanques. A constante avaliação por parte dos orientadores, no entanto, fez com que algumas das fases se misturassem em um processo de constante revisão e adaptação. Para fins metodológicos, porém, pode-se dizer que a composição deste texto deu-se nas seguintes etapas distintas:

A primeira etapa consistiu na catalogação e leitura de livros, artigos, reportagens e vídeos que tivessem relação com o que se buscava estudar. Tais obras abordavam aspectos importantes para a elaboração das hipóteses trazidas no presente trabalho. Esta etapa permitiu uma análise crítica dos resultados da pesquisa empírica. Foi o estudo da bibliografia que orientou a formulação dos dois primeiros capítulos e esse estudo bibliográfico foi quem levantou a hipótese a ser comprovada pelos dados da pesquisa empírica. Em especial, a leitura de SHERWIN (2011) permitiu a identificação de um possível problema, que a pesquisa das decisões dos tribunais confirmou. SHERWIN (idem) afirma que falta ao profissional do direito o ferramental necessário para interpretar aquilo que é demonstrado em forma de vídeo. Isso na verdade já é um detalhamento do trabalho do autor citado. Ele não trata de forma tão específica da questão da prova, nosso objeto de estudo. De uma forma mais geral ele fala da dificuldade que o ser humano pode ter ao interpretar imagens. Para tanto ele se utiliza inclusive do cinema para exemplificar como pode ser difícil interpretar o que alguém pode

estar querendo dizer com o uso de imagens. Para tanto ele cita, por exemplo, a obra de David LYNCH (2001) *Cidade dos Sonhos* e dos irmãos WACHOWSKI (1999) *Matrix* que demonstra quão rocambolesca pode ser linguagem visual. Para nossa hipótese, limitamos a questão do vídeo à prova obtida em vídeo. Nosso interesse se encontra em descobrir em que ponto esse tipo de prova ao ser utilizado no processo brasileiro tem sido observado pelos magistrados em sua sentença. Se a forma como tem sido observado está de alguma maneira afetando direitos fundamentais e se o judiciário brasileiro encontra-se alfabetizado para a utilização da prova em vídeo.

A leitura de SHERWIN (*idem*) não é suficiente para nos orientar nesse sentido. Em que pese a grande diversidade de assuntos que formam a bibliografia dessa obra, talvez três assuntos predominem para o entendimento que se buscava da hipótese aventada. O primeiro assunto importante diz respeito ao poder retórico da prova em vídeo e esse apesar de partir da obra citada precisava de complementos que foram trazidos de outros textos que compõe à bibliografia, dentre eles a obra de MACCORMICK (2005) e a de MADEIRA (2014), que lidam com retórica e direito. O segundo diz respeito às repercussões processuais da utilização desse tipo de prova que nos permitem ou pelo menos tentam ajudar a entender em que aspecto uma prova em vídeo deve ser observada pelos juristas e operadores do direito. Apenas para ilustrar os diversos textos que serviram de base para tentar fazer uma leitura dos aspectos processuais da prova em vídeo poderíamos citar GASCÓN ABELLÁN (2010) que nos permitiu raciocinar sobre a questão dos fatos e da veracidade para o direito e de que forma aquele poder retórico da prova se relacionaria com a “verdade” e com o terceiro assunto, os direitos fundamentais. Nos aspectos processuais muita referência foi feita à lei processual brasileira penal e também civil, pois algumas vezes, em assuntos que ainda não são muito debatidos, é em que o aplicador do direito pode se apoiar. O fato da lei também não se estender sobre o assunto leva a cada caso concreto ser apreciado de forma diversa. O terceiro assunto, a relação com os direitos fundamentais tem um aspecto em que o processo se firma como garantia para aquele que está sendo julgado. Trata-se, portanto, de verificar se na análise do teor da amostra pode-se perceber que a transcrição de alguma das decisões de qualquer forma demonstrou que garantias processuais ou outros direitos fundamentais de caráter material como a privacidade, por exemplo estão sendo desrespeitados de maneira desproporcional. Para tanto, além das diversas obras que fazem tem o viés processual, buscou-se o magistério de autores como ALEXY (2008 e 2011) que trazem uma teoria de direitos fundamentais e conceituam e validam o direito.

A segunda etapa, na qual nos baseamos fortemente nas informações trazidas por MESSIAS DA SILVA (2015), correspondeu à análise dos dados da pesquisa quantitativa e qualitativa desenvolvida pelos pesquisadores da UFJF. Nesta etapa foram observadas as decisões coletadas através dos sistemas online de busca de acórdãos dos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais e São Paulo. Tais decisões, que foram separadas por tribunal de origem e por ano da decisão compreenderam o período de 2009-2012 e foram coletadas através de técnicas de pesquisa web, tais quais operadores booleanos, que filtraram as decisões mais pertinentes compuseram um banco de dados, o qual foi usado nessa dissertação. Esse banco de dados foi organizado através da ferramenta RQDA30 que foi utilizada na análise qualitativa dos mesmos. Tal ferramenta foi escolhida por ser um sistema multiplataforma (disponível para Windows, Mac OS e Linux) gratuito. Além disso, o software está integrado com o sistema gerenciador de banco de dados SQLite o que permitiu a associação de aspectos qualitativos e quantitativos da pesquisa.

A utilização desses softwares possibilitou um melhor gerenciamento dos dados do que seria com a utilização dos mais simples programas do pacote Office da Microsoft Word e Excel, pois o SQLite, como sistema gerenciador de bancos de dados permite o cruzamento de informações e variáveis do sistema. A informatização em se tratando de um grande número de dados conforme se espera encontrar em pesquisas quantitativas diminui o risco de erro humano no confronto entre as informações.

A terceira etapa consistiu na redação desta dissertação e não se manteve estanque das etapas anteriores, pois as constantes revisões implicaram em releituras e buscas de decisões específicas dentro do banco de dados. Nesta etapa aproveitou-se a análise da pesquisa bibliográfica para a redação do que foram os capítulos primeiro e segundo e, o tratamento e organização de dados realizados na pesquisa feita pelos professores da UFJF, razão pela qual os procedimentos a detalhar são, em parte, os mesmos da mencionada pesquisa, para explicar grande parte do contexto metodológico. É essa etapa integradora a responsável pela conclusão atingida nessa dissertação.

Escrever essa dissertação dessa maneira corresponde a um anseio que se fortaleceu no decorrer do mestrado. Era uma percepção do autor que se fortaleceu com a leitura do livro de EPSTEIN e KING (2013) de que se realiza pouca pesquisa empírica no direito. Muitas das pesquisas realizadas não passam de revisão da literatura existente, e ainda que possam trazer

³⁰ abreviatura de R Qualitative Data Analysis

contribuição para o pensamento jurídico uma vez que podem ser questionadoras e rebater argumentos trazidos pelos autores originais, dificilmente se afastam do conhecimento jurídico teórico.

Além disso, tais pesquisas são muitas vezes trabalhos não cooperativos e que não se aproveitam das vantagens da multidisciplinariedade. EPSTEIN e KING criticam o patamar em que se encontra a *legal scholarship* dizendo que ela padece da ausência de metodologia em suas pesquisas. No caso da pesquisa empírica, eles defendem que o contato com pesquisadores de outras áreas do conhecimento poderia suprir as falhas metodológicas em especial no que se refere à pesquisa empírica. A possibilidade, portanto de trabalhar com dados coletados de maneira empírica com metodologia usada por outros ramos do saber traz a possibilidade de enriquecimento dessa dissertação ao diferenciá-la de pesquisas que lidem apenas com a dogmática jurídica.

MESSIAS DA SILVA (2015) ressalta, porém, que os dados colhidos para a pesquisa que resultou nessa dissertação apresentam dificuldade para sua obtenção. Tal problema relaciona-se ao fato de que os dados obtidos estarem ligados à informatização do poder judiciário. Uma vez que nessa pesquisa se lidou com os julgados de segunda instância dos tribunais de Minas Gerais e São Paulo, apenas dois caminhos eram possíveis: a realização de cópias físicas dessas decisões, o que haja vista o tamanho da base de dados seria impossível, ou a pesquisa dos dados disponibilizados pelos tribunais em seus repositórios de jurisprudência online.

Ocorre, porém, que a informatização recente e a falta de sistematização dessa informatização dificultam o processo de coleta dos dados oriundos do poder judiciário. Adicionalmente, um dos principais problemas encontrados foi a falta de “tagueamento com metadados”, isto é, a “ausência de estruturação dos dados de modo a ter acesso de maneira eficiente e inteligente à informação”. Em se tratando do TJMG os campos de filtro possuem apenas quatro critérios de busca, quais sejam, órgão julgador, relator, data da publicação e data do julgamento. Isso implica no fato de que qualquer outro critério de busca tem que ser feito através de busca no próprio corpo do acórdão o que gera muitos resultados falso-positivos que tem que ser excluídos manualmente. Para a separação dos dados relevantes as palavras chaves têm de ser inseridas no campo “pesquisa livre”, que faz busca, conforme dito anteriormente no inteiro teor dos acórdãos. No caso da pesquisa, as palavras chaves foram “prova” “e” “vídeo” “e” penal (onde “e” é um conectivo lógico que exige que as três chaves

de busca estejam de forma concomitante no texto resultado). Ocorre que ainda assim, diversos resultados cíveis e tributários foram coletados e tiveram de ser descartados na consulta manual.

Ainda que o portal do TJSP tivesse um maior número de critérios de busca (10) e a procura por sinônimos, também não é possível nesse site de busca a realização da separação em razão do tipo de causa (no caso em tela só interessavam as causas penais). Mesmo com as dificuldades apresentadas, a utilização de operadores lógicos booleanos “e” (and) e “não” (not) possibilitou a redução dos resultados que não interessavam para a formação do universo de dados. Como exemplo, podemos citar que a procura pelas palavras chave prova e vídeo no site do TJSP registrou um número de resultados muito maior que o esperado. Do site do TJMG o uso das palavras chaves implicou na coleta de 478 resultados. O uso dos mesmos critérios de busca “prova” “e” “vídeo” no site do tribunal de São Paulo teve como resultado 7.039 acórdãos. De forma a reduzir os falso-positivos foi utilizado o conectivo “não” (not) somado às palavras chave “cassete”, “casete”, “videocassete” e “locadora”, o que reduziu o número de acórdãos para 1.618. Em que pese a não sistematização isso não impede a realização de pesquisas por palavra-chave. Ressalta-se, porém, que a simples criação de um campo de pesquisa que separasse os acórdãos por campo do conhecimento jurídico poderia em muito facilitar as pesquisas científicas que visem utilizar acórdãos. Além disso, um sistema de pesquisas que tivesse os mesmos critérios de busca, campo e tagueamento³¹ para todos os tribunais dos estados da federação facilitaria em muito pesquisas comparativas por estado e/ou região.

3.2. A Prova em Vídeos e os Tribunais – Análises Exploratórias

Os dados que serviram de universo para a pesquisa desenvolvida pelos pesquisadores da UFJF foram separados, conforme afirmado no tópico anterior pelos sites de busca dos próprios tribunais, ferramenta de acesso universal que a informatização da justiça trouxe para facilitar a pesquisa dos operadores do direito, permitir uma transparência das decisões do judiciário e que criou um enorme acervo de dados que pode orientar a pesquisa científica no direito na direção de maior empiria. Não se está dizendo aqui que uma pesquisa empírica no direito tenha que se desenvolver unicamente da mesma forma que a aqui representada, com a coleta de decisões e análises das mesmas, mas que esse material é riquíssimo e permite um

³¹ Termo usado na tecnologia da informação correspondente, em parte, a etiquetagem.

número enorme de variações utilizando-se de ferramental estatístico tão comum a diversas outras áreas da produção científica.

A amostra obtida por meio da pesquisa nos *sites* dos tribunais mineiro e paulista resultou em um grande número de dados. No site do TJMG, conforme afirmado anteriormente, foram utilizados como palavra chave os termos “provas”, “vídeo”, “penal” e o conectivo “e” no campo dedicado à pesquisa livre. Isso resultou conforme dito anteriormente em 478 resultados possíveis. No caso do TJSP, uma primeira busca utilizando-se as mesmas palavras-chaves utilizadas no *site* mineiro resultou em um número de registros muito grande para a posterior seleção humana, qual sejam 7.039 acórdãos. Isso implicou no uso de outras palavras-chave no tribunal paulista de forma a se obter um número mais adequado de resultados para a pesquisa. No TJSP as *tags* utilizadas foram “provas” “e” “vídeo” “e” “criminal” “não” “cassete” “não” “casete” “não” “locadora” “não” “videocassete”. Tal tagueamento foi capaz de reduzir o número de resultados em 5.421 registros, o que pré-selecionou 1.618 resultados. Ainda que um maior número de acórdãos pudesse ser mais interessante estatisticamente, foi necessário reduzir o universo de dados em virtude de que muitos acórdãos não se encaixassem naquilo que estava sendo pesquisado. Uma seleção manual foi feita então obtendo 83 decisões de natureza penal no site do TJMG e 56 decisões no tribunal paulista que possuíam relevância para a pesquisa. A distribuição de tais decisões pelos anos de interesse se dá conforme o quadro abaixo.

Tabela 1 - Amostras selecionadas

Tribunal	Ano	Acórdãos analisados
<i>TJMG</i>	2009	20
	2010	33
	2011	15
	2012	15
TOTAL		83
<i>TJSP</i>	2009	14
	2010	15
	2011	12
	2012	15
TOTAL		56

Fonte: elaborada pelo autor com os dados da pesquisa

Conforme destacado por MESSIAS DA SILVA (2015) deve-se ter a atenção para o fato de que o universo coletado nessa pesquisa é finito, pois se trata de uma base de dados fixos dos tribunais selecionados no período de 2009 a 2012 e que sua natureza é estratificada segundo os critérios de que todas as ações deveriam ser de natureza penal e relacionadas a provas em vídeo. Isso implicou em uma base de dados não probabilística já que não houve coleta aleatória de decisões. O método de pesquisa por operadores booleanos na primeira fase da coleta de acórdãos buscou selecionar o maior número possível de acórdãos que se encaixassem nos critérios para a pesquisa, ressaltando-se que não era possível, porém, afastar a necessidade de uma posterior verificação humana que acabou reduzindo sobremaneira o número de decisões dentro do universo.

A partir do momento que o universo foi delineado nossa pesquisa passou a observar a questão sobre a forma como tais provas são observadas e compreendidas no processo. Os critérios que fizeram a decomposição das decisões em variáveis quantitativas permitiram realizar as inferências qualitativas em momento posterior. A análise das decisões que formaram o universo de acórdãos selecionados permitiu verificar de que forma os juízes e desembargadores se comportaram no que se refere à forma como e se assistiram os vídeos. Nossas variáveis também consideraram a existência de perícia técnica e se a fundamentação da decisão se baseou ou ao menos mencionou a prova em vídeo. Tais aspectos nos permitem não apenas verificar aspectos da inteligibilidade e da retórica dos vídeos, mas também levantar alguns pontos no que se refere ao fato de estarem sendo respeitados direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo. A tabela abaixo demonstra as variáveis quantitativas que foram aplicadas em cada uma das decisões.

Tabela 2 – Variáveis quantitativas

ID	DESCRIÇÃO	ELEMENTOS
01	Ano da Decisão	01 = {2009, 2010, 2011, 2012}
02	Tribunal da Decisão	02 = {TJMG, TJSP}
03	Houve exibição do vídeo na instrução de 1º grau?	03 = {sim, não}
04	O juiz assistiu ao vídeo na instrução de 1º grau?	04 = {sim, sim e fora da sessão de julgamento, não}
05	Houve exibição do vídeo na sessão de julgamento em 2º grau?	05 = {sim, não}
06	O relator assistiu ao vídeo para fundamentar sua decisão em 2º grau?	06 = {sim, sim e fora da sessão de julgamento, não}
07	Outro julgador assistiu ao	07 = {sim, sim e fora da sessão de

	vídeo para fundamentar sua decisão em 2º grau?	juízo, não}
08	Há referência direta ao conteúdo do vídeo na fundamentação da decisão?	08 = { sim, não }
09	O conteúdo do vídeo é o principal fundamento da decisão?	09 = { sim, de forma direta, sim e de forma indireta, parcialmente; não }
10	Há laudo pericial sobre o vídeo?	10 = { sim, não }
11	Natureza da ação	Natureza da ação

Fonte: MESSIAS DA SILVA (2015, p. 89-90)

Tabela 3 – Variáveis quantitativas – escala de valores

ID	DESCRIÇÃO	ELEMENTOS
01	Ano da Decisão	1 → 2009 2 → 2010 3 → 2011 4 → 2012
02	Tribunal da Decisão	1 → TJMG 2 → TJSP
03	Houve exibição do vídeo na instrução de 1º grau?	1 → sim 2 → não
04	O juiz assistiu ao vídeo na instrução de 1º grau?	1 → sim 2 → sim, fora da sessão de julgamento 3 → não
05	Houve exibição do vídeo na sessão de julgamento em 2º grau?	1 → sim 2 → não
06	O relator assistiu ao vídeo para fundamentar sua decisão em 2º grau?	1 → sim 2 → sim, fora da sessão de julgamento 3 → não
07	Outro julgador assistiu ao vídeo para fundamentar sua decisão em 2º grau?	1 → sim 2 → sim, fora da sessão de julgamento 3 → não
08	Há referência direta ao conteúdo do vídeo na fundamentação da decisão?	1 → sim 2 → não
09	O conteúdo do vídeo é o principal fundamento da decisão?	1 → sim, de forma direta 2 → sim, de forma indireta 3 → parcialmente 4 → não
10	Há laudo pericial sobre o vídeo?	1 → sim

		2 → não
11	Natureza da ação	1 → cível 2 → criminal

Fonte: MESSIAS DA SILVA (2015, p. 90-91)

Aos itens da tabela 2 foi atribuída uma escala de valores conforme o quadro acima. De posse das informações quantitativas passou-se a análise qualitativa utilizando-se para tanto da importação dos resultados da pesquisa inseridos em um arquivo CSV para o banco de dados SQLite. Isso fez com que a análise se tornasse bivariada entre dois tipos de variáveis, quais sejam quantitativa e qualitativa.

Os quesitos utilizados na pesquisa merecem ser esclarecidos. O item 01 da tabela 3 refere-se à delimitação das decisões no tempo. Para fins dessa pesquisa fez-se um recorte temporal que abrangeu os anos de 2009 a 201232. O item 02 da mesma tabela é o recorte espacial. Demonstra se o julgado pertence ao tribunal de Minas Gerais ou de São Paulo que foram escolhidos em função de serem os tribunais dos Estados de maior população da federação.

A variável do item 03 verifica se a decisão menciona se o vídeo foi exibido na instrução de 1º grau. Tal questionamento, assim como os seguintes, permite estabelecer a forma como o vídeo tem sido observado nos processos e se a sua apresentação respeita o contraditório e a ampla defesa. No que se refere ao item 04 a importância está em se determinar se o magistrado assistiu o vídeo e, em caso positivo, se isso foi feito durante a sessão de julgamento.

Os itens 05 e 06 repetem a ideia dos itens 03 e 04, porém já em segundo grau. O fato de o tribunal ser um órgão colegiado exigiu um detalhamento nos itens 06 e 07, pois o primeiro se refere ao fato de o relator ter assistir aos vídeos enquanto o segundo questiona se outro dos desembargadores (revisor, vogal) assistiu ao vídeo para tomar sua decisão. Novamente leva-se em consideração o fato de isso ter ocorrido em sessão de julgamento ou em particular. A questão 08 faz referência à citação direta ao conteúdo do vídeo na fundamentação da decisão. Tal fato diz respeito à necessidade de que o magistrado faça referência aos elementos responsáveis pela formação de seu convencimento. O item 09 leva

³² Tal recorte se estabelece em um período no qual já está consolidada a tecnologia das câmeras e há uma ubiquidade das mesmas através da sociedade.

essa questão a outro patamar pois busca verificar se o conteúdo do vídeo é o principal fundamento da decisão. O item 10 busca saber se existe laudo pericial sobre o vídeo, o que faz referência às peculiaridades técnicas do mesmo enquanto o item 11 quer saber a natureza da ação. Para fins dessa dissertação somente foram observadas as decisões de natureza penal.

Os quesitos, após a análise das decisões que fazem parte do universo, tiveram os seguintes resultados: Quanto à quantidade de magistrados de 1º grau que assistiram aos vídeos durante a instrução a análise demonstrou que se levando em conta os dois tribunais, apenas 7,91% dos magistrados assistiram os vídeos, sendo que 3,6% foram assistidos fora da audiência de instrução. A pesquisa demonstrou que em 88,49% dos casos o vídeo não foi assistido. O fato de não haver menção à visualização do vídeo em primeira instância não é determinante no sentido de que os magistrados primeiros não estejam assistindo aos vídeos, ou que essa prova esteja sendo ignorada. Temos que salientar que as decisões analisadas são acórdãos, e não sentenças. Mas a ausência de menção aos vídeos nos mostra que a importância dada a eles ainda não prevalece perante elementos escritos e orais.

Tabela 4 – Visualizações do vídeo em 1º grau

Quesito 04	Freq.	%
Sim	11	7.91
Sim, fora da sessão	5	3.60
Não	123	88.49
Total	139	100.00

Fonte: Riccio et al (2016)

No que se refere ao 2º grau de jurisdição a situação é bastante semelhante no que se refere ao percentual de vezes que os vídeos não foram assistidos. Em 87,05% dos casos verificou-se que os desembargadores não assistiram aos vídeos. Do percentual total, em apenas 0,72% das situações o vídeo foi assistido durante a sessão de julgamento. Em 12,23% dos casos os magistrados de 2º grau chegaram a assistir os vídeos, porém isso ocorreu fora de sessões de julgamento. Nesses casos, a própria dinâmica dos tribunais parece levar a essa situação. Pelo fato de sustentações orais não serem a regra, na maioria das vezes as decisões já são levadas prontas para as sessões onde são lidas. Por isso, dentre os poucos casos em que é mencionado o fato do vídeo ter sido assistido, na grande maioria das vezes isso se deu fora da sessão de julgamento.

Tabela 5 – Visualizações do vídeo em 2º grau

Quesito 06	Freq.	%
Sim	1	0.72
Sim, fora da sessão	17	12.23
Não	121	87.05
Total	139	100.00

Fonte: Riccio et al (2016)

No sentido de se buscar entender o efeito retórico da prova em vídeo um aspecto fundamental era tentar descobrir se o conteúdo do vídeo foi o principal fundamento da decisão. Para tanto, analisou-se o resultado do quesito 09 que teve como respostas possíveis quatro situações, três no caso de haver influenciado e uma no sentido negativo. A primeira possibilidade era de que a prova em vídeo tivesse sido a principal motivação por trás da decisão e nesse caso o seu conteúdo teria sido referenciado de forma direta, através de citação de trechos do mesmo. A segunda possibilidade era de que a prova em vídeo pudesse ser motivadora da decisão, mas o vídeo não fosse referenciado de forma direta. Referências a seu conteúdo ocorreriam com a citação a outros documentos ou peças processuais que remetessem às cenas do vídeo. Uma terceira espécie no gênero resposta positiva a esse quesito seria o caso em que a prova em vídeo fosse considerada, mas não fosse o principal fundamento por trás da decisão, e, obviamente, a resposta negativa seria aquela em que a decisão não considera de nenhuma maneira a prova em vídeo.

Tabela 6 – Aceitabilidade da prova em vídeo		
Quesito 09	Freq.	%
Sim/forma direta	8	5.76
Sim/forma indireta	40	28.78
Parcialmente	74	53.24
Não	17	12.23
Total	139	100.00
Fonte: Riccio et al (2016)		

A tabela 6 nos demonstra que a prova em vídeo foi considerada na grande maioria dos casos. Em apenas 12,23% das situações ela em nada foi referenciada. Dos 48 casos em que ela foi considerada a espinha dorsal da fundamentação, em apenas 8 (5,76%) ela foi referenciada de forma direta. Em 28,78% dos casos a referência foi indireta, e na ampla maioria (53,24%)

dos casos apesar de referenciada ela não foi considerada o elemento fundamental da decisão. Nesses casos outros meios de prova foram considerados de forma concorrente com a prova em vídeo.

Outro aspecto da pesquisa que nos interessa para fins dessa dissertação tem relação com a ocorrência de laudos periciais. Levando-se em consideração os dois tribunais no período selecionado em apenas 24,46% dos casos existiam laudos periciais. MESSIAS DA SILVA (2015) afirma que na maioria desses laudos não eram aspectos de inteligibilidade, integridade ou autenticidade reportados, mas sim que os laudos eram a mera transcrição do conteúdo do vídeo. Isso parece reforçar a ideia de que os magistrados em sua maioria ainda preferiam decidir tendo como base um texto escrito.

Tabela 7 – Presença de laudo pericial		
Quesito 10	Freq.	%
Sim	34	24,46
Não	105	75,54
Total	139	100,00
Fonte: MESSIAS DA SILVA (2015)		

3.3. A Análise da Amostra

Os dados coletados na pesquisa feita junto aos tribunais permitem a realização de algumas considerações. Para efeitos dessa dissertação foi feito um recorte que apresentou alguns desses resultados. MESSIAS DA SILVA (2015) apresentou esses dados de uma forma mais completa fazendo algumas comparações nas quais enxerga tendências em cada um dos tribunais quanto à um crescimento na utilização e visualização das provas em vídeo ao menos no TJMG (MESSIAS DA SILVA, idem, p.98). O tamanho do universo e da série temporal, porém, nos parecem muito pequenos para se falar em uma tendência desse tipo.

Para uma análise de uma amostra mais significativa optei por utilizar os dados que não fazem distinção quanto aos tribunais de origem. Tais dados podem ser observados graças às possibilidades que os softwares escolhidos nos dão em relação ao banco de dados formado. As variáveis quantitativas e qualitativas escolhidas permitem que se faça a análise por tribunal, ou por ano haja vista os quesitos 01 e 02, mas nossa escolha foi de considerar todo o recorte temporal (4 anos) e ambos os tribunais.

A leitura do inteiro teor de alguns dos acórdãos permite fazer uma comparação com o que a frieza dos números nos mostra. Fez-se, para essa dissertação, uma análise qualitativa das decisões pré-selecionadas pela pesquisa da UFJF na qual se fez a leitura individualizada desses acórdãos. A pesquisa à qual nos referimos³³ não é, como se viu puramente quantitativa, haja vista suas variáveis que analisam aspectos qualitativos. Aqui, porém, optou-se por fazer um recorte no qual se selecionou algumas decisões paradigmáticas dos tribunais estudados. As decisões em questão refletem os aspectos que foram ressaltados pelas estatísticas e dados numéricos apresentados.

O acórdão da APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0693.08.076375-0/001 do TJMG, por exemplo, trata de um processo que consistiu na tipificação pelos artigos 33 e 35 da lei 11.343/06, vulgarmente conhecida como lei de drogas. Os artigos em questão se referem aos crimes de tráfico e associação para o tráfico. Trata-se de uma apelação na qual a tese da defesa de insuficiência de provas foi acolhida pelo relator que foi acompanhado tanto pelo revisor quanto pelo vogal. A situação narrada pelos autos demonstra a existência de corréus que teriam a posse de substância entorpecente. Narra-se o conteúdo de um vídeo no qual uma pessoa que usava a roupa que o apelante usava no momento de sua apreensão embalava e realizava a pesagem de algo que supostamente eram drogas.

O teor do julgado nos mostra que o desembargador apesar de se referir ao vídeo, não o considera significativo para gerar a condenação do apelante. Nenhuma referência é feita a respeito de ter sido realizada uma perícia técnica do vídeo em questão. O magistrado não é convencido pela imagem obtida pelos policiais militares do celular do próprio suposto autor dos fatos de que ele estaria praticando o fato criminoso. Nenhuma referência é feita quanto à legalidade da prova produzida. A referência ao vídeo surge no excerto das declarações do policial condutor do preso. Há referência ao fato de que a sentença teria se baseado no vídeo em questão. O desembargador relator refere-se apenas aos relatos dos policiais para embasar sua decisão pela absolvição.

Já o acórdão da APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.07.233799-8/001 do TJMG que também diz respeito ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 33 da lei 11.343/06) consiste na tentativa por parte da defesa de se afastar a prática do crime na busca pela absolvição. A narração dos fatos pelo Relator dá conta que houve a utilização de câmera de vídeo por parte de policiais na realização de uma campana. O desembargador, no entanto, não se baseia nas

³³ Riccio et al, 2016

imagens obtidas, preferindo estribar seu julgamento no depoimento da autoridade policial, justificando seu entendimento na jurisprudência do STF (HC 70.237). O Relator desembargador não considerou que assistisse razão à defesa, mas de ofício considerou possível a redução de pena e a mudança do regime prisional, no que foi acompanhado pelos colegas de turma. Nesse julgado não há referência à apreciação da prova em vídeo nem pelos desembargadores nem pelo magistrado de 1º grau. Nessa decisão, o vídeo da campana parece ter orientado apenas a ação da autoridade policial, mas não é possível afirmar com clareza que a mesma não tenha sido responsável pelo convencimento do magistrado primevo.

Na APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0024.07.681975-4/001 do TJMG a tipificação dos três réus se deu nas seguintes figuras: o primeiro nos art. 157, §2.º, I, II, e V, do Código Penal; o segundo, como incurso no art. 157, §2.º, I, II e V, art. 180, caput e art. 12 da Lei 10.826/03, na forma do art. 69, todos do Código Penal, o terceiro, denunciado nas iras do art. 180, caput do Código Penal. Tais figuras consistem nas figuras conhecidas popularmente como roubo qualificado, posse de arma e receptação. No acórdão em questão toda a descrição do roubo baseia-se nos depoimentos, em especial das vítimas. Em que pese o Desembargador relator citar a existência de laudo pericial de áudio e vídeo ao enumerar os elementos que comprovariam a materialidade, não faz nenhuma referência ao próprio vídeo em suas razões. Não há elementos que possam confirmar o fato do magistrado singular ter visto o vídeo em 1ª instância.

A APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0223.09.285666-3/002 do TJMG trata de crime de homicídio, de competência, em primeira instância, do tribunal do júri. Nesse julgado o desembargador faz referência ao vídeo em virtude de a parte ré utilizar o vídeo como fundamento de sua preliminar de cerceamento de defesa. O vídeo, que *in casu* era uma reportagem, teve sua exibição requerida pelo Ministério Público e foi juntado no prazo legal do art. 422 do Código de Processo Penal. Razão pela qual o magistrado não acolheu a preliminar da defesa. Novamente não há referência ao fato de que os desembargadores tenham assistido ao vídeo. Depreende-se, porém, do fato de se tratar de processo de competência do tribunal do júri que a prova em vídeo tenha que ter sido apresentada em audiência por ser a única forma dos jurados terem contato com a mesma.

O acórdão da APELAÇÃO CRIMINAL n° 993.08.035566-5 do TJSP diz respeito a crime de abuso de autoridade e tortura, que foi desclassificada para lesão corporal leve, por parte de policiais militares no decurso de uma operação que visaria combater o tráfico de

drogas. Esse acórdão faz referência a vídeo que é utilizado como uma das razões para a desclassificação do crime imputado de tortura para lesão corporal. Não há nenhuma referência a uma perícia do vídeo, ainda que haja laudo pericial quanto às lesões sofridas pelas vítimas. No decorrer de sua narração, em várias oportunidades o magistrado faz referência às imagens do vídeo, o que nos faz crer que ele o tenha assistido sem que se possa afirmar com certeza que isso tenha se dado em seção de julgamento.

Já o acórdão da APELAÇÃO CRIMINAL nº 0156914-49.2010.8.26.0000 do TJSP faz referência à prova em vídeo, ao fato do magistrado original referir-se a todo o forte conjunto probatório e a existência de laudo consistente com a degravação do DVD que continha o vídeo do fato. O Desembargador refere-se à prova em vídeo de forma indireta.

Os recortes feitos na amostra são hábeis em demonstrar todo tipo de situação que a pesquisa quantitativa e qualitativa tinham demonstrado com as estatísticas apresentadas. Com isso supera-se a frieza dos números e percebe-se cada um dos elementos que se discutiu nos primeiros capítulos com o apoio da bibliografia. O primeiro acórdão levantado mostra que a utilização do vídeo pode ferir a democracia caso não sejam tomados os cuidados necessários. A não autoincriminação não foi nem mesmo debatida naqueles autos, um risco em tempos de câmeras em celulares. O segundo acórdão recortado mostra a preferência de magistrados em lidar com outros tipos de provas com as quais estão mais familiarizados. O terceiro acórdão selecionado demonstra a ausência de técnica no que se refere à ocorrência de laudo pericial. Não há uma regra quanto a quando utilizar esse recurso. Além disso, quando a perícia é citada, em grande parte das vezes fala-se apenas de degravação. O acórdão seguinte mostra que a situação não é de total apatia no que se refere ao aprendizado da linguagem do vídeo. As partes fazem menção a ele e a defesa tenta se utilizar do mesmo para a realização de uma defesa técnica. Os dois últimos acórdãos fazem referência à prova em vídeo de maneira indireta e reforçam a atecnia na forma de se realizar a perícia em vídeo.

Os acórdãos são, portanto, uma forte ilustração das várias situações narradas. Eles comprovam muito do que a bibliografia discute em aspecto teórico. O fato de termos um universo pequeno no recorte temporal escolhido demonstra que não é suficiente a existência de inúmeras câmeras para que elas venham a alterar a maneira como o judiciário lida com as imagens. Esse pequeno universo, porém, é capaz de nos permitir algumas colocações que discutiremos no tópico seguinte.

CONCLUSÕES

A dissertação apresentada foi construída a partir de uma perspectiva multidisciplinar. Ela trata de uma questão importante ao direito de nossos dias, qual seja a relação entre uma tecnologia de imagens e a possibilidade de se fazer prova dentro do direito. É certo, que quando foi criado o curso de Mestrado em direito e inovação na UFJF não foi apenas na inovação tecnológica que se estava pensando. Ocorre que o direito moderno, assim como a vida moderna abraçou-se à tecnologia de tal forma que talvez seja impossível dissociá-los.

O interesse pelas relações entre mídia e direito que resultou na monografia do autor (SOUZA, 2008) não poderia dar lugar a uma dissertação que não se voltasse para as relações entre direito e imagem. Escrever trabalhos sobre tecnologias do momento pode gerar obras que vistas em um tempo futuro venham a parecer inadequadas e até pueris, mas questões importantes não podem deixar de ser enfrentadas, mesmo que os escritos delas resultantes não venham a ser atemporais.

Nesse trabalho deixamos claro que o vídeo, não é uma tecnologia recente. Conforme defendido no capítulo 1, o que é premente e atual não é a técnica em si, mas o fato de que ela afinal se tornou universal. O uso da prova em vídeo, desde sua primeira aparição, não escapava do direito já que era um fato social, mas a ubiquidade de que fala CAMPEAU (2015), a distribuição dos meios de se produzir o vídeo por todos os setores da sociedade e o barateamento da tecnologia de armazenamento, transmissão e edição da imagens é que tornam essa tecnologia de produção de provas em algo tão importante de se lidar no momento. Além disso, o fato do processo estar se tornando cada vez mais informatizado com o PJe (Processo Judicial eletrônico) cria um ambiente favorável para o uso do vídeo que nos dias de hoje é digital.

O ponto de partida dessa dissertação foi a obra de SHERWIN (2011) sobre as relações entre o “barroco digital” e direito. Em sua obra ele fazia algumas colocações que precisavam de uma confrontação com a realidade fática do direito brasileiro. O fato de Sherwin fazer suas observações de um país de *common law* talvez pudesse resultar em diferenças quando extrapoladas para uma situação de *civil law*. A pesquisa jurisprudencial seria uma ferramenta importante para a dissolução dessa dúvida. A observação da lei processual para verificar sua adequação à cultura do vídeo seria outra.

Os aspectos da obra de SHERWIN (2011) que queríamos confrontar são aqueles que dizem respeito ao poder retórico da prova em vídeo, obtido pelo fato de a imagem atingir as emoções daquele que as visualiza, e também o aspecto de que os profissionais do mundo jurídico não estariam preparados para lidar com esses vídeos no contexto do direito. Paralelamente observamos os efeitos que a prova em vídeo poderia ter no processo no que se refere a questões de violações de direitos humanos.

Dentre os acórdãos que foram parte da amostra utilizada na pesquisa quantitativa e qualitativa pudemos encontrar imagens das mais diversas fontes, como imagens oriundas de sistemas de vigilância do poder público, vídeos de CCTV privados, de segurança de estabelecimentos comerciais, filmagens realizadas com celulares por particulares.

Essa realidade, porém, ainda não encontra um arcabouço fático e legislativo que sustente a segurança jurídica e a inocorrência de violações a direitos fundamentais. A utilização dos vídeos, em si, não é capaz de violar direitos ou garanti-los. Trata-se de uma ferramenta técnica capaz de ser utilizada para qualquer um dos fins. O receio está no poder retórico dos vídeos. O fato de que as imagens podem carregar significados que podem se perder na interpretação ou gerar confusões de entendimento somado ao fato de que o observador muitas vezes não consegue diferenciar a representação da realidade que são os vídeos da realidade gera preocupações.

Entregar uma tecnologia que tem grande potencial de convencimento às partes e ao magistrado que não tem a “alfabetização” para entendê-las de forma plena pode gerar dois efeitos: Inocuidade ou risco. O risco de se valorizar excessivamente essa prova em detrimento de outras ou de ignorá-la completamente por não entender seu funcionamento.

A pesquisa nos mostrou que apesar de os processos que utilizam a prova em vídeo serem uma realidade eles ainda são em pequeno número dentre o total de processos nos tribunais. Isso se depreende do fato de no intervalo de 4 anos (2009-2012), nos tribunais dos Estados mais populosos do país (TJMG e TJSP), termos obtido uma amostra de apenas de apenas 139 processos criminais. Isso não quer dizer que em outros campos do conhecimento jurídico tal situação não se repita. Haja vista, por exemplo o grande número de câmeras de segurança em empresas, no processo de trabalho a prova em vídeo pode ser até mais significativa.

É preocupante em nossas amostras a ausência de referência direta ou indireta à prova em vídeo. A metodologia aplicada, que levou em consideração acórdãos e não sentenças, é mais frágil no que se refere a apontar a visualização pelos magistrados de primeira instância, mas ainda assim o número percentual de 7,91%, ou 11 casos em que há referência a visualização do vídeo em audiência é bastante preocupante no que se refere a aspectos de ampla defesa e paridade de armas, pois parece não permitir que o contraditório se concretize da forma mais completa. Pior é que em 3,60% dos casos foi possível identificar que o magistrado apesar de ter assistido o vídeo não o fez no momento de audiência o que seria o mais adequado. Isso mostra a inexistência de um procedimento específico para lidar com a prova em vídeo, fazendo o magistrado o que acha mais conveniente.

A ausência de menção à prova em vídeo em 88,49% dos casos no que se refere ao juízo singular, mesmo que a nossa fonte seja um acórdão, nos faz pensar que tal prova possa estar sendo em muitos casos inócua, pois não tem sido referenciada, enquanto os magistrados devem sempre apontar as razões do seu convencimento em suas decisões.

A repetição de resultados bastante parecidos no juízo colegiado leva a conclusões semelhantes. Em apenas 1 caso dos 139 da amostra houve menção aos desembargadores assistirem o vídeo em sessão de julgamento. Isso significa que em menos de 0,72% dos casos da amostra observou-se a melhor situação para o contraditório que seria assistir-se ao vídeo em sessão de julgamento na presença de todos os julgadores e de ambas as partes. 12,23% dos casos (17 em 139) foram identificados como assistidos fora de audiência, o que nos parece até bastante haja vista no segundo grau o reexame de prova não ser a regra. Isso, porém nos preocupa, pois pode significar que apenas o relator teve contato com a prova.

A falta de critério quanto a como assistir aos vídeos é preocupante. Os magistrados, segundo os dados ou não assistem ou assistem aos fora de audiência, sozinhos. Parece-nos que nesse caso andou bem o novo CPC ao exigir que a visualização se dê em audiência presentes as partes. Espera-se que nesse caso o processo penal venha a acompanhar a regra trazida pela nova lei processual civil.

Um fato que corrobora o pensamento de SHERWIN (2011) pode ser detectado em vários acórdãos. A menção à degravação de vídeos quase como um sinônimo de perícia em vídeo. Primeiro preocupa o fato de que as perícias não estão presentes em todos os casos sendo o vídeo uma prova técnica. Em seguida, preocupa o fato de que, na ampla maioria das

vezes, quando a perícia é citada refere-se à mesma como degravação. O pensamento de SHERWIN (2011) de que os operadores do direito não estão familiarizados com a linguagem do vídeo, parece reverberar no fato de grande parte das decisões se apoiarem em transcrições para a mais palatável linguagem do texto. Parece-nos que a medida mais adequada na busca de uma decisão justa seria de que toda a prova em vídeo deveria ser submetida à perícia, pois é uma prova técnica, e que, a mera transcrição do vídeo não supre a necessidade de perícia.

Após toda a análise dos dados frente à bibliografia impõe-se salientar que as preocupações com a “alfabetização” para o vídeo dos juristas são importantes. A ausência de compreensão de uma prova deste tipo pode causar prejuízo para obtenção da verdade possível, o que pode resultar em algum resvalar em direitos fundamentais. Porém, preocupa mais, haja vista os dados numéricos, a eventual supressão de significado de uma prova em vídeo do que a interpretação equivocada. Preocupa também, a ausência de critério técnico pra apreciação da prova, pois a lei processual é omissa em detalhar as condições de apreciação de uma prova desse tipo. Omite-se ao não dizer o momento em que tal prova deva ser apreciada. O entendimento mais consonante com um Estado Democrático de Direito exigiria a apreciação da mesma em audiência, mas os dados mostram que isso não ocorre com frequência. Omite-se também ao não determinar a perícia de uma prova que tem em seu cerne aspectos técnicos os quais demandariam sua análise e ao não determinar qual o conteúdo deve ter essa perícia. A ausência de determinação do conteúdo tem permitido que a perícia se transforme em mera tradução de vídeo em texto.

Dessa forma, fica demonstrado que o temor quanto à prova em vídeo no processo não é injustificado. Tal ferramenta assim como qualquer outra pode ser usada para o bem ou para o prejuízo do processo democrático. Ocorre que a forma como tem sido utilizada pode ser mais prejudicial que benéfica em virtude da ausência de critérios para sua apreciação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R.. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008;
- _____. **Conceito e validade do direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2011;
- AQUINO, J. C. G. X.. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995;
- ÁVILA, H.. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3.ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004;
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo : Martin Claret, 2004;
- BARROS, L.F.. O sensacionalismo da imprensa na cobertura de crimes de natureza psicopatológica e suas conseqüências. **R. CEJ**, Brasília, nº 20, p. 23-29, jan.–mar. 2003;
- BATISTA, N.. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre/2002;
- BECHARA, A. E. L. S.. “Caso Isabella”: Violência, mídia e direito penal de Emergência. **Boletim IBCCRIM**, ano 16, nº 186, p.16-17, maio, 2008;
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF : Senado, 1988;
- BOBBIO, N.. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro : Campus, 1992;
- CAMPEAU, H.. ‘Police Culture’ at work: making sense of police oversight. **British Journal of Criminology**. Nº 55, 2015. Disponível em: <http://bjc.oxfordjournals.org/>. Acesso em 13 out. 2015;
- CARVALHO, N. O.. Trial by media: o sistema penal é a pauta! **Boletim IBCCRIM**, ano 16, nº 185, abril, 2008;
- CIDADE dos sonhos. David Lynch. Pierre Edelman. Les Films Alain Sarde, 2001, DVD, 147 min;
- CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R.. **Teoria geral do processo**. 21.ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2005;
- CRUDE. Direção, produção e produção executiva de Joe Berlinger. Produção de Michael Bonfiglio. Entendre Films: 2009. DVD, 105min;
- DEIRO, B.P.. O ônus da agilidade no jornalismo online. **9º Interprogramas de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero**. Disponível em: < <http://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/04/Bruno-Peixoto-Deiro.pdf>>. Acesso em 05 jan, 2016;

- DEBORD, G.. **A sociedade do espetáculo**. Disponível em: <<http://www.geocities.com/projetoperiferia>>. Acesso em 30 mai. 2003;
- DOMÍNIO PÚBLICO. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dKVjbopUTRs>>. Acesso em: 12 ago. 2014.
- EPSTEIN, L., KING, G.. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência [livro eletrônico] (Coleção acadêmica livre) 7 Mb ; PDF. São Paulo : Direito GV, 2013;
- FERNANDES, A.S.. **Processo Penal Constitucional**. 3.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003;
- FERRER BELTRÁN, J.. **Prova e verità nel diritto**. Bologna : Il Mulino, 2004;
- FOUCAULT, M.. **Vigiar e Punir**. 32. ed. Petrópolis : Vozes, 1987.
- FREIRE, R.M.. O papel da mídia na democracia. **Boletim IBCCRIM**, ano 12, nº 134, janeiro, 2004;
- GASCÓN ABELLÁN, M.. **Los hechos em el derecho**: Bases argumentales de la prueba. Madrid : Marcial Pons, 2010;
- GASPARI, E.. **A ditadura escancarada**. São Paulo : Companhia da Letras, 2002;
- _____. **A ditadura envergonhada**. São Paulo : Companhia da Letras, 2002;
- _____. **A ditadura encurralada**. São Paulo : Companhia da Letras, 2004;
- _____. **A ditadura derrotada**. São Paulo : Companhia da Letras, 2003;
- GOMES FILHO, A.M.. **O direito à prova no processo penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997;
- GREGORY, S.. Cameras Everywhere: Ubiquitous Video Documentation of Human Rights, New Forms of Video Advocacy, and Considerations of Safety, Security, Dignity and Consent. **Journal of Human Rights Practice**. Vol. 2, nº 2, 2010 Disponível em: <http://jhrp.oxfordjournals.org/>. Acesso em 3 nov. 2011.
- HUSSERL, E.. **Ideas relativas a uma fenomenologia pura y uma filosofia fenomenológica**. Madrid : Fondo de Cultura Económica, 1993.
- _____. **Meditaciones Cartesianas** – Introducción a la fenomenologia. 1ª ed, Madrid : Fondo de Cultura Económica, 1985.
- KAPFERER, J.N.. **Boatos** O mais antigo mídia do mundo. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993;
- LASSITER, C.. Cameras and the Infusion of Political Bias Into the Courtroom. **International journal of Law and Informational Technology**, vol.5 no. 1. Disponível em: <http://ijlit.oxfordjournals.org/> Acesso em 3 nov. 2011

- MACCORMICK, N.. **Rethoric and the Rule of Law** – a Theory of legal reasoning. New York : Oxford University Press, 2005.
- MADEIRA, D.C.. **Argumentação jurídica**. Curitiba : Juruá, 2014;
- MARTINS, I. G. S.. O nexo causal entre o sensacionalismo e o aumento da criminalidade. **R. CEJ**, Brasília, nº 20, p. 47-51, jan.–mar. 2003;
- MATRIX. Os irmãos Wachowski. Bruce Berman. Warner Bros., 1999, DVD, 136 min;
- MENDONÇA, K.. A não-voz do criminoso: o Linha Direta como crônica moral contemporânea. **Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro ano 7, nº 12, p. 333-345, 2º semestre/2002;
- MESSIAS DA SILVA, B.. Provas em vídeo: uma análise discursiva das decisões das varas criminais dos tribunais de Minas Gerais e São Paulo dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012. 2015. 119 f.. Dissertação. Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, 2015;
- NICOLITT, A.L.. **As subversões da presunção de inocência** Violência, cidade e processo penal. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006;
- ORWELL, G.. **1984** – São Paulo : Companhia das Letras, 2009;
- PALMA, M. G.. Os tribunais da mídia. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, nº 158, janeiro, 2006;
- PELUSO, C. Liberdade de Informação. Mídia e proteção da vida privada. **Boletim IBCCRIM**, ano 11, nº 133, dezembro, 2003;
- PINKER, S.. **Os Anjos bons da nossa natureza: Porque a violência diminuiu**. São Paulo : Companhia das Letras, 2013;
- POPPER, K.; CONDRY, J.. **Televisão: um perigo para a democracia**. Lisboa : Gradiva, 2012;
- RAHAL, F.. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. **IBCCRIM**, nº 47, 2004, p. 270-283;
- REISS, T.. **O conde negro**. Rio de Janeiro : Objetiva, 2015;
- RICCIO, V; MESSIAS DA SILVA, B.; GUEDES, C.D.; MATTOS, R.S.. A utilização da prova em vídeo nas cortes brasileiras: um estudo exploratório a partir das decisões criminais dos tribunais de justiça de Minas Gerais e São Paulo. **A ser publicado na IBCCRIM vol. 118, jan-fev 2016;**
- RODOTÀ, S.. **A vida na sociedade da vigilância** A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;
- SANTOS, B.S.. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez Editora, 2014;

- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ed., rev., ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008;
- SARMENTO, D. **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006;
- SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2004;
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002;
- SCHREIBER, S. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais** – Uma investigação sobre as conseqüências e formas de superação da colisão entre a liberdade de informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro : Renovar, 2008;
- SHEICARA, S. S.. **Boletim IBCCRIM**, ano 04, nº 45, agosto, 1996;
- SHERWIN, R.K.. **Visualizing Law in the Age of the Digital Baroque** – Arabesques and Entanglements. New York : Routledge, 2011.
- SILVEIRA, R. M. J.. **Boletim IBCCRIM**, ano 08, nº 94, setembro, 2000;
- SOUZA, A.S.. Sistema Penal e Mídia no Brasil: análise crítica dos conflitos travados no Estado Democrático de Direito. Monografia. Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2008;
- ___ **O uso de gravações de vídeo na defesa de direitos humanos contra violações por empresas transnacionais**. Anais do II Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Juiz de Fora, 2015.
- TARUFFO, M.. **La prueba dellos hechos**. Madrid : Editorial Trotta, 2002;
- TEXACOECUADOR. A ficção dos demandantes. A produção de Crude. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Q2gTKE3Xyn8>>. acesso em 12 ago. 2014.
- THOMPSON, J.B.. **A Mídia e a Modernidade**. Petrópolis : Vozes, 2001;
- TILEY, N.. **Handbook of crime prevention and community safety**. Devon : Willan Publishing, 2007;
- OLIVEIRA, E.P.. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2007;
- VELOSO, F.G.. Políticos, mídia e o fenômeno criminal no Brasil. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, nº 163, junho, 2006;
- VIEIRA, A. L. M.. **Processo penal e mídia**. São Paulo : Revista do Tribunais, 2003;

_____. Exposição do preso à mídia. **Boletim IBCCRIM**, ano 16, nº 190, p. 8, setembro, 2008;

ZAFFARONI, E.R.. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro : Revam, 2007.