

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

MILENE PERES GUERSON MEDEIROS SCHUERY

**PROVA EM VÍDEO E O *STANDARD* PROBATÓRIO EXIGIDO
PARA A CONDENAÇÃO PENAL**

**Juiz de Fora
2016**

MILENE PERES GUERSON MEDEIROS SCHUERY

**PROVA EM VÍDEO E O *STANDARD* PROBATÓRIO EXIGIDO
PARA A CONDENAÇÃO PENAL**

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 Direito, Argumentação e Inovação sob orientação do **Prof. Dr. Vicente Riccio** e da co-orientadora **Prof^a. Dr^a. Clarissa Diniz Guedes**.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MILENE PERES GUERSON MEDEIROS SCHUERY

PROVA EM VÍDEO E O *STANDARD* PROBATÓRIO EXIGIDO PARA A CONDENAÇÃO PENAL

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 Prof^a Clarissa Diniz Guedes, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

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

Co-orientadora: Prof^a. Dra. Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

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

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016

Dedico esta dissertação a meu marido, João Moreira Schuery, que sempre apoiou minha decisão de entrar no programa desse mestrado, e aturou pacientemente minhas lamentações com palavras de incentivo nas horas difíceis.

Agradeço primeiramente a Deus, por essa oportunidade de crescimento pessoal, e por me permitir o cumprimento desta etapa do meu desenvolvimento acadêmico pouco antes da chegada dos meus maiores presentes por Ele concedidos até hoje: meus filhos Hugo e Murilo, hoje com 30 semanas de gestação.

Ao meu orientador, Professor Vicente Riccio e à Professora Clarissa Diniz Guedes pela constante ajuda na elaboração desse trabalho e indicação de bibliografias relevantes.

Aos meus pais, Edir e Neide pelo amor, pelo apoio incondicional e por serem minha fortaleza nos momentos difíceis. Ao meu irmão Marcelo pelo incentivo. Um agradecimento especial à minha irmã Michelle não apenas pelo incentivo, mas também pelo auxílio real no processo de seleção para o ingresso no programa e também na elaboração deste trabalho. Valeu irmã!

À UFJF, à faculdade de Direito, ao Mestrado em Direito e Inovação e à Pró-Reitoria Adjunta de Pós-graduação.

Em especial ao João, meu marido, que sempre me apoiou em todos os aspectos, acreditou na minha capacidade e ainda teve que lidar com o meu mau humor quando algo dava ou parecia dar errado. Muito obrigada!

PROVA EM VÍDEO E O *STANDARD* PROBATÓRIO EXIGIDO PARA A CONDENAÇÃO PENAL

Milene Peres Guerson Medeiros Schuery

Resumo

O desenvolvimento de novas tecnologias a partir do século XX acarretaram profundas modificações no processamento de informações na sociedade. Esse progresso tecnológico alcançou o Poder Judiciário com o uso cada vez mais crescente das mídias visuais como meio de prova e persuasão. Essa dissertação dá enfoque em especial para a prova em vídeo em razão de seu alto poder de persuasão, e discute se os operadores do Direito estariam capacitados para lidar com esse tipo de prova visual, quando tradicionalmente estão mais familiarizados com a prova escrita. A principal problemática, no entanto, diz respeito a aptidão da prova em vídeo para atingir o *standard* probatório utilizado nos casos criminais, qual seja, o *standard da prova além da dúvida razoável*.

Palavras-chaves: tecnologia, processo penal, prova em vídeo, *standard* probatório.

VIDEO EVIDENCE AND STANDARD OF PROOF REQUIRED FOR CRIMINAL CONVICTION

Milene Peres Guerson Medeiros Schuery

Abstract

The development of new technologies from the twentieth century led to profound changes in information processing in society. This technological progress reached Judiciary growing with the increased use of visual media as a form of evidence and persuasion. This dissertation specially focuses on video evidence due to its high power of persuasion, and discusses whether jurists would be qualified to handle this kind of visual evidence, when traditionally are more familiar with the written evidence. The main problem, however, concerns the ability of video evidence to meet the standard of proof used in criminal cases, that is, the standard of proof beyond all reasonable doubt.

Keywords: technology, criminal case, video evidence, standard of proof.

LISTA DE IMAGENS

Imagem 1 – Imagem publicada no site R7.....	32
Imagem 2 – Imagem publicada no site R7.....	33
Imagem 3 – Imagem extraída de vídeo publicado no Youtube.....	35
Imagem 4 – Imagem extraída de vídeo publicado no Youtube.....	35
Imagem 5 – Imagem extraída de vídeo publicado no Youtube	36
Imagem 6 – Imagem extraída de vídeo publicado no Youtube.....	36
Imagem 7 – Imagem publicada no site Carta Capital.....	38
Imagem 8 – Imagem publicada no site Carta Capital.....	38
Imagem 9 – Imagem publicada no site Carta Capital.....	38
Imagem 10 – Imagem publicada no site Carta Capital.....	39

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo

CPP - Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

CD - Compact Disc

DVD – Disco Digital Versátil

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. SISTEMAS PROBATÓRIOS E IMAGEM.....	15
1.1. Considerações iniciais sobre as inovações tecnológicas e o poder de persuasão da prova em vídeo.....	15
1.2. Sistemas probatórios e o convencimento do juiz.....	17
1.3. A prova e o convencimento do juiz.....	24
1.4. A imagem e o convencimento do juiz.....	31
2. PROVA EM VÍDEO, <i>STANDARDS</i> PROBATÓRIOS E, ESPECIFICAMENTE, O <i>STANDARD</i> PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL.....	41
2.1. Aspectos gerais da prova em vídeo.....	41
2.2. <i>Standards</i> probatórios.....	45
2.3. O modelo brasileiro.....	51
2.4. <i>Standard</i> probatório no processo penal e prova em vídeo.....	54
2.5 A comparação da análise indireta da prova em vídeo e a prova indiciária.....	59
2.6 A análise indireta da prova em vídeo e a inviabilidade de se alcançar o <i>standard</i> da prova além da dúvida razoável.....	61
3. ANÁLISE DE CASOS.....	64
3.1. O caso do latrocínio.....	64
3.1.1 Síntese da acusação e das provas produzidas.....	64
3.1.2 Conclusão do juiz e elementos de prova utilizados.....	66
3.1.3 Resposta às perguntas.....	67
3.1.4 Análise crítica dos resultados.....	68
3.2. O caso do estelionato.....	69
3.2.1 Síntese da acusação e das provas produzidas.....	69
3.2.2 Conclusão do juiz e elementos de prova utilizados.....	71
3.2.3 Resposta às perguntas.....	72
3.2.4 Análise crítica dos resultados.....	72
3.3. O caso do roubo.....	74
3.3.1 Síntese da acusação e das provas produzidas.....	74
3.3.2 Conclusão do juiz e elementos de prova utilizados.....	75

3.3.3 Resposta às perguntas.....	77
3.3.4 Análise crítica dos resultados.....	77
3.4. O caso do furto.....	78
3.4.1 Síntese da acusação e das provas produzidas.....	78
3.4.2 Conclusão do juiz e elementos de prova utilizados.....	80
3.4.3 Resposta às perguntas.....	80
3.4.4 Análise crítica dos resultados.....	80
CONCLUSÕES.....	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica iniciada no século XX, e ainda em curso, promoveu profundas modificações na sociedade e em seu modo de se relacionar, bem como projetou importantes reflexos na área jurídica. Diversas áreas sofreram influências de tais modificações.

No direito processual, o uso de imagens, vídeos, fotografias e animações são cada vez mais utilizados como meios de prova. Embora cada vez mais presentes na prática jurídica, o emprego de provas originadas do desenvolvimento tecnológico carecem de regulamentação. É preciso definir os limites de sua utilização, a sua forma de introdução no processo, os critérios de aferição de sua validade e seu valor probatório, e especialmente, a necessidade do desenvolvimento de um conhecimento específico para sua interpretação, o que será desenvolvido nesse trabalho.

Nesse contexto, essa pesquisa dedica-se ao estudo em especial da prova em vídeo no âmbito do Direito Processual Penal. Esse tipo de mídia visual exige ainda mais acuidade e perspicácia do observador se comparada à imagem estática, pois demonstra a trajetória das ações no tempo, ficando mais fácil a representação dos fatos que se quer comprovar. E, da mesma forma, aumenta também a possibilidade de ludibriar o observador com relação aos fatos em apuração, pois tende a reduzir seu senso crítico. Há que se ter consciência que um vídeo não é uma reprodução da realidade, podendo simultaneamente revelar os fatos principais de um episódio e ocultar detalhes inconvenientes que não se encaixam na versão que se quer comprovar. Nas palavras de Tait (2007, 315), quando se trata de interpretação de imagens, “os limites entre o que é real e ilustrativo se torna cada vez mais tênue”. No entanto, o que se percebe na prática jurídica é que os operadores do Direito não estão capacitados para interpretar corretamente esse tipo de mídia visual, somente se sentido confortáveis em lidar com o tradicional processo formal e escrito.

Adiante a pesquisa se direciona ao estudo do chamado *standard* probatório, que nada mais é do que o grau de convencimento utilizado pelo juiz para considerar um fato como provado. Examina-se com mais especificidade o *standard* probatório exigido para condenação no processo penal, conhecido como *prova além da dúvida razoável*. Por

meio da aplicação desse *standard* é possível determinar se uma prova é suficiente ou não para demonstrar determinado fato e possibilitar a condenação criminal.

Diante das considerações a respeito da crescente utilização da prova em vídeo no processo, bem como das peculiaridades de sua interpretação, questiona-se nesse trabalho, se esse meio de prova tem aptidão, de um modo geral, para alcançar o *standard* probatório exigido pelo processo penal, que é a *prova além da dúvida razoável*. Ou seja, está a prova em vídeo, com todas as suas nuances interpretativas, apta a atingir o *standard* probatório dos casos criminais? É suficientemente segura uma condenação fundada na prova em vídeo?

Como se não bastasse a complexidade na tarefa de interpretar as imagens constantes no vídeo e o despreparo dos julgadores para realizar corretamente essa tarefa, constatamos, a partir da pesquisa empírica precedente na UFJF¹, que o vídeo inserido como prova no processo não é exibido em audiência ou sessão de julgamento na maior parte dos casos. Ou seja, os juízes e desembargadores não assistem ao vídeo diretamente, mas o analisam de forma indireta a partir de narrativas das partes ou de outros meios de prova.

Assim, partindo-se dessa premissa, questiona-se novamente: a prova em vídeo, simplesmente juntada aos autos, ou seja, produzida como prova documental tradicional e analisada de forma indireta, tem aptidão para alcançar o *standard* probatório da *prova além da dúvida razoável*?

Esse cenário que se desenha demanda uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica, recurso à pesquisa empírica e análise qualitativa de casos inseridos na referida pesquisa empírica para o fim de responder aos questionamentos propostos. E é o que foi feito.

¹ RICCIO *et. al.*, 2016; SILVA, Beronalda Messias da. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2015.

Assim, no Capítulo 1 traçam-se as premissas essenciais para a compreensão e o debate do tema, como as mudanças promovidas pelo desenvolvimento tecnológico e o poder de persuasão da prova em vídeo. São conceituados os principais sistemas probatórios existentes, delineando-se a sua relação com o convencimento do juiz.

No Capítulo 2 são tratados os principais temas atinentes aos *standards* probatórios, com destaque para o *standard* aplicado nos casos criminais da *prova além da dúvida razoável* e suas implicações no que se refere a prova em vídeo.

O Capítulo 3 dedica-se ao estudo dos casos oriundos da pesquisa empírica buscando uma análise crítica sobre os principais pontos levantados ao longo deste trabalho.

Ao final, são observados os resultados da pesquisa qualitativa realizada buscando dar resposta aos questionamentos acima apontados, apresentando-se posteriormente as considerações finais sobre o tema.

1 SISTEMAS PROBATÓRIOS E IMAGEM

1.1 Considerações iniciais sobre as inovações tecnológicas e o poder de persuasão da prova em vídeo

Nas últimas décadas, com o avanço da tecnologia, presenciamos uma grande revolução nas relações sociais. A forma com que o ser humano passou a realizar seus negócios, se comunicar e até mesmo se entreter mudou completamente. A captação de imagens, em vídeos ou fotografias, faz parte hoje do cotidiano das pessoas. De modo cada vez mais crescente, a maneira como contamos histórias na cultura popular passou a ser visual.

As imagens digitais, transmitidas por meio de televisão, filmes, vídeos, internet e mídia impressa tradicional, passaram a dominar a forma de entretenimento, a política, as notícias, os métodos de ensino, e eles estão infundindo cada vez mais na prática jurídica (SHERWIN, FEIGENSON & SPIESEL, 2006, p.11). As câmeras digitais estão por toda parte, em cada esquina, na escola, no trabalho etc. Além de registros particulares realizados por equipamentos individuais, existem também os registros de gravação de imagens realizados por câmeras de vigilância e segurança de empresas, residências, e até mesmo vias públicas.

Todavia, o uso da imagem na justiça encontra grande obstáculo dos profissionais do direito que, em regra, são mais tradicionais em comparação com outros profissionais e não muito propensos a demonstrar afinidade com novas tecnologias. A prática jurídica contemporânea indica que a maioria dos atos judiciais ainda são baseados na palavra, seja ela escrita ou verbal (FEIGENSON & SPIESEL, 2009, p.46). Apesar disso, com a evolução tecnológica, passou a ser cada vez mais frequente o uso da imagem como elemento de prova e persuasão, mostrando a necessidade do desenvolvimento de um conhecimento mais apurado para sua valoração e interpretação.

Quando os juízes e jurados examinam fotografias, vídeos, animações de computador e outros materiais gráficos usados como prova eles estão fazendo algo muito diferente do que ouvir depoimentos ou ler documentos. As imagens têm seus próprios métodos de decodificação, e é preciso muito menos tempo e esforço mental para ver uma imagem do que ler mil palavras. Quando as pessoas se deparam com uma

imagem, elas são tendentes a acreditar já terem obtido toda informação que há para obter. Consequentemente, elas são inclinadas passar o assunto adiante.

Este senso de eficácia comunicativa é ainda mais forte em multimídia baseada no tempo, como o vídeo, que oferece várias sequências visuais rápidas. Estes tendem a desativar o senso crítico dos espectadores que estão muito ocupados atendendo a imagem imediatamente diante de seus olhos para refletir sobre os acontecimentos que vieram antes. Como resultado, em comparação com palavras, comunicações visuais tendem a gerar menos contra-argumento e, portanto, mais confiança nos julgamentos em que se apoiam (SHERWIN, FEIGENSON & SPIESEL, 2006, p.21).

No entanto, como veremos adiante, o uso do vídeo no processo é uma ferramenta muito útil na busca de se alcançar a essência daquilo que é narrado nos autos pelas partes, pois a análise direta desse meio de prova (quando o juiz assiste diretamente ao vídeo) diminui consideravelmente o número de filtros existentes entre o juiz e os fatos, quando comparado a outros meios de prova. Importante salientar, sobretudo, que esse meio de prova não reproduz fielmente a realidade dos fatos, sendo o próprio vídeo também um filtro entre o julgador e o fato apurado (SILVA, 2016, p.34-35).

Em contrapartida, é preciso advertir dos riscos da utilização da prova em vídeo no processo. O impacto desse meio de prova audiovisual é maior, mas sem dúvida pode haver falhas como em qualquer outra prova e é preciso ter a consciência que o conteúdo do vídeo pode não refletir exatamente o que se passou ou, até mesmo, ter sido adulterado. A utilização desses meios visuais relaciona-se com a capacidade mimética da imagem e sua preponderância em relação à palavra escrita. Ocorre que os impactos da imagem na justiça são pouco discutidos pela doutrina brasileira, como também são escassos os estudos empíricos sobre a presença e efeitos do uso da imagem no Poder Judiciário. Isso porque a maioria dos atos processuais, como alegações, depoimentos, negociações, deliberações, são ainda, por uma questão de tradição, baseados na palavra escrita (FEIGENSON & SPIESEL, 2009, p. 11-14).

A imagem também apresenta a capacidade de ludibriar os sentidos e provocar ilusões e contradições. A noção de ilusão, ao contrário da realidade, aponta para a ideia de algo sugerido pela imaginação ou causado por engano pelos sentidos. Portanto, enquanto a realidade

geralmente é associada a algo com consistência real e objetiva, a experiência da ilusão tem natureza subjetiva, no sentido de que depende da percepção humana para a sua ocorrência. De que maneira estas questões impactam o mundo do direito? A imagem coloca justamente em cheque a visão reducionista da interpretação do direito. Apesar de a imagem registrada em vídeo reproduzir um fato específico, isso não significa a reprodução automática da verdade. É certo que a imagem ativa os elementos emocionais de seus receptores, e amplia a percepção de verdade em relação ao fato em tela. Contudo, ela depende de interpretação, pois é o retrato parcial do contexto maior de uma interação específica. Desse modo, o operador do direito deve desenvolver a capacidade de ler as imagens tendo em vista os seus múltiplos impactos e formatos, pois ao mesmo tempo em que a imagem é capaz de provar um fato ocorrido em zonas obscuras, como transações de drogas, corrupção policial e violência doméstica, ela pode ser manipulada e fomentar uma condenação enganosa ou destruir a reputação de alguém (RICCIO *et. al.*, 2016, p.13).

Voltaremos a tratar desse assunto com mais profundidade no tópico 2.1 quando trataremos dos aspectos gerais da prova em vídeo.

1.2 Sistemas probatórios e o convencimento do juiz

O método de verificação dos fatos pelo juiz se modifica dependendo do sistema de valoração da prova adotado. A doutrina aponta a existência três sistemas relativos à valoração das provas: sistema da íntima convicção (ou livre convencimento), sistema da prova legal e sistema da persuasão racional (ou livre convencimento motivado).

No sistema da íntima convicção, o juiz tem ampla liberdade para formar sua convicção. Ele pode apreciar livremente as provas e estipular o valor a cada uma conforme seu convencimento e consciência, bem como pode se convencer sobre os fatos independente de apreciação de prova alguma, tendo em vista que nesse sistema não há vedação ao conhecimento privado do juiz. Essa é a grande crítica desse sistema, pois abre margem para o arbítrio e para julgamentos dotados de parcialidade, uma vez que o juiz poderá formar seu convencimento de acordo com suas impressões e convicções pessoais (GOMES FILHO, 1997, p.161).

O juiz possui, portanto, plena liberdade para julgar segundo sua consciência, pois não está vinculado a regras jurídicas voltadas à admissão, produção ou valoração das provas; e pode levar em conta, não apenas as provas trazidas pelas partes, mas

também o próprio conhecimento pessoal sobre fatos ou características sociais e morais das partes. Gascón Abellán, de forma crítica, assevera que

em um modelo cognocitivista onde o que se pretende valorar é a correspondência dos enunciados com os fatos, a valoração não pode entender-se como uma convicção íntima, livre, incomunicável, intransferível, e por isto, irracional, incontrollável e arbitrária, pois é óbvio que a íntima convicção não pode justificar por si mesma a verdade dos enunciados (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 143). (Portanto), o juiz há de ser livre para valorar discricionariamente a prova, mas não pode ser livre para deixar de observar uma metodologia racional na fixação dos fatos controvertidos (GASCÓN ABELLÁN, 2010, p. 144).

Já o sistema da prova legal, característica marcante do processo romano-canônico da Idade Média, institui um modelo rígido de apreciação da prova no qual só se estabeleciam certos meios de provas para determinados delitos. Ou seja, nesse sistema o legislador é quem procede à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável. O juiz tem pouca liberdade para avaliar a prova de forma racional, ficando seu julgamento vinculado a critérios previamente estabelecidos na lei. O objetivo desse sistema é limitar o julgador ao valor da prova que a lei impõe a determinado fato, não permitindo ao magistrado valorar de acordo com seu arbítrio. Nesse tipo de sistema probatório a função do julgador diante das provas é de mera constatação de sua existência e, em seguida, de dedução de seu valor para a decisão, segundo parâmetros anteriormente fixados pelo legislador. Cada prova tem o seu valor previamente determinado, além do que somente a combinação delas, resultando em certa quantidade de prova, poderia autorizar a condenação criminal (GOMES FILHO, 1997, p.160).

Taruffo noticia que a fonte primária inicial do sistema de prova legal (observável já no século XIII e, depois, de forma mais rígida, no direito comum) eram a doutrina e a racionalidade da época, mais do que a lei. Com isso, segundo o autor, reduzia-se o risco de arbitrariedades e se eliminavam provas ilegais baseadas em “juízos de Deus”. Foi com as codificações que a prova legal deixou de ser um fenômeno doutrinal e cultural e passou a ser normativo (no sentido de ser então legislado); também deixou de ser um sistema de prova e passou a se referir a apenas alguns meios de prova, passando a ser regra geral a livre convicção (TARUFFO, 2009, p.388-390).

Assim, ainda perduram resquícios do sistema da prova legal em nosso ordenamento, conforme se extrai do art. 158, 159 e 184 do CPP, que exigem, por um lado, a realização de exame de corpo de delito para demonstração da materialidade do crime que deixar vestígios, só podendo ser substituído pelo exame indireto se for impossível o exame direto e, na falta de ambos, a prova testemunhal; em hipótese alguma, pode o exame de corpo de delito ser substituído pela confissão ou, recusado pela autoridade policial ou judicial quando requerido pelas partes; e, por outro lado, prescreve a lei que o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior, e na falta desse, 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. Nesses casos, a lei estabelece certos meios de provas para determinados delitos, despontando entraves do sistema da prova legal ou tarifada.

No Brasil, como sabido, predomina o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado conforme previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal. Nesse sistema, o juiz é livre para apreciar a prova, mas impõe-se a obrigação de fundamentar suas decisões. Contudo, a íntima convicção ainda é o sistema predominante nos julgamentos que vão a júri popular, nos quais a consciência do julgador (jurado) “não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação” (DIDDIER, 2011, p. 40). Não obstante, o mesmo não ocorre com o sistema da persuasão racional, no qual o magistrado fica “limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam” (DIDDIER, 2011, p. 41).

Segundo Knijnik (2001, p.2) vem, em regra, estabelecida com as seguintes notas: a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e sua validade; b) é necessária a observância de certos critérios legais de provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz; c) o juiz fica adstrito às regras de experiência e por parâmetros lógico racionais para a fundamentação da sentença, quando faltam normas legais sobre as provas; e d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos. Acrescenta-se ainda que nesse sistema o juiz deve ater-se aos fatos

debatidos utilizando apenas os conhecimentos fáticos processualmente adquiridos, e deve levar em consideração todo o material probatório na fundamentação.

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido a critérios legalmente preestabelecidos, de forma abstrata e geral, para a valoração da prova, podendo optar livremente pela conclusão que, no conjunto probatório, lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com as demais provas dos autos, e conquanto se tragam argumentos lógicos que demonstrem a verossimilhança desse depoimento.

Embora livre para formar seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por determinada prova com base em argumentos racionais. Assim como, o acesso do juiz aos fatos ocorre somente pelos dos meios de prova produzidos no processo. Trata-se da vedação a utilização do conhecimento privado do juiz na valoração das provas, sendo esses fatos que lhe tenham vindo ao conhecimento por vias extrajudiciais. Essa limitação exige que o fato, em regra, seja provado com os requisitos e meios determinados pela lei, não cabendo ao juiz eximir-se de prova em razão de seu conhecimento pessoal. A proibição da utilização dos conhecimentos privados pelo juiz, todavia, comporta exceções, previstas na lei, tal como o uso de máximas da experiência e dos fatos notórios. Estes são os fatos comum e amplamente conhecidos e aceitos pela cultura de determinada sociedade à época da decisão judicial. Já as máximas de experiência são “porção de noção extrajudicial” que possui o juiz, fruto de sua cultura, formada por seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos, políticos ou práticos. São juízos de valor formados sobre o que comumente acontece e percebidos por qualquer pessoa de cultura média (SANTOS, 1998, p.337).

Em resumo, o sistema da persuasão racional pressupõe que o juiz decida conforme a prova dos autos, sendo proibido lançar mão de conhecimentos privados; que a prova dos autos seja submetida ao contraditório; e por fim, que a decisão do juiz seja fundamentada em argumentos lógico-racionais. Diferentemente do sistema da íntima convicção, como vimos, em que a solução das questões de fato decorre de uma tomada de posição pessoal em face das provas apresentadas, no sistema do livre convencimento motivado pressupõe uma liberdade racionalizada, exercida dentro de certos parâmetros

ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum, e outras, inclusive jurídicas (GOMES FILHO, 1997, p.162).

Entretanto, mesmo com a evolução para o sistema da persuasão racional, percebe-se ainda uma insegurança sobre a racionalidade dessa fundamentação, de modo que a falta de critérios objetivos abre espaço para raciocínios desarrazoados na verificação dos fatos. Com efeito, Taruffo propõe alguns critérios de racionalidade na valoração da prova pelo juiz: a) não usar métodos irracionais segundo a cultura comum; b) usar adequadamente todos os dados empíricos existentes; c) realizar inferências adequadas passo a passo; d) usar somente máximas sobre as quais haja consenso; e) usar dados estatísticos para inferências pautadas em probabilidades; f) levar em conta todos os elementos de prova, elaborando raciocínios internamente coerentes e identificando a hipótese mais aceitável sobre os fatos (TARUFFO, 2008, p.423).

Em síntese, o juiz é livre para apreciar as provas, mas apenas no sentido de não estar preso a critérios legais estanques, pois precisa fundamentar sua decisão com base na prova dos autos e em parâmetros lógico-rationais. Sendo assim, em cada passo de seu raciocínio orientado à decisão, o juiz deve recorrer a noções e a critérios de caráter extra ou metajurídico, o que acaba gerando exigências de confiabilidade, de racionalidade, de controlabilidade e de motivação. Entretanto, deparamos com uma ausência de regras claras sobre a forma de exercer esse controle, e sobre como essa motivação deve ser feita. Surge a partir daí a necessidade de determinar critérios de como esse espaço vazio deve ser preenchido pelos juízes e tribunais.

Sobre o assunto Taruffo (2001, p.173) relata, de forma crítica, alguns critérios empregados pelo juiz ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, sendo eles o senso comum, à experiência comum, as máximas de experiência e o recurso à ciência.

Segundo ele, o raciocínio do juiz é inevitavelmente imerso no senso comum. Por senso comum, em uma acepção abrangente, ele entende um conjunto de conhecimentos e critérios de julgamento, de raciocínio e de interpretação, que se presumem geral ou preponderantemente compartilhados em dado ambiente social ou em certo momento histórico. O senso comum é determinado: a) pelas condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar; b) por um conjunto de noções mais

específicas e contingentes que se exprimem na forma de máximas ou regras consideradas produzidas pela de experiência comum; e c) pelos dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao homem médio em certo lugar, contexto social e em um dado momento histórico. Assim, o raciocínio do juiz decorre, em grande parte, do senso comum, pois ele é contextual e profundamente situado na cultura e na experiência do lugar e do tempo da decisão. O senso comum fornece formas argumentativas e esquemas interpretativos que o juiz emprega em sua decisão. Taruffo alerta para a indeterminação e variabilidade do conceito de senso comum pois ninguém pode estabelecer com precisão o que pertence e o que não pertence ao senso comum em determinado lugar e momento, bem como da impossibilidade de se redigir uma lista clara, coerente e completa dos componentes deste (TARUFFO, 2001, p.173).

Os critérios da experiência comum e das máximas de experiência são, em uma noção abrangente, nada mais que tentativas falhas de racionalização do senso comum, destinadas a dar uma configuração lógica àqueles aspectos do raciocínio judiciário que não são estritamente jurídicos. Um genérico reclamo à experiência não fornece uma base cognoscitiva sólida àquilo que se pretende dela. Pressupõe-se que existam noções experimentadas por muitas pessoas as quais seriam sedimentadas em uma espécie de patrimônio consolidado de conhecimentos. Mas a simples remissão àquilo que as pessoas acham que conhecem em um dado contexto sócio cultural não passam de uma referência ao senso comum. Nada pode ser considerado verdadeiro ou moralmente aceitável só porque muitas pessoas assim entendem. Da mesma forma, a ideia das máximas de experiência pressupõe a existência de uma sociedade culturalmente homogênea, o que não corresponde com o contexto das sociedades atuais, complexas e mutantes. O mito das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comum a todos, se em algum tempo tiveram alguma correspondência com a realidade, já não tem mais em razão das transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna (TARUFFO, 2001, p.180-186).

O recurso à ciência, entretanto expande-se em prejuízo do senso comum em razão da evolução e multiplicação dos conhecimentos científicos da época moderna. Tal critério é definido como conjunto de conhecimentos formados fora do Direito e caracterizados pela especial confiabilidade decorrente do fato de que resultam de

indagações e pesquisas de caráter científico. Entretanto, o recurso à ciência não resolve todas as dificuldades sobre os aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz. Não obstante os progressos das ciências, ainda há diversas situações em que não se dispõe de conhecimentos científicos suficientes a evitar o recurso ao senso comum. Além disso, é importante ainda se atentar com relação a validade dos conhecimentos científicos utilizados no processo, bem como o modo como o juiz elabora suas avaliações sobre esses conhecimentos científicos (TARUFFO, 2001, p.190).

Além desses critérios expostos criticamente por Taruffo, ainda com relação a ausência de regras claras sobre a forma de exercer o controle do raciocínio do juiz, o ideal de um modelo de motivação a ser seguido já é realidade em alguns países (como veremos mais detalhadamente adiante no item 2.2). Tal modelo de motivação está associado a um padrão de raciocínio que o juiz adota quando conclui por um fato a partir de certo nível de convencimento. Ou seja, o juiz deixa claro qual o grau de persuasão exigido para considerar um fato como provado.

Para tanto é necessário que os juízes se orientem por um *standard* probatório que lhes permita se pautar por um modelo dentro do qual é permitido convencer-se sobre determinada situação fática. No momento de decidir o juiz deve ter em mente a gradação da prova considerada suficiente para decidir conforme o *standard* probatório exigido no processo penal: para a condenação, é necessária a prova além da dúvida razoável; para a absolvição, é suficiente a dúvida sobre a culpabilidade (RICCIO *et. al.*, 2016, p.15).

Nesse contexto, a análise da prova em vídeo assume especial relevo no processo penal sob diversas perspectivas. Quando o vídeo se mostra relevante para o esclarecimento do fato imputado ao réu, algumas indagações de tornam importantes, como se o julgador teve contato direto com o seu conteúdo, quais os critérios utilizados para valorar esse elemento de prova, bem como a importância atribuída ao vídeo entre os demais elementos de prova etc. (RICCIO *et. al.*, 2016, p.15).

Veremos esse assunto com mais detalhes no capítulo 2.

1.3 A prova e o convencimento do juiz

Um dos problemas centrais na aplicação do direito é o relativo às provas judiciais, mais especificamente sobre a correta valoração das provas judiciais sobre os fatos trazidos ao processo. Para orientar o ordenamento jurídico em direção a uma concepção racional da decisão judicial é essencial uma correta valoração das provas. Essa atividade de valoração das provas consiste na verificação dos enunciados fáticos introduzidos no processo pelos meios de prova, e tem por objetivo estabelecer a conexão entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio (TARUFFO, 2008, p.132).

Antes de adentrarmos no problema da valoração da prova, uma questão que deve ser analisada, ainda que brevemente, é da discussão a respeito da função demonstrativa e persuasiva da prova. O debate advindo dessas funções é de suma importância para a determinação do conceito de verdade no processo judicial, até mesmo com relação à crença sobre a possibilidade de se alcançá-la a partir do processo.

Há duas posições distintas no que diz respeito à determinação da função da prova. Uma delas lhe atribui função meramente argumentativa, pois a partir da prova só se poderia alcançar a persuasão de quem deve resolver o caso; a outra lhe atribui uma função confirmatória ou cognitiva, pois por meio da prova poder-se-ia chegar ao conhecimento da verdade sobre uma determinada hipótese (GUZMÁN, 2006, p. 93).

Embora a concepção de verdade absoluta esteja sendo mitigada no âmbito do processo penal em direção a uma verdade aproximativa, ainda assim podemos afirmar que a finalidade da prova, em qualquer âmbito da experiência, é buscar a verdade possível dos fatos (FERRER BELTRÁN, 2004, p.19). Trata-se da função demonstrativa da prova, a qual se refere à confirmação de uma hipótese fática por meio de uma lógica demonstrativa.

A prova como demonstração denota, a partir de pressupostos epistemológicos, uma estruturação de seu conceito voltado para a demonstração da realidade. Trata-se da

busca de provas universalmente válidas que fossem capazes de demonstrar a realidade em si e os fatos como ocorreram. É a partir de elementos do mundo exterior que se elabora o conhecimento, demonstrando a defesa de determinada conclusão. O conhecimento seria então decorrência da apreensão daquilo que o mundo exterior revela: a verdade como correspondência entre uma proposição e a realidade em si (SILVEIRA, 2011, p.64).

Entretanto, apesar de preponderante a função demonstrativa da prova, não se pode negar que esta também compreenda uma função persuasiva (ou argumentativa), concernente à legitimação da convicção judicial sobre os fatos a partir do discurso argumentativo (GUEDES, 2013, p.54), já que os fatos investigados são alvo da convicção do juiz (FERRER BELTRÁN, 2004, p.19).

Defendemos uma abordagem que concilia o ideal da busca da verdade possível com a função persuasiva da prova. O elemento argumentativo não tem como ser excluído da atividade probatória. Deve ser admitido que a delimitação dos fatos, tal como feita nas peças postulatórias (fundamentalmente: a petição inicial e a contestação no processo civil, e as peças de acusação e defesa no processo penal), sofre consideráveis influxos argumentativos, o que também ocorre no curso da atividade probatória. Assim, mesmo do sujeito imparcial da relação – o juiz, que tem como dever a apuração dos fatos – não se pode exigir uma atividade asséptica no exercício deste mister, até porque, muitas vezes, tal atividade estará limitada pelas alegações das partes (GUEDES, 2013, p.65).

Ao contrário da prova como demonstração que se pauta na perspectiva de enunciados dirigidos a representar de maneira coerente a realidade, a prova como argumento utiliza uma concepção de conhecimento relacionada à possibilidade de consenso a ser conquistado pelos participantes de uma discussão. Dessa forma, o conhecimento não se produziria na correspondência dos enunciados com os fatos, pois não haveria nenhuma linguagem natural, prévia e objetivamente constituída capaz de descrever o mundo. Os enunciados seriam proposições formuladas por cada participante com o objetivo de obter confirmações consensuais da comunidade interpretativa, controladas em sua forma por condições necessárias a validade da discussão e em seu conteúdo por justificações que comparem entre as teses apresentadas. Nessa

perspectiva, não importa a correspondência entre conhecimento e verdade, mas, sim, a validade dos discursos ao final dos quais se chegue a um resultado legítimo. Não se pretende obter adesão racional generalizada, mas simplesmente persuadir e conquistar o consenso de um auditório particular e assim proporcionar legitimidade à decisão mediante justificativas compartilhadas (SILVEIRA, 2011, p.124).

Assim, a percepção de uma função persuasiva da prova permite concluir que a finalidade desta não é apenas investigar e alcançar a verdade, mas também atribuir credibilidade e legitimidade à conclusão alcançada pelo juiz acerca dos fatos. Não nos parece correta a defesa de uma visão exclusivamente demonstrativa ou puramente persuasiva da prova, uma vez que estas finalidades se complementam. Não é possível crer que a verdade seja um valor absoluto, o único determinante para a justiça da decisão, sob pena de se admitir a prática de atrocidades em busca da verdade a todo custo; por outro lado, também não se pode adotar uma posição cética quanto à possibilidade de se alcançar a verdade, como se o processo fosse indiferente ao esclarecimento dos fatos, transformando-o num duelo de habilidades argumentativas entre as partes perante o juiz (GUEDES, 2013, p.65-66).

Dessa forma, a valoração da prova deve estar orientada no sentido de que, apesar de nem sempre ser possível se alcançar uma verdade absoluta acerca dos enunciados fáticos, a verdade que se busca com a atividade probatória deve se aproximar ao máximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo exterior, fora do processo. Nesse sentido, Taruffo defende que

o processo deve guiar-se pelos princípios da legalidade e da justiça (concepção legal-racional de justiça), de modo que as controvérsias judiciais sejam resolvidas com decisões justas, pois uma condição necessária para a justiça da decisão é que se averigue a verdade dos fatos, já que nenhuma decisão pode considerar-se justa se aplica normas a fatos que não são verdadeiros ou que tenham sido determinados de forma errônea. Argumentando desta maneira, no âmbito da concepção legal-racional da justiça [...], pode-se concluir que o processo deve estar orientado à consecução de uma decisão verídica, ou seja, correspondente na maior medida possível à realidade dos fatos (TARUFFO, 2005, p. 1292, nossa tradução).

É de se notar a fundamental importância de uma correta valoração das provas a partir da devida reconstrução dos fatos da controvérsia para orientar o ordenamento jurídico em direção a uma concepção racional da decisão judicial.

Com relação aos sistemas de valoração das provas, os mesmos já foram brevemente discorridos em momento anterior neste trabalho. Neste ponto, vamos aprofundar no sistema de valoração de provas adotado, como regra, no processo penal brasileiro, ou seja, o sistema da persuasão racional.

A livre valoração da prova, quando inserida no sistema de persuasão racional, consiste na liberdade dada ao juiz para valorar as provas aportadas ao processo de acordo com sua própria razão, desvinculando-se de qualquer valoração predeterminada ou preconstituída pelo legislador. Em outras palavras, trata-se de uma valoração discricionária que pressupõe a ausência de regras e que, por conseguinte, exige que a eficácia de cada prova para a determinação do fato seja estabelecida caso a caso, seguindo critérios não pré-determinados, discricionários e flexíveis, fundados essencialmente em pressupostos da razão (TARUFFO, 2009, p.387).

Entretanto, essa ausência de regras não significa liberdade plena, não sendo permitido ao juiz desrespeitar critérios que visem garantir um controle racional do juízo dos fatos, como a motivação das decisões judiciais. A livre valoração da prova é livre somente no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas que predeterminem o resultado desta valoração, ou seja, se concede ao juiz uma liberdade apenas jurídica para valorar os elementos de juízo disponíveis no processo (FERRER BELTRÁN, 2007, p.45). Assim, o livre convencimento do juiz está vinculado a certas condições de admissibilidade e formação das provas e, especialmente, aos preceitos da lógica e da experiência quando da valoração das provas obtidas no processo.

Por conseguinte, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial sob sua responsabilidade, com base em critérios objetivos e de uma forma que seja controlável. Há uma liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios obtidos no processo e que necessita, sobretudo,

de controles sobre a introdução das provas e sobre a utilização pelo juiz na formação do convencimento (GOMES FILHO, 2000, p.152).

Outra questão que impende relatar neste momento é com relação aos poderes instrutórios do juiz no processo penal. O juiz é o sujeito responsável pela avaliação do material produzido na instrução probatória, tendo também o dever de impedir eventuais violações a direitos e garantias fundamentais garantidos constitucionalmente. Sua atuação abrange a condução do processo e o controle da instrução probatória, implicando no dever de zelar pela aplicação de regras legais relativas à obtenção, admissão, produção e avaliação dos elementos probatórios, não podendo utilizar-se de seus conhecimentos privados e impressões pessoais no exercício de sua função. Impõe-se dizer, que o juiz é o principal destinatário e garantidor da instrução probatória (GOMES FILHO, 1997, p.44). E esta constitui o conjunto de atos que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio (MARQUES, 2000, p. 326).

Nesse sentido, coloca-se o problema de determinar o que o juiz autonomamente pode fazer ou não na busca dos elementos de convencimento necessários para apuração dos fatos a fim de chegar a uma decisão final justa. Em outras palavras, é necessário saber se o juiz pode ou não dispor de poderes instrutórios autônomos. E a questão está longe de ser pacífica.

Há quem defenda o cabimento dos poderes instrutórios do julgador de maneira limitada e subsidiária, divergindo da corrente que os inadmitte inteiramente. Aqueles que defendem os poderes instrutórios do juiz entendem que tais condutas devem aproximar-se de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais (acusador e acusado). A iniciativa instrutória não afrontaria a imparcialidade, tendo em vista que o julgador, ao assim proceder, desconhece, a princípio, o resultado que a diligência a ser produzida trará, nem a qual das partes beneficiará. Ou seja, quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial asseguraria o verdadeiro equilíbrio e proporcionaria uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz

não importa que vença autor ou réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão (GRINOVER, 1999, p.73-74).

No mesmo sentido, a iniciativa instrutória do juiz também não afrontaria o princípio da presunção de inocência. Os pensadores dessa corrente entendem que o ônus probatório da acusação não é por si só incompatível com o reconhecimento de um poder-dever instrutório do juiz. Existindo uma situação de dúvida e presente uma possibilidade real de obtenção de provas novas, não será possível, desde já, reconhecer um estado inafastável de dúvida ensejador da aplicação automática da máxima do *in dubio pro reo*. Inclusive, esta é a linha adotada no Código de Processo Penal em vigor, conforme exposto em sua Exposição de Motivos (ZILLI, 2003, p. 150).

O juiz busca pelo melhor acerto possível do fato que está em julgamento, em virtude do dever de aplicar, eficazmente, o direito penal. Com isso, não sendo as partes processuais suficientemente hábeis a ponto de esclarecer os fatos com seus pontos e circunstâncias relevantes, poderia o juiz requerer a produção de provas. Sustenta-se que não será por meio da vedação pura e simples da iniciativa instrutória do julgador que se assegurará a imparcialidade. Para Barbosa Moreira, deve-se observar que o risco da parcialidade ronda o juiz a cada momento da sua atividade, ao longo do processo, e se ele quiser ser parcial, não é por tal forma que vai se impedir este lamentabilíssimo resultado. As verdadeiras maneiras, os melhores remédios para prevenir a influência de simpatias ou antipatias que o juiz possa sentir, de temores ou gratidões, ou daqueles outros sentimentos que podem influenciar o espírito humano, no momento de julgar, as melhores maneiras de evitar essa influência, ou de reduzi-la ao mínimo possível, não tem nada a ver com o cerceamento do juiz, naquilo que, ao contrário, é inerente à sua tarefa de julgar, a saber, a pesquisa da verdade (BARBOSA MOREIRA, 1984, p.180).

Por outro lado, um dos argumentos dos doutrinadores contrários à iniciativa instrutória do juiz se consubstancia na alegação de que tal conduta atentaria contra a imparcialidade, criando um desequilíbrio entre as partes. Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal, representaria uma tendência perigosa que poderia comprometer a imparcialidade do julgador. (PRADO, 2001, p.

158). Para essa corrente, a possibilidade da colheita das provas pelo juiz também violaria o princípio acusatório e o da presunção de inocência.

Em um sistema onde vigora o princípio acusatório, o papel do juiz é de um espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos e, portanto, mais prudente que sapiente. A ele seriam então vedadas as funções postulantes, garantindo a preservação de sua imparcialidade. A instrução probatória caberia apenas aos sujeitos parciais do processo, quais sejam, representantes do Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia. Sendo assim, o magistrado que desenvolve poderes instrutórios, exercendo tarefas postulantes que não lhe competem, extrapola os limites da função processual reservada a si, desrespeitando o princípio acusatório.

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, impõe o ônus da prova à acusação e a absolvição em caso de dúvida. Diante deste princípio, conclui-se que, se a acusação não convencer o juiz acerca da autoria e da materialidade da infração, não poderá ver acolhida sua pretensão, sendo imperativa a absolvição do acusado. Atentando-se para tal princípio, os adeptos dessa corrente entendem que sendo insuficientes as provas produzidas, o magistrado deve absolver o acusado, e não diligenciar na obtenção de novas provas. Do contrário, os poderes instrutórios do juiz só poderiam se destinar a introduzir provas tendentes à condenação, o que é inadmissível em um sistema acusatório e viola o princípio da presunção de inocência, consubstanciada no princípio do *in dubio pro reo*, garantido constitucionalmente. Como assinala Geraldo Prado, “o destinatário da posição jurídica favorável não pode ser prejudicado pela aplicação, contra si mesmo, daquele benefício instituído pela Constituição”. (PRADO, 2001, p.159).

Não obstante as posições doutrinárias divergentes sobre o assunto parece haver um consenso na doutrina processual penal garantista de que a iniciativa e ingerência excessivas do juiz em matéria probatória comprometem o princípio da presunção da inocência, sob o prisma do *in dubio pro reo* (MALATESTA, 1969, p.117)

Se a insuficiência probatória se soluciona sempre mediante absolvição do réu, e se ao órgão acusador incumbe o ônus de provar a prática do delito pelo réu, a iniciativa

do juiz na produção de provas envolverá sempre o risco de modificar este panorama. E dessa forma acaba resultando no comprometimento da imparcialidade, na medida em que o juiz poderá assumir o papel análogo ao do acusador, cumprindo, no lugar deste, o ônus de provar a prática do crime pelo réu (GUEDES, 2013, p. 45).

1.4 A imagem e o convencimento do juiz

A prática jurídica contemporânea, as novas tecnologias visuais têm contribuído de forma expressiva na elucidação, reconstrução e convencimento dos fatos. Com efeito, as imagens visuais como fotografias, vídeos, simulações e gráficos, têm sido cada vez mais utilizadas nos processos judiciais como meios de prova. Em tais casos, as imagens vêm mudando o desfecho de muitos crimes que jamais viriam à tona se não fosse a existência da imagem.

No direito processual brasileiro são aceitas todas as provas obtidas por meio lícitos, ainda que não expressamente descritas na lei. O juiz deve apreciar livremente as provas inseridas no processo, e precisa fundamentar sua decisão. Ou seja, o juiz analisa todas as provas, e determina o valor de cada uma de acordo com seu entendimento. No processo penal especificamente, uma imagem² pode ser apresentada durante o inquérito policial como prova (CPP, art. 6, III), ou mesmo ser utilizado pela vítima para pedir à polícia que inicie uma investigação (CPP, art. 5º, II). Poderá, dessa forma, ser apresentada à polícia por qualquer pessoa como prova de um crime, pedindo para que se inicie a investigação (CPP, art. 5º, §º). Ou seja, qualquer pessoa, incluindo a vítima ou seu representante, pode levar uma imagem como prova à polícia para denunciar algum crime e assim pedir que se inicie uma investigação ou para complementar uma investigação já em andamento. Caso o cidadão detentor da imagem se sinta intimidado em apresenta-la em uma delegacia de Polícia, sobretudo em casos em que a denúncia se tratar de violência policial, poderá leva-la como denúncia ao Ministério Público, que irá requisitar a instauração de uma investigação criminal e poderá propor a ação penal cabível (CPP, art. 5º, II). Os membros do Ministério Público tem o dever de atender qualquer pessoa, e tomar as providências cabíveis (Lei. 8.625/93, art. 32, II).

² É importante destacar quando falamos de imagem estamos considerando as suas mais variadas formas de expressão como as gravuras, os gráficos, as esculturas, as fotografias, os vídeos ou qualquer outra maneira de manifestação icônica, sejam estas físicas, digitais ou analógicas.

A imagem em vídeo, especialmente, vem se mostrando uma arma poderosa no combate a arbitrariedades do Poder Público e na defesa dos direitos humanos em razão de sua eficácia comunicativa, como já mencionado anteriormente. O vídeo oferece várias sequências visuais rápidas, e não se pode negar uma maior aproximação da realidade em comparação com os demais meios de provas.

As imagens resultado da gravação de um vídeo, tidas como meio de prova, se realizadas fora do processo (gravações feitas antes de ser instaurado um processo, em ambientes públicos) são consideradas como documento e assim possuem as mesmas garantias dadas pelo processo penal a todos os tipos de documento, podendo ser apresentado a qualquer momento da persecução penal (CPP, art.231).

Embora aceita no processo, estudos indicam que a prova em vídeo ainda é pouco discutida no processo. A preocupação com o tema se limita a analisar a legalidade da captação ambiental nos diferentes espaços, públicos e privados, e pelos diferentes agentes, Estado e particular. Muito pouco se fala sobre o vídeo em si, como técnica, e sobre critérios interpretação e avaliação das imagens. Não obstante, o horizonte do vídeo como prova jurídica é promissor e tende a ser uma ferramenta essencial, e por muitas vezes a única capaz de efetivar a garantia dos direitos do cidadão, seja para inocentar alguém acusado injustamente, seja para responsabilizar um agressor por violações cometidas (MATHESON, TEIXEIRA & NERI, 2015, p.37-38).

Um caso interessante de utilização da prova em vídeo ocorreu no famoso crime na Favela Naval (Diadema) em São Paulo, em março de 1997: um grupo de policiais militares de São Paulo, durante três noites, humilhou e agrediu cidadãos comuns, alegando operações contra o tráfico de drogas. Esses atos resultaram no assassinato de um trabalhador negro que vivia no subúrbio de São Paulo. Os atos criminosos foram registrados pelo cinegrafista amador Francisco Romeu Vanni nos dias 3, 5 e 7 de março, e foram vendidas por R\$ 10 mil para a TV Globo.

Imagem 1 – imagem extraída do vídeo com policiais agredindo a vítima



Fonte: Reprodução/Rede Record

Imagem 2 – imagem extraída do vídeo com policiais agredindo a vítima



Fonte: Reprodução/Rede Record

O episódio oferece uma boa oportunidade para explorar o uso de imagens técnicas para elucidação de crimes de difícil solução. No dia seguinte ao assassinato ocorrido na Favela Naval, as vítimas formalizaram a denúncia dos crimes, o que não redundou em mais do que em processamento rotineiro na delegacia local e apenas duas notas em jornais de grande circulação (BLAT; SARAIVA, 2000). No entanto, em razão das imagens registradas pelo cinegrafista, e sua posterior exibição (quase um mês após o

episódio) num telejornal de grande circulação do Brasil – o “Jornal Nacional” – a natureza dessas ocorrências mudou. Uma vez tornada pública, as imagens sobre os crimes apareceram em milhões de casas brasileiras, chocando os telespectadores e a opinião pública nacional e internacional, sendo que o assunto permaneceu contundente na mídia por diversas semanas. O caso da Favela Naval se tornou um acontecimento publicamente relevante por meio das denúncias feitas com as imagens em vídeo.

A gravação original teve uma cópia em preto e branco gravada pelo cinegrafista autônomo e entregue à Polícia Militar. As vídeo-imagens incriminadoras foram assistidas pelos oficiais do Comando da Polícia Militar do Estado de São Paulo e pela reportagem do Jornal Nacional. O Comando enviou a cópia à Justiça Militar e ao Ministério Público de Diadema, logo depois de tê-la recebido, em 24 de março. Em decorrência dessas providências, os policiais militares foram presos no dia 25, uma semana antes da primeira exibição pública da gravação (NEVES & MAIA, 2009, p. 14).

Nesse caso o vídeo foi determinante para que os policiais militares fossem denunciados pelos crimes cometidos na Favela Naval em 1997. A partir dos julgamentos nota-se que o vídeo é a prova fundamental para comprovar os crimes de homicídio e abuso de autoridade cometidos. É também utilizado em conjunto com outras provas como perícia no local e testemunhas para reconstruir os fatos ocorridos e levar a responsabilização dos policiais militares.

Outro caso que ganhou repercussão foi o assassinato do empresário brasileiro Marcos Kitano Matsunaga no dia 20 de maio de 2012. Posteriormente, chegou-se a conclusão de que o crime teria sido cometido por sua esposa, Elize Araújo Kitano Matsunaga que confessou tê-lo assassinado com um tiro na cabeça de pistola e esquartejado o seu corpo. As primeiras notícias sobre a descoberta do corpo vieram em 23 de maio de 2012 e a partir de 4 de junho de 2012, portanto 15 dias após o crime, quando se deu a identificação do corpo. Depois de análises das imagens das câmeras de segurança do prédio em que morava o empresário, deu-se como suspeita Elize Matsunaga, sendo detida sob prisão temporária de cinco dias (posteriormente estendida como prisão preventiva). Tal prisão foi motivada pelo fato de Marcos entrar no apartamento, porém não sair e de Elize deixar o prédio com três malas. A sequência de

imagens registradas pelas câmeras de segurança existentes no edifício onde o casal vivia foram fundamentais para que os fatos que embasaram a denúncia fossem esclarecidos:

- Às 18h30min do dia 19 de maio de 2012: Marcos, Elize, a filha do casal e uma babá sobem de elevador até a cobertura onde o casal vivia. Eles acabavam de chegar do aeroporto, de uma visita que Elize fez à cidade de Chopinzinho (CARAMANTE, 2012).

Imagem 3 – imagem extraída do vídeo do circuito do elevador



Fonte: Youtube

- Às 19h30min do dia 19 de maio de 2012: Marcos desce pelo elevador até o térreo para buscar uma pizza. Ele está aparentemente tranquilo e falando ao celular com seu pai. Essas foram as últimas imagens de Kitano vivo (CARAMANTE, 2012).
- Às 19h40min do dia 19 de maio de 2012: a babá deixa o apartamento, nele agora estão apenas o casal e a filha de um ano (CARAMANTE, 2012).

Imagem 4 – imagem extraída do vídeo do circuito do elevador



Fonte: Youtube

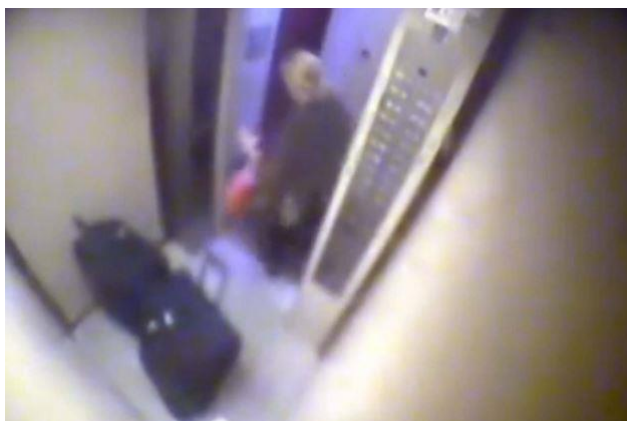
- Às 11h30min do dia 20 de maio de 2012: Elize deixa o apartamento carregando as três malas onde estava o corpo de Marcos Kitano.

Imagem 5 – imagem de Elize saindo com três malas



Fonte: Youtube

Imagem 6 – imagem de Elize saindo com três malas



Fonte: Youtube

As imagens registradas no vídeo do circuito interno do elevador foram fundamentais para o embasamento da denúncia oferecida pelo Promotor de Justiça. Vejamos o argumento utilizado na peça acusatória³:

Após o esquiteamento - atividade que lhe consumiu a noite toda -, inseriu as partes, junto com a cabeça e as roupas que Marcos usava, em sacos plásticos apropriados para lixo, e acondicionou-os em três malas de viagem, dividindo o peso, o que lhe facilitaria o transporte. Realizada a difícil tarefa, passou a limpar todo o local, com panos e água. Enquanto a babá ficava em casa com a criança do casal, desceu com as três malas pelo elevador de serviço (no dia 20 de maio de 2012, domingo às 1h30m), conforme comprovam as filmagens de CFTV (fls. 444/445).

Elize Matsunaga hoje está presa preventivamente na Penitenciária de Tremembé II. A Justiça negou pedido de liberdade de sua defesa, e ela ainda aguarda julgamento.

Provas em vídeo são por vezes muito mais sólidas do que testemunhos ou argumentações, que podem ser mais facilmente descreditadas pelos opositores ou mesmo por juízes menos garantistas.

Recentemente, em junho de 2015, a descoberta de novas imagens gravadas por câmeras de segurança instaladas nas proximidades de uma Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) na favela da Rocinha, no Rio de Janeiro, motivaram a reabertura do caso Amarildo pelo Ministério Público. Amarildo desapareceu em julho de 2013 após ter sido detido por policiais militares na porta de sua casa e levado para um posto da UPP. As novas imagens mostram a presença de policiais do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) em uma viatura que passa por este posto da UPP e retorna com um volume (que acredita-se pode ser o corpo de Amarildo) na parte de trás⁴.

Estes e outros casos indicam um crescimento do uso do vídeo como prova jurídica, sobretudo os vídeos gravados por celulares tem aumentado bastante este tipo de prova. Em São Paulo, em setembro de 2014, diversas pessoas gravaram com

³ http://media.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/06/19/elize_matsunaga.pdf

⁴ Fonte: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/viuva-dopedreiro-amarildo-comemora-reabertura-de-inquerito.html>.

celulares a morte do vendedor ambulante Carlos Augusto Muniz. Ele foi morto com um tiro na cabeça disparado por um policial militar que realizava a prisão de um outro vendedor ambulante e disparou contra Carlos, que, juntamente com outras pessoas, pedia a liberação do rapaz que estava sendo detido⁵. As imagens mostram quando a vítima tenta tirar o spray de pimenta da mão do policial, ato contínuo, leva um tiro na cabeça, e vem a óbito em seguida.

Imagem 7 – imagem do policial apontando arma para as pessoas



Fonte: Carta Capital

Imagem 8 – imagem mostrando o momento em que a vítima se aproxima do policial



Fonte: Carta Capital

Imagem 9 – imagem mostrando o momento que o policial atirou na vítima

⁵ Fontes: <http://noticias.r7.com/jornal-da-record/exclusivo-video-mostramomento-em-que-pm-mata-camelo-com-tiro-na-cabeca-em-sp-19092014>;
http://brasil.elpais.com/m/brasil/2015/04/16/politica/1429136121_021290.html).



Fonte: Carta Capital

Imagem 10 – imagem mostrando a vítima caída no chão depois de levar um tiro



Fonte: Carta Capital

Não obstante nas últimas décadas tenha havido uma grande multiplicação de câmeras pelo mundo resultando em milhares de vídeos espalhados pela internet testemunhando violações de direitos humanos, isto não necessariamente tem se refletido em mais justiça sendo feita. Uma pesquisa⁶ feita pela organização internacional *WITNESS* em parceria com a *ARTIGO 19*, que recebeu o título “*Vídeo como prova jurídica para a defesa dos direitos humanos no Brasil*”, concluiu que há um hiato entre a captação das imagens de violações de direitos humanos e a responsabilização dos violadores e/ou a reparação às vítimas dos danos causados.

A *WITNESS* é uma organização internacional sem fins lucrativos fundada nos Estados Unidos em 1992 pelo músico e ativista Peter Gabriel, após a grande repercussão internacional que teve um vídeo gravado em 1991 por um cidadão, que

⁶ Pesquisa publicada em 10 de dezembro de 2015, no dia internacional dos direitos humanos.

filmou o brutal espancamento de Rodney King. Jr. pela policia de Los Angeles. Desde então a *WITNESS* tem aproveitado o poder do vídeo para ajudar ativistas de todas as partes do mundo, realizando treinamento e equipando pessoas para que possam utilizar o vídeo como instrumento para luta por direitos humanos, de forma cada vez mais efetiva e segura e de modo que os vídeos realmente façam a diferença. A *ARTIGO 19* é uma associação civil, também sem fins lucrativos, fundada em Londres no ano de 1986, tendo como principal objetivo proteger e promover o direito à liberdade de expressão e acesso à informação, previstos pelo artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo este o motivo para adoção do referido artigo como nome da organização (MATHESON, TEIXEIRA & NERI, 2015, p.18-19).

Graças a essa parceria, no último ano foram feitas análises como o vídeo tem influenciado decisões nos tribunais brasileiros em casos de violações de direitos humanos. A pesquisa se debruçou sobre casos específicos no STF, STJ, TJSP e TJRJ, buscando exemplos de como vídeos conseguiram, ou não, ter impactos concretos em casos envolvendo direitos humanos. A pesquisa concluiu, entre outros pontos que no meio jurídico ainda há uma dificuldade em analisar e avaliar o potencial do vídeo como prova, pois juízes dizem muito pouco (ou nada) a respeito da influência de vídeos em suas decisões. O estudo traz ainda orientações sobre como o vídeo pode ser utilizado nos processos penais e civis no Brasil, além de guias sobre como filmar, armazenar e divulgar os vídeos de modo a obter melhores resultados e de forma mais segura.

Em razão da omissão, ou até mesmo certo descaso, dos operadores do Direito sobre a utilização do vídeo como prova no processo não há atualmente parâmetros ou padrões específicos estabelecidos para análise e interpretação das imagens obtidas por esse meio de prova. Com isso, temos que conviver com a insegurança jurídica, ficando o uso do vídeo como prova sob o livre entendimento de cada juiz. No entanto, esse cenário tende a mudar com crescimento do uso do vídeo como prova jurídica (sobretudo os vídeos gravados por celulares), o que aponta uma tendência maior de que advogados, defensores, ativistas, promotores e juízes se debrucem sobre o tema, para entender cada vez mais quais são seus aspectos positivos, negativos e suas potencialidades (“Vídeo como prova jurídica para a defesa dos direitos humanos no Brasil”, witness e artigo 19).

2 PROVA EM VÍDEO, *STANDARDS* PROBATÓRIOS E, ESPECIFICAMENTE, O *STANDARD* PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL

2.1 Aspectos gerais da prova em vídeo

Como já mencionado anteriormente, a prova em vídeo tem um grande poder de convencimento e tende a ser intensamente mais persuasiva do que as palavras, gerando um maior número de associações emocionais e permitindo a construção de diversos tipos de significados. A consequência disso é contribuição direta na formação da crença sobre aquela imagem (FEIGENSON & SPIESEL, 2009, p.49). Entretanto, ao contrário do que possa parecer, as mídias audiovisuais não são simples representações da realidade. Trata-se apenas de um aspecto gravado em dados digitais de um fato, de um único ponto de vista, bidimensional sobre um fato que ocorre em um espaço tridimensional.

As representações visuais são importantes, pois o seu impacto é maior que as representações não visuais. As imagens operam uma lógica associativa fundada no inconsciente e com apelo emocional. Além disso, a sua operação ocorre por meio de inferências intertextuais abertas à interpretação (FEIGENSON, 2007, p. 295-310). Dessa forma, a interpretação de uma imagem não é um ato de neutralidade. Ao contrário, a partir do momento em que uma câmera é posicionada, um ângulo é escolhido e o conteúdo é editado, há subjetividade. Assim, o impacto da imagem traz consigo um novo modo de argumentar e provar o que é verdadeiro ou não.

Silbey elenca alguns mitos que ainda persistem em torno da imagem em vídeo: a) a imagem em vídeo é objetiva; b) os seus significados são óbvios e isentos de ambiguidades; c) o filme transforma o observador em testemunha (SILBEY, 2008, p. 17). Tais características são perigosas se incorporadas na análise da prova em vídeo, pois o risco de aliar tais mitos ao processo de julgamento pode acarretar em injustiça da decisão.

Não obstante o perigo na análise da prova em vídeo, não é o caso de propor a negação desse meio de prova. Ao contrário, propõe-se o desenvolvimento de uma capacidade cognitiva para compreender as suas características e entender o seu impacto no cotidiano. Logo, é necessária uma alfabetização visual para a compreensão desta

nova realidade. A ideia da alfabetização visual aplicada ao âmbito do direito incorpora uma lógica descritiva e pragmática, que busca decifrar os elementos metafísicos inscritos no âmbito da imagem. A habilidade de ler e compreender o conteúdo das imagens é o que garante o entendimento adequado de sua presença no cotidiano. Ou seja, torna-se necessário o desenvolvimento de uma nova eloquência visual. A combinação de tais elementos potencializa o entendimento crítico da imagem no âmbito do direito, principalmente como instrumento de prova e persuasão (SHERWIN, 2011, p.107).

Dessa forma, a prova em vídeo exige conhecimento por parte do espectador dos métodos interpretativos da narrativa e da expressão visual. As estratégias adotadas pelos operadores do direito para interpretar uma imagem diferem de provas tradicionalmente aceitas no processo, como a prova documental ou testemunhal. Na análise de uma imagem registrada em vídeo o operador do direito analisa um fato exibido, enquanto na lógica da prova testemunhal analisa um fato descrito. Contudo, aquela prova audiovisual depende de um meio técnico para ser analisado, já que não se trata de uma reprodução da realidade.

As imagens contidas no vídeo devem ser observadas dentro de um conjunto probatório que determinará o contexto de sua interpretação. A partir daí tornam-se necessárias algumas reflexões: de que modo estão sendo construídos os argumentos em torno da prova em vídeo pelos operadores do direito? E em que medida a capacidade de persuasão da imagem interfere no processo de julgamento do juiz? Sabemos que a atividade de valoração das provas pelo juiz não é uma tarefa simples. Os critérios de julgamento são um tanto subjetivos e particulares de cada um. Afinal, trata-se de uma atividade humana.

Daí se extraem-se duas implicações: a primeira é uma proposição banal e ao mesmo tempo surpreendente de que em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas ou determinados por critérios de caráter jurídico. As pessoas de modo geral são tendentes a acreditar que o raciocínio do juiz é, ou ao menos deveria ser algo estritamente jurídico, como um mero aplicador da lei abalizado essencialmente pelo Direito (TARUFFO, 2001, p.171). No entanto, sabemos que o juiz, quando da prolação de uma decisão judicial, emprega interpretações, juízos de valor, questões éticas, regras

de comportamentos, dentre outros, sendo tais raciocínios extremamente variáveis. O problema não consiste em demonstrar ou negar que o juiz vá além do Direito. Isso obviamente acontece, até porque o Direito não pode ser idealizado como algo independente da realidade social e cultural em que o juiz atua. Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além das fronteiras daquilo que convencionalmente se entende por Direito, e, por conseguinte, em individualizar as garantias de racionalidade, razoabilidade, confiabilidade, aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo Direito (TARUFFO, 2001, p.173).

A segunda implicação relaciona-se com a verdade no processo, pois se cada juiz julga de acordo com seu raciocínio subjetivo (obviamente limitado pelas normas do Direito), a verdade alcançada por ele não pode ser a mesma alcançada pelas partes⁷ ou mesmo por outros juízes. As pessoas pensam diferentes, tem bagagens emocionais diversas, cada qual com suas experiências sociais, culturais, políticas etc. Então, afinal, quantas verdades existem? Dessa forma, não há como supor que a decisão judicial encontrará o seu fundamento na verdade, pois “não existe obviamente uma só verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes” (MARINONI, 2003, p.12).

Importante ressaltar o questionamento sobre a verdade formal e material, a qual ainda hoje há quem defenda que no processo penal vigore a busca da verdade absoluta, legítima, uma verdade que efetivamente corresponda à realidade dos fatos. A doutrina moderna defende que a verdade “verdadeira” jamais poderá ser alcançada na atividade processual; é uma verdade construída, tida como verdadeira. Luigi Ferrajoli (1995, p.38) afigura ser impossível formular um critério seguro de verdade acerca de uma tese jurídica, visto que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre expressão de um ideal inalcançável. Pensar-se o contrário, acrescenta o pensador italiano, ou seja, que se pode de fato, na seara do conhecimento humano, conseguir e

⁷ Embora só ao julgador caiba a palavra final, não se pode desconhecer que semelhante tarefa esteja sujeita à interferência das partes (GOMES FILHO, 1997, p.160).

asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica.

Na atividade de análise e valoração das provas vigora, como já se salientou, o sistema processual do livre convencimento motivado, tendo o juiz amplos poderes de crítica e seleção do material probatório, para dele extrair o seu julgamento sobre os fatos, embora tenha a tarefa obrigatória de explicar e fundamentar suas decisões (GOMES FILHO, 1997, p.153). A motivação das decisões é uma garantia política de controle sobre as decisões judiciais e que assegura transparência do poder jurisdicional. Tais questões são de suma importância na análise da fundamentação da decisão judicial, pois se o juiz tem liberdade para formar seu convencimento de acordo com suas impressões e convicções pessoais e é reconhecido que jamais se poderá afirmar com certeza que a verdade alcançada pelo juiz em sua decisão corresponda à realidade dos fatos, surge à questão do controle da valoração das provas dessa decisão.

Expostas as proposições acerca do caráter ilusório da prova em vídeo, da controlabilidade do raciocínio do juiz quando da valoração das provas no processo, bem como da impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta, depara-se com uma importante problemática: como agem atualmente os juízes ao valorarem as provas em vídeo inseridas no processo ou como deveriam agir?

Ao juiz é obrigatório fundamentar suas decisões, mas não há padrões, modelos, ou regras claras de como isso deve ser feito (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.164). É preciso estabelecer critérios que sejam capazes de efetuar um controle da convicção judicial num determinado caso concreto, com a finalidade de crítica, análise e correção da fundamentação. A partir dessa necessidade surgem os *standards* probatórios, também chamados de modelos de constatação, ou modelos ou instrumentos de convicção, que nada mais são que critérios para orientar a análise da prova pelo juiz. Em outras palavras, *standards* probatórios são técnicas ou esquemas que funcionam como diretivas para o julgador no momento da valoração da prova.

Por outro lado, a característica da prova em vídeo, como vimos, impõe a construção de uma metodologia específica por parte do operador do Direito para

interpretar seu conteúdo. Ou seja, são necessários métodos ou critérios interpretativos na análise da prova em vídeo, cuja finalidade maior é alcançar a verdade.

2.2 *Standards* probatórios

Os *standards* probatórios nada mais são que padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.182) permitindo assim o seu controle. Esses modelos ou critérios de valoração da prova servem de guia para o julgador no momento de formar a sua convicção. Com efeito, tentar estabelecer modelos de valoração da prova é, na verdade, buscar técnicas ou esquemas que funcionem como diretivas para o julgador e que sejam mais adequados para se alcançar a finalidade do processo, de forma que esse método ou esquema de raciocínio permita posteriormente “exercer o controle sobre as decisões adotadas em matéria de prova pelos tribunais” (FERRER BELTRÁN, 2007, p.97).

Daniel Coutinho relaciona os *standards* probatórios, a que ele denomina de *critérios de suficiência*, a uma modalidade de critério para a distribuição dos riscos de erro no processo. Alguns riscos de erro são potencialmente mais perigosos que outros por envolver bens jurídicos distintamente considerados. A alocação do risco de erro no processo judicial não pode ser fortuita ou arbitrária, considerando a própria estrutura valorativa do direito. Ao invés disso, deve ser produto de uma decisão informada, moral e politicamente legítima. Para não deixar o risco de erro recair aleatoriamente, o sistema jurídico assume o controle do risco e o direciona para a direção correta (COUTINHO, 2011, p. 277).

Assim, os graus de comprovação exigidos para o juízo fático são impostos por meio de regras identificadas por *standards*, que cumprem o papel de atribuir, de maneira coerente com a proteção jurídica, a distribuição do risco de erro favorecendo sempre aquele que defender o bem jurídico mais protegido (COUTINHO, 2011, p. 189).

O referido autor também demonstra que os *standards* probatórios (ou *critérios de suficiência*) estão diretamente relacionados ao direito material e ao bem jurídico tutelado no processo, na medida em que o grau de suficiência da aproximação da verdade depende da medida de proteção a ele conferida. Ao invés de conferir à

consciência do juiz o poder de dizer sobre o grau de comprovação dos fatos da causa, aos *standards* são conferidos esse poder de acordo com a proteção produzida pelas normas jurídicas ao bem que tutelam. Com isso, tem-se uma dimensão argumentativa não apenas voltada para a ânsia de conhecer a verdade dos fatos, mas em acordo com uma racionalidade prática consciente das limitações inerentes ao conhecimento humano e dos riscos sociais envolvidos em cada decisão (COUTINHO, 2011, p. 34).

Deste modo, é reconhecido que, no processo penal, a condenação de um inocente é tida como infinitamente mais temerária do que a absolvição de um culpado, verificando uma necessidade de avaliar os riscos antes de decidir sobre os fatos. São, portanto, ponderações de ordem moral que determinam a distribuição de riscos no processo penal. Essa percepção desbrava todo um novo campo de argumentação para a decisão sobre os fatos, em que essa alocação dos riscos com base na força do conjunto probatório tem de ser considerada (COUTINHO, 2011, p. 278).

Assim, na visão dele, os *critérios de suficiência* seriam a tradução desses elementos axiológicos destinados a regular o risco do erro de fato para a dogmática do processo judicial. E segue declarando sobre os *critérios de suficiência*:

São propostos com o objetivo de estipular sob que condições os elementos de prova são suficientes para se reconhecer um enunciado de fato como verdadeiro, refletem a proteção jurídica destinada ao bem direito material envolvido. Trata-se de instrumento que se define segundo a tutela destinada a cada bem jurídico material, apesar de ser a regra que se manifesta nas preocupações do processo judicial como orientação fundamental para a decisão. É uma espécie de questão prévia à avaliação do conjunto probatório que define o grau de comprovação que de ser atingido em cada processo de modo a proteger de equívocos determinados bens jurídicos considerados valiosos. Assim, tem por objetivo manipular a comprovação de determinados fatos, criando exigências quanto a sua intensidade de maneira proporcional à proteção destinada a determinado bem jurídico (COUTINHO, 2011, p. 278).

Knijnik alerta que os *standards* probatórios jamais poderão, nem deverão, precisar de forma estrita e exata o controle da convicção. *Standards* são paradigmas dotados de conteúdo aberto e flexível, e deles não se podem esperar soluções lógico-

dedutivas. Portanto, os *standards* probatórios objetivam fundar um código balizador do diálogo, ensejando, pois, a máxima submissão do convencimento judicial ao contraditório (KNIJNIK, 2001, p.14), servindo de limite ao sistema da livre apreciação das provas e permitindo um controle sobre o raciocínio do juiz quando da prolação de uma decisão fática.

Podemos dizer analogicamente que os *standards* probatórios funcionam como esquemas interpretativos. Estes podem ser definidos como conjunto de percepções, valores, visões de mundo, que são utilizados estrategicamente pelas pessoas no cotidiano e que são extremamente variáveis. As pessoas utilizam diversos esquemas interpretativos baseados em valores flexíveis para resolver questões distintas. Pode-se pensar que existe uma ideologia fixa, ou um quadro fixo de valores para resolver uma questão, mas no mundo complexo esses valores são abertos. As variações na consciência legal e os múltiplos esquemas pelo qual ela é constituída permitem aos indivíduos uma ampla latitude na interpretação de fenômenos sociais. A disponibilidade cultural de esquemas ou repertórios interpretativos, bem como a disponibilidade de recursos sociais e materiais, como educação, experiência, dinheiro, cria contingências que fazem a expressão de um tipo de consciência ser mais provável que outra. E esses esquemas tem influência no modo como se julga o comportamento dos outros. Daí a ideia de *standard* probatório, que também é uma regra de julgamento, mas formalizado na lei (EWICK & SILBEY, 1998, p.51).

Em seguida, enumeramos sete principais modelos probatórios existentes no direito comparado para o controle lógico da convicção judicial levantados por Knijnik (2001, p.21). São eles:

1 – O modelo jurídico utilizado nos países da common law abrange o *standard* da prova acima de dúvida razoável empregado em casos criminais, e o *standard* da preponderância de prova empregado em casos civis. Paralelamente, destaca-se ainda um *standard* intermediário da prova clara e convincente, que não seria tão rigoroso quanto o *standard* dos casos criminais, nem tão ameno quanto dos casos tipicamente civis.

Não é uma tarefa simples precisar os limites e o conteúdo desses *standards* probatórios. O *standard* da prova acima de dúvida razoável tem um conceito vago do

que seria ‘dúvida razoável’. Afinal, o que é razoável pra um jurado pode não ser pra outro. Se cada jurado der a sua interpretação acerca do que é dúvida razoável, não há segurança, deixando obviamente de existir um *standard*, um padrão (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.167).

Nesse caso, foram criadas instruções sobre o que deve ser entendido por ‘dúvida razoável’ devendo os jurados ser esclarecidos sobre sua correta conceituação, sob pena de nulidade absoluta. Assim, se aceita o entendimento de que dúvida razoável é uma dúvida baseada na razão e no senso comum. É uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. Uma dúvida razoável não é uma fantasia, capricho, especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para evitar o cumprimento de um dever desagradável. Prova acima de dúvida razoável é aquela que deixa você firmemente convencido da culpa do acusado e não leva você a pensar que há uma real possibilidade de que ele seja inocente. (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.168).

O *standard* intermediário da prova clara e convincente não exige quantidade de prova reclamada, mas o nível de credibilidade da prova. São aplicados em casos civis considerados socialmente mais graves. Trata-se aqui de um *standard* de alta probabilidade. Aplica-se o *standard* da preponderância de prova, referente aos casos tipicamente civis, quando uma proposição reputa-se provada mais provável em um sentido do que em outro. Esse *standard* significa “pouco mais da metade”, e portando menos rigoroso que o *standard* da prova clara e convincente (KNIJNIK, 2001, p.23).

2 – O modelo elaborado pelo Tribunal Constitucional da Espanha, chamado *standard* da “Mínima Atividade Probatória”, surge com a necessidade de impedir arbitrariedade na motivação da decisão judicial. Esse *standard* exige suficiência probatória, ou seja, que tenham sido eliminadas quaisquer dúvidas racionais sobre a culpabilidade do acusado (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.168).

É baseado em dois aspectos principais: a eliminação do convencimento judicial baseado em meras suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções pessoais do julgador, conjecturas e impressões; e na exigência de uma prova que elimine a

existência de dúvidas racionais segundo critério qualitativo (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.168). Esse *standard* procura averiguar a infraestrutura racional da formação da convicção; e exige não apenas a ocorrência de uma mínima carga de prova, mas que ela tenha condição de suficiência (KNIJNIK, 2001, p.25). Novamente nos deparamos com um conceito vago, e a dificuldade de limitar o que é ‘suficiência de prova’, motivo que leva Baltazar Junior a desconsiderá-lo como verdadeiro *standard*. No entanto, devemos nos atentar que é próprio de um *standard* probatório ser flexível e ter espaços vagos que devem ser preenchidos no caso concreto.

3 – A formulação jurisprudencial do direito alemão que compreende o *standard* do “alto grau de verossimilhança sem dúvidas positivo-concretas” é um valioso critério de verificação lógica em razão de seu caráter prático. Com efeito, importante ideal nesse *standard* é a questão da valoração da dúvida. Parte-se da ideia de que a possibilidade meramente abstrata de que o acusado não tenha sido autor não pode impedir a sua condenação. Daí a importância de se distinguir dúvida abstrata e dúvida concreta, ou dúvida positiva e dúvida negativa (KNIJNIK, 2001, p.29).

Assim, de acordo com esse *standard*, dúvidas meramente abstrato-negativas ou teóricas deverão ser desprezadas pelo juiz, afinal de contas, sempre haverá alguma possibilidade de que as coisas tenham se dado de modo diverso. Tal constatação é devida em razão da falibilidade do conhecimento humano. Dessa forma, para que uma convicção judicial sobre uma condenação seja legítima, basta o juiz estar convencido de que um fato ocorreu, ou seja, que ele não esteja diante de dúvidas positivo-concretas das quais não possa superar (KNIJNIK, 2001, p.29). E como bem salienta Baltazar Junior (2008, p.170), estar convencido de que um fato ocorreu não é um ato de vontade do juiz; é uma certeza pessoal única e decisiva.

4 – O *standard* da “doutrina do absurdo” ou da “arbitrariedade”, utilizado especialmente na Argentina, é uma espécie de instituto destinado à cassação da decisão, que visa demonstrar quando um juiz não poderia dar-se por convencido. Esse *standard* limita a atividade do juiz impedindo vícios flagrantes e manifestos na valoração da prova, como vícios materiais (erro na apreciação da prova) e vícios formais (infração das leis da lógica) (KNIJNIK, 2001, p.30).

Knijnik (2001, p.31) atenta para a semelhança desse *standard* com o da Mínima Atividade Probatória, tendo ambos caráter cassacional. No entanto, assevera que o modelo da mínima atividade probatória procura construir um metajuízo puramente lógico enquanto que o modelo da arbitrariedade e do absurdo avança no sentido do próprio processo de formação da convicção, atentando-se aos desvios que o juiz possa cometer na própria valoração da prova.

5 – Os modelos chamados “narrativísticos” ou linguísticos são *standards* ligados à base linguística ou comunicativa da convicção. O *standard* da Congruência Narrativa foi enunciado por Neil MacCormick e diz respeito à coerência narrativa, ou seja, a adoção de uma versão razoável dos fatos, que tenha unidade de sentido, de modo a obter compreensão e interpretação do texto (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.172). A congruência narrativa assume grande importância tendo em vista que quase todas as disputas jurídicas se referem a fatos ocorridos no passado, sendo esses insuscetíveis de prova direta mediante observação imediata. Assim, esse *standard* probatório é um critério eficaz para o controle da transição fato conhecido – fato desconhecido.

Um segundo *standard* probatório ligado ao modelo linguístico é o da Probabilidade Indutiva formulada por Jonathan Cohen. Tal *standard* permite um diálogo mais sólido no campo das generalizações, exigindo do intérprete uma mediação mais específica sobre a formulação da máxima da experiência ou da lei da experiência formulada pelo juiz no caso concreto (KNIJNIK, 2001, p.36). No caso, por exemplo, de um réu encontrado no jardim da casa furtada com objetos do furto, é necessário averiguar se havia outras pessoas na casa, qual a versão do acusado dos fatos, etc.

6 – O modelo do “Controle da Motivação” desenvolvido pela Corte de Cassação francesa abrange *standards* capazes de efetuar um abrangente controle lógico do juízo fático; trata-se de um controle mínimo dos motivos de fato (KNIJNIK, 2001, p.38). Subdivide-se em três *standards* principais: (a) da falta ou carência de motivos, (b) da falta de base legal (c) e da desnaturação ou deturpação de um escrito.

(a) Do *standard* da falta de motivos surgem 4 *standards* que permitem apontar os vícios de uma decisão: *standard* da ausência de motivos (falta absoluta de motivos ou existência de um motivo meramente formal); *standard* da contradição de motivos

(utilizado para cassar a decisão fática contraditória); *standard* dos motivos dubitativos ou hipotéticos (assimila os motivos hipotéticos à ausência de motivos); e o *standard* da falta de enfrentamento de uma questão (quando um fundamento relevante é ignorado pela decisão). Há violação no dever de fundamentação (KNIJNIK, 2001, p.38).

(b) Já no *standard* da falta de base legal, a decisão tem motivos, mas esses motivos são insuficientes em relação ao mérito para embasar decisões jurídicas. Há violação no dever de exposição completa do fato (KNIJNIK, 2001, p.39).

(c) O *standard* da desnaturação ou deturpação de um escrito é um erro flagrante na apreciação do sentido de um ato claro; é um erro na apreciação. Para ser caracterizado, impõem-se as seguintes condições: que exista um escrito válido, claro e manifesto; que a interpretação seja contrária ao escrito; que o escrito tenha sido abstraído pela decisão; e que não haja motivo diverso capaz de fundamentar a decisão (KNIJNIK, 2001, p.39).

7 – Por fim, tem-se os modelos probabilístico–matemáticos, que se refere a aplicação da probabilidade clássica, entendida como a relação entre o número de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis. A partir de uma análise estatística dos fenômenos de massa, busca-se a frequência com a qual certo tipo de evento se verifica na totalidade de uma classe geral de eventos (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.174). É uma tentativa de aplicar-se, ao diálogo judiciário, teoremas, fórmulas e demonstrações estatísticas capazes de assegurar o grau de segurança da inferência (KNIJNIK, 2001, p.41).

Expostas as considerações a respeito dos principais modelos probatórios no direito contemporâneo, impende questionar de que modo estes modelos dão resposta a questão da prova em vídeo no processo penal? Estariam esses modelos adequados para lidar com as inovações trazidas pela prova em vídeo?

2.3 O modelo brasileiro

Não há *standard* probatório legalmente previsto ou adotado pela jurisprudência brasileira com uma formulação clara como os modelos do direito comparado

anteriormente analisados. A lei brasileira prevê sim o dever de motivar, mas não há especificações sobre os requisitos da motivação. Mas na jurisprudência brasileira encontram-se critérios mínimos de motivação de fato, embora sem assumir a designação de um *standard* probatório (BALTAZAR JUNIOR, 2008, p.177).

Baltazar Junior (2008, p.180) elenca 4 *standards* probatórios desenvolvidos na França que entende que seriam aplicados no Brasil: (a) ausência de motivos; (b) contradição entre motivos; (c) motivos dubitativos; e (d) falta de enfrentamento de uma questão.

(a) Ausência de motivos: o desrespeito a direito de fundamentar acarretará nulidade da decisão. Tal enunciado está previsto no art.381, inciso III do Código de Processo Penal, bem como no art.93, IX da Constituição Federal de 1988.

(b) Contradição de motivos: havendo contradição na fundamentação é possível recorrer a imposição de embargos de declaração, previsto no art.619 do Código de Processo Penal e no art. 535, I do Código de Processo Civil.

(c) Motivos dubitativos ou hipotéticos: a sentença deve partir de pressupostos verdadeiros, ainda que não sejam os únicos possíveis.

(d) Falta de enfrentamento de uma questão: jurisprudência brasileira é pacífica com relação a esse critério, exigindo enfrentamento de todas as teses da acusação e da defesa, tanto pessoal quanto técnica, especialmente as referidas nas alegações finais.

Baltazar Junior (2008, p.183) conclui defendendo a inclusão desses critérios de motivação de forma mais explícita na legislação brasileira de forma a possibilitar o controle da matéria pelos tribunais superiores.

Os critérios mínimos de motivação do fato adotados no Brasil em muito se assemelham aos *standards* dos países da *common law*. Falamos especialmente do *standard* da prova acima de dúvida razoável do direito norte-americano que decorre em alguma medida, do princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* aplicado

no direito processual penal brasileiro. Todos eles exprimem, em último grau, que é preferível um culpado absolvido a um inocente condenado.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio de não-culpabilidade, tem status constitucional (CF, art. 5º, LVII) e representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Basta que os culpados sejam geralmente punidos pois seu maior interesse é que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos (FERRAJOLI, 2002, 441).

Como regra probatória, a presunção de inocência guarda relação com o que historicamente se determinou como aplicação do *in dubio pro reo*: cuida-se da necessidade de o julgador absolver o réu sempre que, no momento do julgamento, não tenha se convencido plenamente da culpa daquele. Ainda: a presunção de inocência como regra de julgamento impõe a necessidade de um *standard* probatório robusto à condenação. A sentença condenatória apenas será proferida se a convicção sobre a culpa do réu se formar *além de qualquer dúvida razoável* (GUEDES, 2013, p. 37).

É possível perceber, não obstante a falta de uma formulação clara sobre o instituto dos *standards* probatórios, referências ao conteúdo desse critério na jurisprudência brasileira. Vejamos:

Supremo Tribunal Federal, informativo, nº 768⁸:

(...) Na realidade, em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado democrático de Direito (...). A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se “*beyond all reasonable doubt*” (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

⁸ Relator Ministro Gilmar Mendes, Voto do Ministro Celso de Mello, recurso de apelação 858/DF, acórdão publicado no DJe de 7.11.2014.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo768.htm#transcricao1>

Supremo Tribunal Federal, HC 83947/AM. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento 07.08.2007.⁹

Ementa: PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. (...) É sempre importante reiterar na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria que nenhuma acusação penal se presume. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5) (...).

Tribunal Regional Federal – 4ª Região, 7ª turma, Relator Francisco Donizete Gomes, recurso de apelação criminal ACR 50027796520134047103 RS, data do julgamento: 26/01/2016.¹⁰

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ARTIGO 344, CÓDIGO PENAL). INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). Em determinados delitos, como aquele previsto no artigo 344 do Código Penal, é possível atribuir valor relevante à palavra da vítima, desde que harmônica com o restante do conjunto probatório. Ante a ausência de provas que corroborem que o réu ameaçou a vítima para que esta não depusesse em seu desfavor em ação judicial, não se pode, sem mais elementos probatórios, proferir juízo condenatório além de uma dúvida razoável. Absolvição que se impõe com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Assim, durante toda a investigação e durante toda a ação penal o suspeito deve ser tratado como inocente e, havendo dúvida razoável quanto a sua culpabilidade, o mesmo deve ser absolvido. O juiz criminal deve utilizar um rigoroso critério de decisão, que supõe a enorme probabilidade, que ultrapasse a dúvida razoável, para condenar alguém com base em uma verdade aproximativa.

2.4 Standard probatório do processo penal e prova em vídeo

Tradicionalmente, o Direito Processual Penal surgiu com o objetivo de proteger direitos fundamentais importantes para a concretização da justiça e do bem estar social. Contrariamente ao processo civil que foi construído sob a ideia de busca de uma verdade formal, historicamente o processo penal já teve a busca da verdade real como

⁹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506601>

¹⁰ Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/301478748/apelacao-criminal-acr-50027796520134047103-rs-5002779-6520134047103/inteiro-teor-301478791>

um de seus mais importantes princípios (FERRAJOLI, 2006, p.55). No entanto, como já mencionado anteriormente neste trabalho, o entendimento da doutrina moderna é de que a verdade “verdadeira” jamais poderá ser alcançada na atividade processual. Na realidade, o objetivo do processo penal consiste em diminuir as incertezas e chegar o mais próximo da verdade quanto possível. E nesse aspecto, em que pese às inúmeras considerações acerca do caráter ilusório da prova em vídeo que veremos adiante, esta tem a indiscutível capacidade de auxiliar os operadores do direito nessa tarefa.

Entretanto, em razão do elevado potencial representativo e persuasivo da prova em vídeo tal instrumento de prova deve ser utilizado de forma bastante cautelosa. Com os avanços tecnológicos e a facilidade de manipulação das imagens digitais, a relação entre verdade e imagem se encontra cada vez mais crítica.

A partir do século XIX, iniciam-se questionamentos quanto ao valor da imagem, ora considerada como reprodução da realidade, ora como fomentadora do imaginário, podendo despertar “o delírio imaginativo, muitas vezes fantasioso, criando a ilusão de um campo aberto de interpretações” (NÓVOA, 2001, p.2).

Atualmente são vários os programas capazes de adulterar arquivos digitais que não exigem maiores conhecimentos técnicos como antigamente, quando um serviço de adulteração poderia durar dias ou meses. Ainda que não consideremos a adulteração propriamente dita de um arquivo digital, a simples supressão de determinado trecho pode ser conveniente para o discurso de uma parte em prejuízo da outra.

Assim, jogos de mostrar e de esconder fazem parte de um mesmo processo de criação de ilusões e desconfianças. As imagens podem ser “recicladas” e “reutilizadas”, abrindo espaço para uma infinidade de sentidos e interpretações. A vontade de olhar e de mostrar é inseparável do desejo de conhecer e, por isso, é preciso estabelecer uma cartografia da visão para apreender a produção e a apropriação, a reprodução e a difusão de imagens no campo da visualidade (NÓVOA, 2001, p.4).

A utilização das imagens em vídeo pode provocar uma série de reações psicológicas, cognitivas e emocionais capazes de influenciar a ideia sobre determinado caso. Elas são mais persuasivas que as palavras e geram conexões emotivas mais fortes (FEIGENSON & SPIESEL, 2009, p.50). A exemplo disso, um estudo com base em

técnicas de neuroimagem, desenvolvido pela neurociência, mediu a taxa de influência das emoções em processos decisórios. Os resultados demonstraram que o aumento da estimulação emocional está associado a uma diminuição significativa da eficiência do processo decisório. No caso de um júri, por exemplo, isso poderia acentuar tendências punitivas (FUSELLI, 2012, p.3).

O discurso tradicional racional do direito se encontra fragilizado pela utilização da imagem, pois esta não impõe uma separação entre emoção e razão. As emoções são consideradas como um fator de irracionalidade. No entanto, a vida cotidiana não promove esta separação, e os operadores do direito estão preparados para lidar com um processo escrito e formal, distantes de valores emocionais (RICCIO *et. al.*, 2016, p.8). Assim, eles tendem a identificar a racionalidade através de textos, e não de imagens.

Assim, os operadores do Direito não estão capacitados a utilizar a prova em vídeo de forma adequada, e nesse caso, merecem especial atenção as implicações da prova em vídeo utilizada no processo penal no que se refere ao alcance do *standard* probatório da prova além de dúvida razoável. Estaria a prova em vídeo, com todas suas nuances interpretativas, apta a atingir o *standard* dos casos criminais? O que se questiona é: é suficientemente segura uma condenação criminal baseada em uma prova em vídeo?

A resposta a essas indagações não é tão simples, assim como a problemática que se propõe. Algumas observações se colocam à frente desse questionamento.

Primeiramente o já mencionado “analfabetismo digital” do julgador. Se o juiz e as partes não tiverem cultura e conhecimento para conduzir produção da prova em vídeo e, também, para interpretá-la, esse meio de prova por si só não será capaz de atingir o *standard* da prova além da dúvida razoável. Isso porque, como já mencionado, as imagens em vídeo não são representações da realidade e não podem ser consideradas como elemento neutro. Pode ocorrer que um determinado ângulo de onde o vídeo foi captado oculte um elemento que pode ter sido o provocador da situação filmada, ou esconda um fato determinante para a conclusão do caso.

Da mesma forma, fatos acontecidos antes ou depois do momento registrado em vídeo podem ser fundamentais para a tomada de uma decisão correta. 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 contraditório entre as partes, caso contrário, pode haver distorções dos significados das imagens para ambas as partes.

Ressalte-se, portanto, que essencial à interpretação e valoração da prova em vídeo é a própria forma de produzi-la: mediante contraditório, com possibilidade de intervenção das partes, congelamento das imagens, indicação de cenas específicas etc.. Isso só é possível com a exibição em audiência ou sessão de julgamento, na presença dos representantes do autor e do réu. Do contrário, a prova em vídeo se incorpora ao processo de forma escrita, documentada em papel, o que impede a observação dos aspectos citados.

Do mesmo modo, ainda que haja perícia sobre o vídeo, é de ressaltar que essa perícia estará adstrita a verificar questões técnicas como a autenticidade, a ausência de edição, a possibilidade de distorções decorrentes das condições da filmagem etc.. A verificação do conteúdo do vídeo em si, para o fim de se analisar se ele corrobora determinada tese fática, é função do juiz e das partes.

Somente nessas condições, entendemos que a prova em vídeo teria sim capacidade de atingir o *standard* da prova além da dúvida razoável, desde que esse meio de prova fosse devidamente produzido e interpretado a partir da linguagem digital da qual o julgador e as partes tivessem domínio. Entretanto, como já exposto anteriormente, o vídeo tem uma linguagem para a qual o operador do Direito não recebeu treinamento, sobretudo no processo penal brasileiro, em que, excetuadas as circunstâncias do júri, a atuação das partes é ainda tímida. A corroborar esse fato, basta chamar a atenção para a orientação do STJ¹¹ face à mudança implementada no art. 212

¹¹ STJ – 5ª turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, Agravo regimental no RE AgRg no REsp 1287558 RJ 2011/0253553-4 (STJ). Data de julgamento: 12/03/2014.

Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25016980/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1287558-rj-2011-0253553-4-stj>

do CPP (interrogatório direto de testemunhas pelas partes, com atuação meramente subsidiária do julgador, determinado pela redação dada pela Lei 11.690/2008); de acordo com esse tribunal, a nulidade decorrente da inobservância da nova forma de arguição depende de arguição oportuna e tempestiva da parte e, principalmente, de demonstração de prejuízo.

Isso, por si só, sinaliza o quão despreparados se encontram os profissionais brasileiros para a oralidade na produção das provas.

Em seguida desponho a segunda observação: pesquisas indicam que, além de o juiz não saber interpretar a imagem, ele a interpreta por meio de outras provas, ou seja, de maneira indireta. Se já é difícil atingir o *standard* da prova além da dúvida razoável com a prova em vídeo em razão da complexidade na interpretação das imagens, ainda quando o seu conteúdo seja amplamente debatido e submetido a testes, a tarefa se torna ainda mais complexa quando esse vídeo não é exibido e discutido pelos sujeitos do processo, mas de forma indireta, ou seja, por intermédio de narrativas ou outros meios de prova.

Como será demonstrado a seguir, uma análise indireta da prova em vídeo somada ao despreparo do juiz e das partes para interpretar as imagens inviabiliza o alcance da persuasão máxima da prova exigida no processo penal para a condenação, ou seja, está muito aquém do *standard* da prova além da dúvida razoável.

2.5 A comparação da análise indireta da prova em vídeo e a prova indiciária

A dogmática jurídica define que a prova será direta quando os meios de prova tradicionais (testemunhal, documental, pericial, inspeção judicial, reconhecimento etc..) recaírem sobre o fato investigado, ou seja, quando a fonte de prova (testemunha, documento, objeto periciado, pessoa que realiza o reconhecimento) detém ela própria a informação sobre o fato que é alvo de apuração em juízo. Assim, por exemplo, o testemunho de quem viu o suspeito atirar contra a vítima, ou um vídeo que contém as imagens desse fato.

Já a prova indireta ou indiciária - ainda de acordo com a dogmática - versa sobre outro fato - diverso daquele apurado em juízo - que permite concluir, por meio de inferências lógicas, o fato investigado. Por exemplo, o testemunho de quem viu o suspeito fugindo do local do crime, ou um vídeo que contém as imagens desse fato indiciante. Nesse sentido:

A prova classificada como direta traduz objetivamente, perante o juiz, a ocorrência de um fato. A prova tida por indireta ou lógica o é, precisamente, e por não retratar ela mesma o *fato probando*; pelo contrário, retrata-se, nela, apenas, um *outro fato*, que muitos denominam fato auxiliar ou *fato base*, o qual levará à percepção do *fato probando* (fato principal, controvertido nos autos) (ALVIM NETTO, 2012, p. 1060).

Todavia, se analisarmos a fundo os raciocínios inferenciais que o juiz precisa fazer para apurar a verdade dos fatos a partir de qualquer meio de prova, chegaremos à conclusão de que toda prova é de certa forma indireta, pois mesmo no caso de um meio de prova que verse sobre o fato investigado o juiz ainda precisa fazer inferências sobre a credibilidade da própria fonte de prova utilizada. Por exemplo, um depoimento testemunhal sobre o fato investigado é considerado dogmaticamente uma prova direta. No entanto, numa análise mais atenta, concluímos que essa prova não pode ser considerada direta, pois o juiz tem que fazer uma análise sobre a credibilidade da testemunha. O juiz somente conclui que o fato que a testemunha narrou é verdadeiro se a partir da análise de um outro fato - análise da credibilidade da testemunha - ele presume que o depoimento é verdadeiro. Da mesma forma acontece com a prova em vídeo, que, ainda que verse sobre o fato investigado, é necessário que o juiz analise circunstâncias e fatos indiciantes para verificar se aquele meio de prova é idôneo, como questões sobre a legitimidade do vídeo, o ângulo de captação das imagens etc..

Dessa forma, a prova de alguma maneira sempre é indireta, o que aparentemente exprime uma obviedade já que nem mesmo o vídeo - considerado o meio de prova mais impactante - pode ser considerado representação direta da realidade. Em verdade, não há diferença estrutural entre a prova direta e a prova indireta; ambas dependem de raciocínio lógicos inferenciais, a serem realizados, em regra, pelo julgador. Assim, pode-se dizer que ambas as provas refletem um juízo de probabilidade acerca dos fatos (GUEDES, 2013, p. 349; SCHAUER, 2003, p. 92-107).

Ao considerarmos que toda prova é de certa forma indireta, pois o juiz sempre faz inferências para analisar um meio de prova, não estamos igualando as modalidades que a dogmática denomina de prova direta e indireta. Se tivermos, por exemplo, uma prova em vídeo versando sobre o fato investigado, e há possibilidade de produzir direta ou indiretamente, é claro que o grau de persuasão e a possibilidade de testar essa prova é maior se for analisada diretamente; é uma questão de gradação, pois é menor a quantidade de inferências que o juiz terá que fazer para apurar a verdade sobre os fatos. Na primeira hipótese (prova direta), a fonte de prova está mais próxima do fato probando; ao passo que, na segunda (prova indireta ou indiciária) a fonte de prova apenas relata ou representa um fato indiciante.

A virtude de um vídeo que é considerado uma prova direta (ou seja, de um vídeo cujo conteúdo reproduz o fato *probando*), sob o ponto de vista da dúvida razoável, é que o vídeo (que não reproduz plenamente a realidade) produz um impacto mais fidedigno do fato investigado que o depoimento de uma testemunha por exemplo. O vídeo nos faz crer que aquela é uma narrativa mais verosímil, em razão desse impacto audiovisual.

Em verdade, o impacto da prova em vídeo é tamanho que aproxima o juiz, sob certa perspectiva, a uma testemunha do fato *probando*, eis que estará assistindo cenas relativas a este mesmo fato. Embora deva ser frisado, como já se fez, que o conteúdo do vídeo não constitui reprodução fiel da realidade, não se pode desprezar o fato de que, nesse caso, o juiz deverá ser cauteloso apenas com a própria percepção e com as armadilhas a que esta se submete; ao revés, quando analisa a prova testemunhal ou pericial, por exemplo, estão em jogo, a um só tempo, a percepção do juiz sobre o depoimento ou o laudo pericial, e a análise da própria fonte de prova (testemunha e perito, nos casos exemplificados).

Por essa razão, embora o vídeo possa retratar diretamente um crime, se o juiz não assiste diretamente às cenas deste, ele tem que fazer várias inferências lógicas para chegar a uma conclusão. A primeira inferência que ele tem que fazer é de que a narrativa daquele vídeo constante numa denúncia, num testemunho ou numa perícia é uma narrativa verdadeira. A segunda inferência é de que o ângulo que o vídeo foi filmado também é uma posição favorável à correspondência com a verdade. A terceira

inferência que ele tem que fazer é de que o vídeo é legítimo, ou seja, não contém nenhuma adulteração, e assim sucessivamente.

Dessa forma, quando o juiz analisa a prova em vídeo de forma indireta, ou seja, não assiste diretamente ao vídeo, ele fica mais distante do fato que pretende apurar. Destarte, embora a prova em vídeo demonstre o fato investigado - considerada prova direta - se o juiz não assiste ao vídeo ela passa a se aproximar da ideia de prova indireta, em razão das inúmeras inferências que o juiz tem que fazer para chegar a uma conclusão. O vídeo acaba perdendo a qualidade de prova direta quando não é assistido e exibido no processo, pois o juiz e as partes ficam distanciados de seu conteúdo. Logo, o debate que se desenvolve em torno do conteúdo dessa prova, bem como a conclusão alcançada no julgamento, partirá de um meio de prova muito mais semelhante à prova indiciária que à prova direta.

E, nesse ponto, é preciso ressaltar que, como será visto adiante, tanto a doutrina como a jurisprudência consideram a prova indiciária, por sua complexidade e pela exigência de controle dos raciocínios efetuados para se confirmar a hipótese fática, como uma prova mais frágil.

Haverá, no caso do vídeo que não é exibido ou assistido no processo, meios de prova interpostos, sejam eles as narrativas constantes da denúncia (que acabam virando meios de prova), sejam documentos ou depoimentos testemunhais que se refiram aos vídeos, e até perícias (quando esta é meramente narrativa).

Desse modo, é possível concluir que o tratamento do vídeo produzido e analisado indiretamente pelo juiz e pelas partes deve ser o mesmo tratamento dedicado à *probatio indireta*.

2.6 A análise indireta da prova em vídeo e a inviabilidade de se alcançar o *standard* da prova além da dúvida razoável

Há, em geral, certa hesitação por parte da doutrina e da jurisprudência em se conferir à prova direta valor idêntico àquele que se atribui à prova indireta. Conquanto o princípio da persuasão racional não permita pré-estabelecer uma regra estanque e

inflexível no sentido de uma hierarquia entre esses tipos de prova, é inegável que o distanciamento maior da prova indiciária permite a conclusão lógica de que, de uma forma geral, esta é mais frágil que a prova direta.

Nesse sentido, a jurisprudência penal reflete a dificuldade de se condenar o réu com base em provas indiciárias, indiretas ou circunstanciais. Em alguns casos, se estabelece até mesmo a impossibilidade de fazê-lo. Vejamos:

TRF 3ª Região, 5ª turma, Relator Desembargadora Federal Suzana Camargo, recurso de apelação ACR 17160 SP 95.03.017160-1. Data de julgamento: 13/11/1995.¹²

3 - A prova indiciária não autoriza a condenação quando isolada nos autos, ausentes outros elementos probatórios que pudessem indicar, com margem de segurança, a prática do ilícito pelo acusado, e que não permitissem uma explicação lógica diferente (destaque nosso).

TRE-BA – Relator Orlando Isaac Kalil Filho, recuso criminal RECR 254 BA, Data de publicação: 29/09/1998.¹³

Recurso criminal alicerçada em meros indícios. Absolvição. 2 – Mérito: provas meramente indiciárias são insuficientes para condenação dos acusados, mormente quando não corroboradas nas vias judiciais (destaque nosso).

A prova indiciária é então considerada por muitos doutrinadores uma prova mais frágil, pois – assim como na prova indireta - ela não demonstra diretamente aquele fato que se está investigando, ela demonstra um outro fato que por um raciocínio se permite presumir o fato investigado.

O perigo da prova indiciária é a quantidade de inferências lógicas que o juiz tem que fazer; e da mesma forma quando se tem um meio de prova interposto, como na prova em vídeo, essa quantidade de inferências também vai aumentar na medida em que o juiz se distancia do vídeo. Daí a razão da analogia, pois, da mesma forma que acontece com a prova indiciária, o juiz é obrigado a fazer um número de raciocínios inferenciais maior na análise indireta do vídeo.

¹² Disponível em: <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17592403/apelacao-criminal-acr-17160-sp-9503017160-1-trf3>

¹³ Disponível em: <http://tre-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23173196/recurso-criminal-recr-254-ba-treba>

Se a prova indiciária é considerada mais frágil e se o modelo de constatação do processo penal é o mais rigoroso possível (*standard* da prova além da dúvida razoável), existe, obviamente, uma incompatibilidade entre este e a possibilidade daquela prova ser suficiente para condenação. Ou, pelo menos, existe, em princípio, impossibilidade de compatibilização de prova indireta fundada num só indício com a conclusão pela ocorrência do crime e por sua autoria.

De forma análoga, afigura-se impossível admitir a condenação criminal baseada unicamente na prova em vídeo, quando esta tenha sido produzida e analisada de forma indireta, ou seja, a partir da narrativa das partes, das testemunhas ou da vítima; a partir do conteúdo do laudo pericial etc..

É importante frisar que, em que pesem posições doutrinárias em contrário, entendemos que a prova indiciária não é necessariamente mais frágil que a prova direta; ela está a uma distância maior da verdade dos fatos, exige um número de raciocínios inferenciais maior do juiz e precisa ser confirmada por uma quantidade maior de elementos probatórios. No entanto, quando se tem uma pluralidade de indícios convergentes e concordantes pra um mesmo fato, a prova indiciária pode ser tão forte como uma prova direta. Não se exige que a condenação se baseie em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

Diante de todo exposto, concluímos que só é possível o alcance do *standard* da prova além da dúvida razoável por meio da prova em vídeo se esta for bem interpretada pelo juiz. Isso significa pleno domínio da linguagem digital pelo julgador e análise direta do vídeo. Ou seja, a análise do vídeo por intermédio de terceiros quando era possível ao juiz assistir o vídeo, não permite alcançar o *standard* do processo penal, principalmente se o vídeo é o único meio de prova.

3 ANÁLISE DE CASOS

Os quatro estudos de caso selecionados neste trabalho são parte de um grupo de 380 decisões dos tribunais nos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, uma pesquisa empírica sobre a utilização da prova em vídeo realizada por RICCIO *et al* (2016) na Universidade Federal de Juiz de Fora. O levantamento de dados abrangeu os anos de 2008 - 2012.

Optou-se por analisar neste trabalho quatro casos criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais extraídos do universo de 40 acórdãos que se referiam a processos que tivessem tratado em algum momento de prova em vídeo. Todas as decisões estão relacionadas ao ano de 2010 e envolveram quatro casos criminais que foram decididos em recursos em que o vídeo foi analisado de forma indireta.

Este trabalho procura analisar como os argumentos judiciais são produzidos pelos desembargadores no 2º grau de jurisdição. Trata-se de analisar como os desembargadores atuam para reforçar ou rechaçar um fato determinado ou uma posição em relação à outra no que diz respeito à prova em vídeo como suporte às decisões, bem como os argumentos utilizados por eles.

3.1 O caso de latrocínio tentado:¹⁴

3.1.1 Síntese da acusação e das provas produzidas

Este recurso de apelação criminal trata de denúncia por latrocínio tentado, em que os fatos narrados teriam ocorrido em um posto de gasolina, onde a alegada ação criminosa foi registrada pelas câmeras de segurança do referido local.

Segundo a versão da acusação, o réu Roger Rodrigues, agindo em concurso com outros dois autores, Luciano e Francis, teriam tentado subtrair mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, alguma importância em dinheiro existente no caixa do Posto de Gasolina Bruna Ltda.. No decorrer dos fatos, Roger teria sacado a

¹⁴ TJMG, Apelação Criminal 1.0024.06.150326-4/002, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. 11.11.2010, publicado em 26.11.2010, disponível em <http://www5.tjmg.jus.br>, acesso em 4.5.2016.

arma que trazia consigo e, de surpresa e com *animus necandi*, efetuado um disparo em direção a vítima José Manoelino de Souza, vindo a atingir-lhe o rosto. Estando a vítima já caída no chão, teria Roger, outra vez, com *animus necandi*, desferido outro disparo, desta vez atingindo as costas da vítima. Após os disparos, Roger e os demais autores teriam desistido do roubo e fugido do local. A vítima foi socorrida e encaminhada para atendimento médico, teria realizado cirurgia para retirada dos fragmentos de bala.

A acusação entendeu não existir liame subjetivo entre as condutas de Roger e dos demais envolvidos, e assim veio a denunciar apenas Roger pela suposta prática do crime de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal), enquanto os coautores Luciano e Francis foram incursores apenas pela prática do crime de roubo majorado tentado.

Em sua defesa, em sede de interrogatório, o réu negou a intenção de roubar o estabelecimento e negou a autoria do crime de latrocínio.

Foram colhidos os depoimentos de duas testemunhas que presenciaram os fatos, da vítima e do réu, bem como foi realizado um exame pericial do vídeo interno do posto de gasolina.

Em juízo, Roger confessou que esteve no posto de gasolina e efetuou os disparos de arma de fogo contra a vítima José Manoelino, mas negou a intenção de roubar o estabelecimento. Ele afirmou que foi naquele local tirar satisfações por questões de ordem pessoal com a vítima, e ainda que, a vítima teria o agredido primeiro.

A vítima José Manoelino por sua vez declarou que não conhecia e nunca tinha visto o acusado Roger anteriormente, e que ele não esteve no posto para tirar satisfação de qualquer ordem com ele. A vítima reconheceu o acusado Roger como sendo o autor da tentativa de roubo, bem como dos disparos de arma de fogo que a atingiram.

A testemunha Edson Vieira presenciou toda a empreitada criminosa e relatou em detalhes a ação do acusado Roger e demais autores.

"(...) o depoente estava fechando o caixa quando o elemento chegou anunciando o assalto; que não houve tentativa de reação ao assalto; que assim que o elemento atirou no senhor Manoelino e este caiu no chão o outro já correu em direção ao carro; que o carro era um Santana (...) que o depoente fez o reconhecimento na depol de dois elementos; que o depoente reconheceu por foto o que se encontra às fls. 16 e o que se encontra às fls. 21 (...) que o acusado que estava armado anunciou o assalto dizendo: perdeu, perdeu, todo mundo, passa o dinheiro"; que não houve nenhuma discussão entre o assaltante que estava armado e o senhor Manoelino (...) que assim que Manoelino virou o rosto, já foi atingido pelo tiro (...) que o segundo disparo ocorreu quando o senhor Manoelino já estava caído no chão (...)"

A testemunha Valdeir de Matos Vieira não prestou declarações em juízo, mas tão somente em sede policial, e segundo relatado no acórdão narra de igual forma o *modus operandi* utilizado pelo acusado Roger e demais autores quando da prática do crime.

Segundo se extrai do acórdão, a perícia do vídeo do circuito interno do estabelecimento comercial teria concluído apenas pela confirmação das características físicas do réu com as descrições feitas pelas testemunhas e pela vítima.

Não há, no acórdão, referência ao fato de o juiz de primeiro grau ou de os desembargadores terem assistido ao vídeo ou de ter havido exibição em audiência ou sessão de julgamento.

A sentença condenou o acusado Roger pela prática de crime de roubo tentado (art. 157, § 2º, I e II c/c art. 14, II, todos do Código Penal). Insatisfeito, o Promotor de Justiça interpôs recurso de apelação requerendo a condenação de Roger pela prática do crime de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal), entendendo existirem provas suficientes do *animus necandi* de Roger.

3.1.2 Conclusão do juiz relator e elementos de prova utilizados

O juiz relator deu provimento ao recurso do Promotor de Justiça com relação ao acusado Roger Rodrigues dos Santos para condená-lo pela prática do crime de latrocínio tentado (art. art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal). Para tanto, o

Relator fundamentou seu voto principalmente nos depoimentos de duas testemunhas que presenciaram os fatos e nas declarações da vítima, tendo todos eles reconhecido o acusado Roger como o autor dos disparos efetuados no local do crime.

O desembargador se convenceu da tentativa de latrocínio praticada pelo acusado Roger em razão das declarações das testemunhas oculares e da vítima, que declararam o anúncio do roubo e posteriormente dos dois disparos efetuados contra a vítima.

O desembargador ainda destaca, citando jurisprudência, a importância da palavra da vítima em crimes patrimoniais, alegando que seu único interesse seria identificar o culpado, e não prejudicar um possível inocente:

"(...) A palavra da vítima, sobretudo em crimes de repercussão patrimonial, é de extrema valia, especialmente quando descreve com firmeza o modus operandi, e reconhece, do mesmo modo, a pessoa que praticou o delito, imediatamente, uma vez que seu único interesse é identificar o culpado, porque se assim não fora, grassaria odiosa e absurda impunidade. Recurso improvido" (TJMG - AC 1.0024.00.143176-6/001 - 1ª Câmara Criminal - Rel. Des. Sérgio Braga - j. 20/04/2004).

Apenas de forma complementar à sua fundamentação, o relator menciona que as características físicas do réu verificadas no laudo pericial do vídeo do circuito interno do estabelecimento são corroboradas pelos depoimentos da vítima e das testemunhas.

3.1.3 Resposta às perguntas

1 - A prova em vídeo, realizada e interpretada de forma indireta, foi o principal elemento de prova que fundamentou a decisão?

Resposta: Não.

2 - Em caso negativo, que outros meios de prova foram utilizados?

Resposta: prova testemunhal (uma única testemunha ouvida em juízo e depoimento de outra em sede policial) e depoimento da vítima.

3 - É possível extrair do acórdão alguma justificativa para o vídeo não ter sido exibido/assistido?

Resposta: Não.

3.1.4 Análise crítica dos resultados

Considerando que o *standard da prova além da dúvida razoável* exige a ausência de possibilidades lógicas e objetivas de comprovação de uma tese contrária ou alternativa à imputação contida acusação, afigura-se correto afirmar que, à luz dos meios de prova produzidos nos autos, seria possível, a partir da exibição do vídeo, das duas, uma: confirmar de forma mais contundente a tese da acusação, ou, ainda, oportunizar a dúvida razoável acerca dos fatos narrados pelas testemunhas e pela vítima, diante de uma possível contradição entre o conteúdo do vídeo e tais narrativas.

Diante disso, parece que não há como analisar a obtenção do *standard* probatório almejado no processo penal sem considerar os elementos de prova contidos nos autos e a forma pela qual foram obtidos e valorados. No caso da prova em vídeo, o modo como foi obtida (simples juntada aos autos e considerações das testemunhas e peritos sobre o conteúdo do vídeo) gerou a incompletude da análise e, portanto, a impossibilidade de se alcançar a certeza máxima, dentro das possibilidades daquele processo.

Todavia, ainda que se considere que o *standard* de prova além da dúvida razoável tenha sido alcançado, parece correto reforçar que o fato de o vídeo ser exibido em audiência/sessão teria corroborado a conclusão no sentido da condenação ou, ainda, poderia ter atuado em sentido contrário, de confirmar a tese defensiva.

Observe-se que, nos depoimentos (judicial e extrajudicial) há afirmação de que o réu teria ingressado no recinto e imediatamente anunciado o assalto, no exato momento em que uma das testemunhas fechava o caixa. Ato contínuo, teria atirado na vítima pela primeira vez e, caindo esta no chão, o réu teria disparado o segundo tiro. Por sua vez, o réu alega que chegou a discutir com a vítima e que por ela teria sido agredido antes de efetuar os disparos. Alega, ainda, que não possuía a intenção de roubar ou assaltar, mas, simplesmente, “tirar satisfação” acerca de suposto envolvimento daquele com a esposa do réu.

Nota-se, portanto, que, de acordo com as narrativas da acusação e da defesa, a dinâmica dos fatos teria sido totalmente diversa e, ainda, que não fosse possível extrair do vídeo o conteúdo exato dos diálogos, o gestual dos envolvidos e a sequência das cenas poderiam ser esclarecedores tanto no sentido de confirmar a tentativa de latrocínio como no sentido de desacreditar minimamente a tese da acusação, tendendo para a narrativa do acusado. Na segunda hipótese, a dúvida razoável poderia ocasionar a desclassificação, em benefício do acusado.

Todavia, como já se assinalou, não há nenhuma menção de o desembargador ter assistido ao vídeo, seja no julgamento inicial ou no recurso.

Note-se que a importância do conteúdo do vídeo pode ser corroborada pela existência de laudo pericial sobre seu conteúdo, a indicar a respectiva relevância.

O modo de produção da prova - análise indireta a partir o laudo pericial - é, portanto, uma forma de fragilizar a prova.

Neste caso, os dois desembargadores revisores acompanharam o voto do juiz relator e o acusado Roger foi condenado pelo crime de latrocínio tentado. A citação do que foi descrito no vídeo é um elemento suplementar para a decisão, sendo que o argumento principal utilizado pelo desembargador foram os depoimentos das testemunhas e da vítima.

3.2 O caso do estelionato:¹⁵

3.2.1 Síntese da acusação e das provas produzidas

Este recurso de apelação criminal trata de um caso de estelionato alegadamente praticado pelo acusado Abel Almeida, ocorrido em uma agência do Banco do Brasil, e toda a ação foi registrada pelas câmeras de segurança do referido estabelecimento.

¹⁵ TJMG, Apelação Criminal 1.0105.03.097767-9/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Júlio Cezar Gutierrez, j. 10.03.2010, publicado em 23.04.2010, disponível em <http://www5.tjmg.jus.br>, acesso em 11.05.2016.

Segundo a versão da acusação, o réu Abel Almeida, fazendo-se passar por um funcionário do Banco do Brasil, teria oferecido ajuda à vítima, que pretendia sacar o valor de R\$240,00 de seus proventos da aposentadoria, e teria dele se apoderado. Para tanto, Abel instruiu a vítima a passar o seu cartão magnético e digitar a senha. A partir deste momento, ele teria assumido o comando da operação e, tão logo o caixa eletrônico expeliu o dinheiro da conta da vítima, ele teria passado o seu próprio cartão e sacado a quantia de R\$ 10,00, alegando que ambos os saques vieram da sua própria conta, e que o valor referente à aposentadoria da vítima seria liberado somente no dia seguinte.

A versão da defesa, na descrição do Relator, “confusa”, seria no sentido de que o réu não tinha conhecimento do fato. Dá, ainda, a entender, o relator, que o réu teria afirmado pretender apenas um saque no valor de R\$ 10 (dez reais), tendo o caixa eletrônico liberado dois saques, nos valores de R\$ 240,00 e R\$ 10,00, apesar de o réu, alegadamente, só ter passado o cartão uma única vez.

O réu Abel foi denunciado e sentenciado pela prática do crime de estelionato previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal. Inconformada, a Defesa interpôs recurso de Apelação pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da prescrição; e no mérito, pede a absolvição de Abel pela falta de dolo, alegando falta de provas hábeis à condenação com fundamento no princípio do “*in dubio pro reo*”. Não sendo esse o entendimento, pede a redução da pena imposta e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Em sede policial e em juízo, o acusado negou os fatos a ele imputados.

Foi colhido o depoimento da vítima Maria Aparecida que reconheceu Abel como a pessoa que lhe enganou se fazendo passar por funcionário do banco.

"(...) que a declarante reconhece, sem sombra de dúvida a pessoa de Abel Almeida que encontra-se sentado no banco desta Depol, como sendo a pessoa que na data de 13/06/03 (feriado do Santo Antônio), por volta das 15h, aproveitando de sua ingenuidade lhe aplicou o golpe, lesando no valor de R\$ 240,00; (...);" (Maria Aparecida de Sousa, fls. 09 - grifei);

Foram ouvidos o gerente do banco Mauro Ubaldo e um policial militar Jefferson Figueiredo Torres, tendo ambos declarado que assistiram as imagens do vídeo do circuito interno do banco e reconheceram o acusado Abel que estava presente como a pessoa que aparecia nas imagens auxiliando a vítima.

"(..) que o depoente pode afirmar que a pessoa de Abel Almeida é o mesmo que estava na filmagem no dia dos fatos e que foi apontado pela vítima como sendo quem teria pegado os R\$ 240,00; (...)" (Mauro Ubaldo Costa, fls. 18 grifei).

"(...) que Abel realmente era o autor do estelionato ocorrido, haja vista o banco possuir um sistema de câmeras, tendo sido feito a filmagem de Abel que estava na companhia da vítima na operação em um dos caixas eletrônicos; que o declarante assistiu a filmagem em companhia da vítima, de sua filha Maura, Sd. Ronald Santos, tendo todos reconhecido o elemento que estava na filmagem como sendo Abel; (...)" (Jefferson Figueiredo Torres, fls. 19/21 - grifei).

Não há no relatório referência ao procedimento de reconhecimento de pessoa, nos moldes dos arts. 226 e 228 do CPP.

Também foi produzida uma prova documental do extrato bancário da conta de Abel do dia dos fatos, o qual revela um único saque em sua conta no valor de R\$10,00. Por outro lado, comprovou-se a retirada da conta da vítima, no valor de R\$ 240,00, àquela data e horário.

Não há menção sobre qualquer perícia realizada no vídeo do circuito interno do estabelecimento comercial.

3.2.2 Conclusão do juiz relator e elementos de prova utilizados

O juiz relator negou provimento ao recuso da Defesa mantendo a sentença da prática do crime de estelionato (art. 171 do Código Penal). Para tanto, o desembargador fundamentou sua decisão principalmente no depoimento da vítima que reconheceu Abel, *em audiência*, como autor do crime e das testemunhas que assistiram ao vídeo e também reconheceram o acusado presente como a pessoa que aparecia nas imagens do vídeo.

De forma complementar, o desembargador adverte sobre a prova documental produzida pela acusação, qual seja, o extrato bancário de Abel, o qual revela informações que contradizem a versão apresentada pelo mesmo.

3.2.3. Resposta às perguntas

1 - A prova em vídeo, realizada e interpretada de forma indireta, foi o principal elemento de prova que fundamentou a decisão?

Resposta: Parcialmente, quanto à autoria. A materialidade do crime foi comprovada, principalmente, por prova documental (extratos bancários).

2 - Em caso negativo, que outros meios de prova foram utilizados?

Resposta: No que tange à autoria, o reconhecimento da vítima em audiência também foi utilizado. No tocante à materialidade, foram utilizados o depoimento da vítima, de forma complementar à prova documental.

3 - É possível extrair do acórdão alguma justificativa para o vídeo não ter sido exibido/assistido?

Resposta: Não

3.2.4. Análise crítica dos resultados

Neste caso, os dois juízes revisores concordaram com a sentença do juiz relator e a condenação foi mantida. As declarações do que foi descrito no vídeo pelas testemunhas foram um dos argumentos principais utilizados pelo desembargador para fundamentar sua decisão no tocante à autoria, aliadas ao reconhecimento feito pela vítima em audiência.

Não há nenhuma menção de o desembargador ter assistido ao vídeo, seja no julgamento inicial ou no recurso. O acusado negou a autoria do delito, mas não o fato de ter estado na agência bancária com a vítima no momento do crime. Nesse sentido, o reconhecimento indireto, via *vídeo*, foi corroborado pela própria narrativa do réu que, apesar de não ter confessado o crime, narra ter auxiliado a vítima na data e horário em

que teria ocorrido o crime. Ainda, o fato de o réu ter passado o cartão magnético para a retirada do valor de R\$ 10,00 corrobora sua presença na agência à data do fato.

Note-se, pois, que, apesar da fragilidade do reconhecimento do réu, efetuado em audiência e mediante análise indireta do vídeo, a própria narrativa da defesa é compatível com a conclusão sobre a presença do acusado no dia dos fatos, de forma que não se vislumbra como o vídeo poderia gerar dúvida razoável quanto a esse fato. Em verdade, afigura-se que o vídeo serviu muito mais como meio de obtenção de prova, a fim de se encontrar a identidade do réu para oferecer a denúncia, do que como meio de prova da autoria propriamente dita, já que, na fase processual, esta não é discutida.

Desse modo, apesar de inapropriado e irritual o reconhecimento efetuado, a ausência de dúvidas quanto ao fato de o réu ter estado com a vítima no momento do crime afasta a alegação de nulidade desse meio de prova.¹⁶

No entanto, ainda nos restam dúvidas se o *standard* da prova além da dúvida razoável foi alcançado de forma inquestionável. Parece correto afirmar que a análise direta do vídeo teria utilidade tanto para corroborar a tese da acusação como para colocá-la em xeque, uma vez que a dinâmica dos fatos poderia sugerir, por exemplo, que a própria vítima teria sacado o valor de R\$ 240,00, sem a ajuda do réu. Há, ainda, a hipótese, factível, de que a vítima não tenha aguardado a liberação do valor sacado e que outra pessoa o tivesse retirado “desavisadamente”.

Dessa forma, o modo como a prova em vídeo foi analisada - de forma indireta - gerou a incompletude da análise e, portanto, a impossibilidade de se alcançar a certeza máxima possível que é exigida pelo *standard* da prova além da dúvida razoável para a condenação. O fato de o réu negar ter subtraído o dinheiro da vítima em todas as oportunidades que teve no processo reforça esse argumento.

¹⁶ “Não se reconhece ilegalidade no posicionamento do réu sozinho para o reconhecimento, pois o art. 226, inc. II, do CPP, determina que o agente será colocado ao lado de outras pessoas que com ele tiverem qualquer semelhança ‘se possível’, sendo tal determinação, portanto, recomendável mas não essencial.” (STJ, 5ª Turma, HC 7802/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 20.5.1999, DJ 21.6.1999, disponível em <http://www.stj.jus.br>).

Não nos parece ainda apropriado não ter sido realizada uma perícia para verificar a autenticidade das imagens do vídeo, considerando a facilidade de adulteração desse tipo de mídia visual.

3.3 O caso do roubo:¹⁷

3.3.1 Síntese da acusação e das provas produzidas

Trata-se de dois recursos de apelação criminal, um interposto pela acusação e outro pela defesa, e se refere a um caso de roubo qualificado pelo concurso de duas pessoas e com uso de arma de fogo, ocorrido no interior de um ônibus urbano na cidade de Belo Horizonte, onde a ação criminosa foi registrada pelas câmeras de segurança do referido veículo.

Segundo a versão da acusação, os acusados Rafael e Lucas, em concurso de vontades e mediante grave ameaça exercida com arma de fogo, subtraíram da empresa de ônibus R\$ 25,00 (vinte e cinco reais), entre dinheiro e vales-transportes e alguns pertences dos passageiros que se encontravam no veículo. Os acusados Lucas e Rafael foram denunciados pela prática do delito disposto no art. 157, §2º, I e II, do CP.

Foram colhidos os depoimentos das vítimas Maria Soares e Gilson de Abreu, os réus Lucas e Rafael foram interrogados, bem como foram anexado aos autos duas imagens que foram registradas pelo circuito interno de vídeo instalado no interior do ônibus.

Em fase policial, a vítima Maria Soares reconheceu veementemente os dois acusados Lucas e Rafael como autores do roubo no ônibus. Não há, contudo, referência ao procedimento de reconhecimento previsto nos arts. 226 e 228 do CPP, pelo que se conclui pela sua não ocorrência. Em juízo, também de forma irregular, Maria reconhece o acusado Rafael, mas hesita a princípio em reconhecer o acusado Lucas, e depois declara "*melhor observando o acusado Lucas, não tem dúvidas em reconhecê-lo*".

¹⁷ TJMG, Apelação Criminal 1.0024.08.996636-0/001, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Fernando Starling, j. 05.05.2010, publicado em 02.06.2010, disponível em <http://www5.tjmg.jus.br>, acesso em 11.05.2016.

A outra vítima, Gilson de Abreu, motorista do ônibus, em juízo, reconhece apenas o acusado Rafael como sendo um dos autores, asseverando que "*o outro era bem escuro, não se parecendo com nenhum dos dois acusados aqui presentes*". Também declarou que o acusado Rafael "*encostou um objeto duro na altura do abdômen do declarante; que, ainda, ficou o tempo todo dizendo ao declarante: 'seu filho da puta, se você parar te estouro a cabeça'*".

O acusado Lucas, tanto na fase inquisitorial quanto em juízo, nega os fatos a ele imputados, ressaltando sequer conhecer o corréu Rafael.

Já o acusado Rafael afirma em fase policial que praticou o delito em concurso com o acusado Lucas. Em juízo, muda a versão dos fatos, declarando que praticou o delito em concurso com "*Alexandre de tal*", vulgo "*Luca*", apontando-o como morador do Bairro Lindéia.

Segundo se extrai do acórdão, foram extraídas duas imagens do vídeo gravado pela câmara instalada dentro do ônibus e foram anexadas ao processo.

A sentença absolveu o acusado Lucas, e condenou o acusado Rafael pela prática de crime de roubo (art. 157, § 2º, I e II do Código Penal) à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, para cumprimento no regime semiaberto e ao pagamento de 13 (treze) dias/multa.

O Promotor de Justiça interpôs recurso de apelação requerendo a condenação do acusado Lucas, alegando haver provas suficientes da autoria. A Defensoria interpôs recurso de apelação em defesa do acusado Rafael pugnando pelo reconhecimento do princípio da insignificância, a incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, o decote das majorantes do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, e, por fim, a isenção das custas processuais.

3.3.2 Conclusão do juiz relator e elementos de prova utilizados

O juiz relator negou provimento ao recurso do Promotor de Justiça com relação ao acusado Lucas mantendo a absolvição do mesmo, em face do princípio do "*in dubio*

pro reo". Para tanto o desembargador fundamentou sua decisão principalmente em torno da contradição em torno da palavra da vítima Maria, que hesitou em reconhecer o acusado Lucas em juízo, bem como da falta de reconhecimento do acusado pela vítima Gilson.

O juiz relator também levou em consideração a negativa de autoria do acusado Lucas e as declarações do corréu Rafael, que mudou sua versão dos fatos em juízo negando ser Lucas o coautor do crime.

Com relação ao recurso de apelação impetrado pela Defensoria referente ao acusado Rafael, o juiz relator deu parcial provimento. Negou o reconhecimento do princípio da insignificância em razão da violência e grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo. Na falta do exame pericial da arma (que não foi apreendida) o juiz relator fundamentou principalmente com base nas duas imagens extraídas do vídeo gravado pela câmera de segurança do ônibus e pelas declarações da vítima Gilson. Adicionalmente, o desembargador alerta para todos os pertences subtraídos das vítimas que se encontravam dentro do ônibus, dentre celulares, relógios e MP3, ultrapassando aquilo que se entende como insignificante.

Negou reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea em razão da impossibilidade de se reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase de aplicação da pena.

Negou a decotação da majorante do emprego de arma de fogo com fundamento, como já mencionado anteriormente, nas duas imagens extraídas do vídeo gravado pela câmera de segurança do ônibus e pelas declarações da vítima Gilson que recebeu diretamente a ameaça com a arma.

Por fim, negou também a decotação da majorante do concurso de pessoas. Para tanto se baseou na própria confissão do acusado Rafael que declarou ter praticado o delito em concurso com outra pessoa, seja ele o acusado Lucas ou não, bem como nas duas imagens registradas pelo circuito de câmera interno do coletivo, onde entendeu notar claramente a atuação de dois agentes no roubo ora praticado.

De todos os pedidos da Defensoria, o desembargador concedeu somente a isenção das custas processuais.

3.3.3 Resposta às perguntas

1 - A prova em vídeo, realizada e interpretada de forma indireta, foi o principal elemento de prova que fundamentou a decisão?

Resposta: Não.

2 - Em caso negativo, que outros meios de prova foram utilizados?

Resposta: depoimento da vítima.

3 - É possível extrair do acórdão alguma justificativa para o vídeo não ter sido exibido/assistido?

Resposta: Não.

3.3.4 Análise crítica dos resultados

a) Com relação ao acusado Lucas

No presente acórdão não consta expressamente quais os argumentos utilizados pelo Promotor nas razões recursais para tentar comprovar a autoria do acusado Lucas, mas tudo indica que as imagens em vídeo não foram utilizadas na argumentação, pois do contrário, o juiz relator teria rebatido essa tese no acórdão.

Em razão da falta de segurança no reconhecimento¹⁸ do acusado Lucas pelas vítimas, o desembargador não conseguiu atingir o *standard* de prova além da dúvida

¹⁸ “É um absurdo quando o juiz questiona a testemunha ou vítima se ‘reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato’. Essa ‘simplificação’ arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do ‘livre convencimento do juiz’, a prática é ilegal e absurda. É ato formal que visa confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa. O problema é a forma como é feito o reconhecimento. Em audiência, o código afasta apenas o inciso III (que pode perfeitamente utilizado...). Logo, não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...) pois descumpra a forma e é um ato induzido. Contudo, os juízes fazem a título de ‘livre convencimento’...” (LOPES, 2012, pp. 681-682).

razoável. No caso de dúvida, decidiu pela manutenção da absolvição por falta de provas da autoria delitiva.

b) Com relação ao acusado Rafael

O desembargador atingiu o *standard* de prova além da dúvida razoável na manutenção da majorante do concurso de pessoas. O fundamento da decisão se baseou nas imagens extraídas do vídeo, nos depoimentos das vítimas que declararam que a ação foi praticada por dois agentes, bem como pela confissão do acusado Rafael que declarou ter agido em concurso com outra pessoa.

Da mesma forma o referido *standard* parece também ter sido alcançado quando da manutenção da majorante do emprego de arma de fogo. O desembargador fundamentou sua decisão com base nas imagens extraídas do vídeo que foram anexadas no processo e nas declarações da vítima Gilson.

Se a arma de fogo realmente aparece nas imagens anexadas ao processo (fato não confirmado pelo desembargador), o conteúdo do vídeo, aliado ao depoimento da vítima seriam suficientes para reconhecimento de tal majorante. No entanto, entendemos ser imprescindível a realização de uma perícia para verificar, para além de qualquer dúvida razoável, a autenticidade das imagens extraídas do vídeo, considerando a facilidade de adulteração desse tipo de mídia visual.

Ainda, não há nenhuma menção de o desembargador ter assistido ao vídeo, seja no julgamento inicial ou no recurso, o que poderia reforçar a prova da majorante de emprego de arma de fogo.

Neste caso, os dois juízes revisores concordaram com a sentença do juiz relator.

3.4 O caso do furto:¹⁹

3.4.1. – Síntese da acusação e das provas produzidas

¹⁹ TJMG, Apelação Criminal 1.0699.09.102152-6/001, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Celeste Porto, j. 05.10.2010, publicado em 20.10.2010, disponível em <http://www5.tjmg.jus.br>, acesso em 11.05.2016.

Este recurso de apelação criminal trata de um caso de furto, ocorrido nas dependências de um hospital, onde a ação criminosa foi registrada pelas câmeras de segurança do referido local.

Segundo a versão da acusação, o réu Ademir Gusvão ingressou no estacionamento destinado aos funcionários do referido hospital, arrombou a porta de um veículo Parati, de propriedade de Karla Daniela de Assis Vasconcelos, e subtraiu do seu interior um aparelho de CD e um aparelho de DVD automotivos.

O acusado Ademir foi denunciado e sentenciado nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal Brasileiro, à pena privativa de liberdade de dois anos de reclusão, regime inicial fechado, e ao pagamento de vinte dias-multa, unitariamente no mínimo legal.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de Apelação pugnando pela absolvição de Ademir alegando ausência de provas da autoria delitiva. Pede também a isenção de custas.

O vídeo extraído do circuito interno da câmera do hospital deu ensejo ao reconhecimento do acusado. Ao assistirem ao vídeo, os policiais militares conseguiram identificar a pessoa que aparecia nas imagens como sendo acusado Ademir Gusvão, pois o mesmo já era conhecido no meio policial como pessoa contumaz na prática de delitos dessa natureza. Embora se refira a “policiais” no plural, o desembargador só faz referência ao depoimento de um policial militar, Dárcio da Silva Andrade, às fls.05 e 62 (ao que tudo indica em sede policial e em juízo, respectivamente).

De forma complementar, o desembargador menciona o reconhecimento da vítima Karla e da testemunha Elaine, que assistiram ao vídeo, e afirmaram que o acusado Ademir, ora preso em flagrante, e o sujeito que aparecia nas imagens do vídeo se tratavam da mesma pessoa em razão de semelhança, roupas que vestia e a posse de uma bicicleta amarela.

O acusado Ademir negou a autoria do delito.

3.4.2 Conclusão do juiz relator e elementos de prova utilizados

O juiz relator deu provimento parcial ao recurso do Promotor de Justiça para manter a condenação pela prática do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal). Para tanto, o desembargador fundamentou sua decisão principalmente no depoimento do policial militar Dárcio que reconheceu o acusado através das imagens do vídeo, bem como e declarações da vítima e da testemunha, tendo também reconhecido o acusado como o sujeito que aparece nas imagens do vídeo.

O desembargador se convenceu da autoria delitiva em razão das imagens do vídeo que foram utilizadas para o reconhecimento do acusado.

3.4.3 Resposta às perguntas

1 - A prova em vídeo, realizada e interpretada de forma indireta, foi o principal elemento de prova que fundamentou a decisão?

Resposta: Sim.

2 - Em caso negativo, que outros meios de prova foram utilizados?

Resposta: -

3 - É possível extrair do acórdão alguma justificativa para o vídeo não ter sido exibido/assistido?

Resposta: Não.

3.4.4 Análise crítica dos resultados

Aparentemente entendemos que o *standard* de prova além da dúvida razoável pode ter sido alcançado. Ainda assim parece correto afirmar que o fato de o vídeo ser exibido em audiência/sessão teria corroborado a conclusão no sentido da condenação ou, ainda, poderia ter atuado em sentido contrário, de confirmar a tese defensiva.

Vislumbra-se a possibilidade, ainda que remota, mas possível, de uma rixa pessoal entre o único policial que prestou depoimento em fase judicial e o acusado, tendo em vista que o próprio policial declarou que já conhecia o acusado antes do dia dos fatos, o que poderia ter alterado a conclusão sobre a autoria. Também há críticas que se faz na doutrina quanto ao reconhecimento informal, quando a vítima é questionada se reconhece o acusado, única pessoa presa e algemada, como autor do delito, considerando ser um ato induzido.

Assim, por mais que nesse caso, aparentemente, tenha sido atingido o standard da prova além da dúvida razoável, não nos parece apropriado a não exibição do vídeo em audiência/sessão ou ao menos ter sido assistido diretamente pelo juiz/desembargador. Se existe um vídeo que contém as imagens dos fatos em apuração (ainda que não seja considerada reprodução da realidade), o mesmo deve ser analisado de forma direta para atingir a certeza máxima possível exigida pelo *standard* dos casos criminais, especialmente nos casos em que o acusado tenha negado a autoria do delito.

Dessa forma, percebe-se que modo de produção da prova - análise indireta a partir do depoimento testemunhal - é, portanto, uma forma de fragilizar a prova. Não há nenhuma menção de o desembargador ter assistido ao vídeo, seja no julgamento inicial ou no recurso.

Neste caso, os dois juízes revisores concordaram com a sentença do juiz relator e o acusado Ademir foi condenado pelo crime de furto, mas teve decotada a condenação de reparação de danos à vítima, bem como foi isento do pagamento de custas.

CONCLUSÕES

A partir do trabalho empreendido, foram alcançadas as seguintes conclusões:

No Capítulo 1 demonstramos a importância da pesquisa sobre a utilização do vídeo no processo em razão de seu elevado poder de persuasão, aliado ao despreparo dos operadores do Direito para lidar adequadamente com esse tipo de prova, considerando o aumento contínuo da utilização de mídia audiovisual no processo judicial em razão dos avanços tecnológicos ocorridos nos últimos anos.

Adiante, fizemos uma exposição acerca dos métodos de verificação dos fatos pelo juiz e dos sistemas probatórios atinentes a cada método. Seriam eles o sistema da íntima convicção, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional, sendo este último predominante no Brasil.

Sobre a questão da função demonstrativa ou persuasiva da prova, concluímos por uma concepção mista, que não exclui nenhuma dessas funções por entendermos que elas se complementam. Embora preponderante a função demonstrativa da prova que defende a finalidade de descobrir uma verdade possível dos fatos, não há como negar a atividade persuasiva da prova que tem a finalidade de alcançar o convencimento do juiz, o que seria a função persuasiva da prova.

Nesse contexto do convencimento do juiz, achamos interessante a discussão acerca da iniciativa instrutória do juiz no processo. Sobre essa questão, parece-nos correto que a ingerência excessiva do juiz na instrução probatória compromete sua parcialidade, na medida em que o juiz poderá assumir o papel equivalente ao do acusador, cumprindo, no lugar deste, o ônus de provar a prática do crime pelo réu.

Procuramos exemplificar por meio de casos verídicos divulgados da mídia nacional a importância da prova em vídeo na elucidação desses casos e de outros, bem como o modo como esse meio de prova tem sido utilizado no processo direcionado ao convencimento do juiz.

No Capítulo 2 foram expostas as proposições acerca do caráter ilusório da prova em vídeo e seu poder de persuasão, as considerações sobre a necessidade de controlar o raciocínio do juiz quando da valoração das provas no processo, bem como sobre a impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta. A partir desse panorama surgem os *standards* probatórios, que são critérios para orientar a análise da prova pelo juiz, ou seja, são esquemas que funcionam como diretivas para o julgador no momento da valoração da prova. Destacamos nesse trabalho o *standard* probatório utilizado nos casos criminais da *prova além da dúvida razoável*. Dedicamo-nos a pesquisar se a prova em vídeo (considerando a complexidade de sua interpretação) seria capaz de alcançar o *standard* probatório dos casos criminais, ou seja, se uma condenação criminal baseada numa prova em vídeo pode ser considerada segura.

Como conclusão, acreditamos que sim; a prova em vídeo tem capacidade de alcançar o *standard da prova além da dúvida razoável*, mas desde que os profissionais do Direito superem a barreira do analfabetismo audiovisual. Para isso, deverão ser observados mecanismos e técnicas de produção e valoração da prova, sendo imprescindível: a exibição do vídeo em audiência/sessão de julgamento em contraditório amplo e oral; a presença do juiz e das partes nessa exibição; e a análise direta do conteúdo do vídeo pelo juiz.

Aliás, com relação a análise direta do conteúdo do vídeo pelo juiz, outra conclusão alcançada nesse capítulo foi a de que a análise indireta da prova em vídeo pelo juiz é tão frágil como, em geral, se reputa a prova indiciária. Embora o vídeo possa retratar diretamente um crime, se o juiz não o assiste diretamente, ele tem que fazer várias inferências lógicas para chegar a uma conclusão, estando mais distante do fato que pretende apurar. Tal procedimento assemelha-se muito a prova indiciária, e esta, não atende o *standard da prova além da dúvida razoável*.

Por fim, fizemos análise de quatro decisões criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais relacionado ao ano de 2010 que foram decididos em via recursal a fim de verificar como os julgadores estão formando seu convencimento nos processos em que existe a prova em vídeo, e, principalmente, averiguar o comprometimento com o *standard* exigido para os casos criminais em cada um deles.

A análise dos acórdãos em questão aponta para um menor comprometimento com o *standard da prova além da dúvida razoável*, visto que em todos os casos não há exibição do vídeo em audiência/sessão de julgamento, e nem foi assistido diretamente pelo julgador. Importante ressaltar que em nenhum caso é possível extrair do acórdão alguma justificativa para o vídeo não ter sido exibido ou assistido diretamente pelo julgador, o que nos leva a crer, ao menos em princípio, que tal possibilidade era viável.

Observa-se ainda que as referências à prova em vídeo como fundamentação da decisão são bastante restritas, não constituindo elemento prioritário para confirmar uma condenação pelos desembargadores na maioria dos casos. A prova em vídeo, portanto, não é o meio de prova central no processo convencimento dos julgadores, que utilizam em regra outros meios de prova como argumento para embasar suas decisões, como a prova testemunhal e o depoimento da vítima.

A partir dos casos analisados conclui-se também para uma negligência acerca da avaliação pericial sobre a autenticidade do vídeo utilizado como prova no processo, considerando a facilidade de adulteração desse tipo de mídia visual nos dias de hoje.

A análise dos casos, dessa forma, corrobora as conclusões alcançadas no capítulo 2 deste trabalho, na medida em que, em três dos quatro acórdãos analisados entendemos que o *standard* da prova além da dúvida razoável não foi atingido em sua completude, embora tal proposição fosse perfeitamente possível.

Para tanto, era necessário que os profissionais do Direito tivessem consciência da complexidade interpretativa exigida para análise da prova em vídeo de maneira a superar o já citado analfabetismo audiovisual. Deveriam, dessa forma, terem sido observados mecanismos de produção e valoração da prova a seguir:

- a exibição do vídeo em audiência/sessão de julgamento em contraditório amplo e oral;
- a presença do juiz e das partes nessa exibição;
- e a análise direta do conteúdo do vídeo pelo juiz.

Se há uma possibilidade considerada factível, ainda que improvável, de que a tese da defesa possa se confirmar, todos os meios de prova disponíveis no processo devem ser analisados e produzidos de maneira que se permita chegar o mais próximo da verdade quanto possível. E a análise indireta da prova em vídeo – presente em todos os acórdãos – não permite essa aproximação máxima com a verdade.

Se existe um vídeo nos autos que contém as imagens dos fatos em apuração (ainda que não seja considerada reprodução da realidade), o mesmo deve ser analisado de forma direta para atingir a certeza máxima possível exigida pelo *standard* dos casos criminais, especialmente nos casos em que o acusado tenha negado a autoria do delito.

Enfim, produzida da maneira descrita acima, concluímos ser segura uma condenação criminal baseada em prova em vídeo.

REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. 15ª ed.. São Paulo: RT, 2012.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios no processo penal. (2008) Disponível em: http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev04/revista_04.pdf
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. RePro, São Paulo: RT, n.35, abr-jun. 1984.
- BLAT, J. C. G., SARAIVA, S. *O caso da favela naval: polícia contra o povo*. São Paulo: Contexto, 2000.
- CARAMANTE, André. Mulher de executivo da Yoki confessa ter matado e esquartejado o marido. 08.06.2012. Folha de S. Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/06/1101075-mulher-de-executivo-da-yoki-confessa-ter-matado-e-esquartejado-o-marido.shtml>
- DIDDIER, F. *Curso de direito processual civil*, v. 2, 6. ed. Salvador: Juspodium, 2011.
- EXICK, Patricia e SILBEY, Susan. *The Common Place of Law*. Chicago Series in Law and Society. 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4 ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.
- FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna, Società editrice il Mulino, 2004
- FEIGENSON, Neal. SPIESEL, Christina. *Law on display: the digital transformation of legal persuasion and judgment*. New York University, 2009.
- FEIGENSON, N. *Thinking Beyond the Shown: implicit inferences in evidence and argument*. Law, Probability and Risk, v. 6, 2007.
- FUSELLI, Stefano. *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*. Disponível em: <http://www.dsg.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid933391>. Acesso em: 30/03/2016.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho*. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Processo e garantias: a motivação das decisões penais*. São Paulo, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 7, n.27, jul-set, 1999. Disponível em:

http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/879424/mod_resource/content/1/U8%20-%20Grinover%20-%20A%20iniciativa....pdf

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. 2013.

GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

KNIJNIK, Danilo. Os *Standards* do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle (separata). *Revista Forense (Impresso)*, Rio de Janeiro, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9ª Ed. Saraiva, 2012.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1969.

MATHESON, Kelly. TEIXEIRA Pedro. NERI, Priscila. “*Video como prova jurídica para a defesa dos direitos humanos no Brasil*”. Witness e Artigo 19. Publicado em 10.12.2015. Disponível em: <http://artigo19.org/blog/2015/12/10/video-como-prova-juridica-para-defesa-dos-direitos-humanos-no-brasil/>

MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:K6Qf7IPoGckJ:www.marinoni.adv.br/files/_A%2520QUEST%25C3%2583O%2520DO%2520CONVENCIMENTO%2520JUDICIAL.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000, v.II.

MERLEAU-PONTY. *L’Oeil et l’Esprit*. Paris: Gallimard, 1964.

NEVES, Braulio. MAIA, Rousiley. *Imagens estarecedoras: telejornalismo e processos de accountability*. Sociedade Brasileira de Pesquisa em Jornalismo 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/Nicole/Downloads/196-784-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Nicole/Downloads/196-784-1-PB%20(1).pdf)

NÓVOA, Antonio. *As palavras das imagens. Retratos de professores (séculos XIX-XX)*, 2001. Disponível em <http://hdl.handle.net/10451/671>. Acesso em 30.03.2016.

RICCIO, Vicente. GUEDES, Clarissa Diniz. SILVA, Bernalda Messias da Silva. MATTOS, Rogério Silva de. *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. Editora RT, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. São Paulo, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SHERWIN, Richard. FEIGENSON, Neal. SPIESEL, Christina. *Law in the Digital Age: How Visual Communication Technologies are Transforming the Practice, Theory, and Teaching of Law*. Boston University Journal of Science and Technology Law, 2006.

SHERWIN, Richard. *Visualizing Law In The Age of The Digital Baroque*. Routledge Taylor&Francis Group, New York: 2011.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities and stereotypes*, 2003.

SILBEY, J. (2008), Cross-Examining Film. Race, Religion, Gender & Class. Vol 8(17).

SILVA, Alexandre Souza. Título: A prova em vídeo no processo penal sob um enfoque de direitos humanos. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2016.

SILVA, Beronalda Messias da. Título: Provas em vídeo: uma análise discursiva das decisões das varas criminais da comarca de Minas Gerais e São Paulo dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012. Dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2015.

TAIT, D. Rethinking the role of the image in justice: visual evidence and science in the trial process. *Law, Probability and Risk*. 2007, V. 6.

TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. 51 American Journal of Comparative Law 659 2003.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução espanhola Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009. Tradução de: La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução espanhola Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2009.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: juiz e a construção dos fatos*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. M Carbonell e P. Salazar. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, 2005.

TARUFFO, Michele. *Rethinking the standards of proof*. American Journal of Comparative Law, 2003.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Revista da Escola Paulista da Magistratura, v.2, n.2, jul-dez/2001.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.