



MARIA JÚLIA INÁCIO CORRÊA

**A LINGUAGEM CORPORAL COMO MEIO DE PROVA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**LAVRAS – MG
2022**

MARIA JÚLIA INÁCIO CORRÊA

**A LINGUAGEM CORPORAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Bruno Henrique Gonçalves

**LAVRAS – MG
2022**

MARIA JÚLIA INÁCIO CORRÊA

**A LINGUAGEM CORPORAL COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Aprovado em X de setembro de 2022

Dr. Bruno Henrique Gonçalves
Dra. Alessandra Margotti dos Santos Pereira
Dr. Fernando Nogueira Martins Júnior

Prof. Dr. Bruno Henrique Gonçalves
Orientador

**LAVRAS – MG
2022**

RESUMO

O processo penal no ordenamento jurídico brasileiro busca com prioridade a proteção dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade daquele que é posto em julgamento, a fim de proporcionar à vítima de determinado crime a necessária segurança jurídica sem que, para tanto, haja qualquer abuso do poder punitivo do Estado. Há que se falar que se objetiva, em segundo plano, conhecer do ato ou fato criminoso para que, após formado o convencimento de todas as partes envolvidas no processo, se faça possível obter uma sentença justa e, portanto, devidamente fundamentada.

Para que esse objetivo seja alcançado, a atividade probatória é imprescindível e pode ser exercida amplamente, desde que respeitados os direitos e princípios fundamentais atinentes a todos os envolvidos com a sua produção.

Neste ensejo, o presente trabalho pretende trazer à tona a análise da linguagem corporal como sendo um potencial meio probatório. Assim, cabe discutir a sua inserção em nosso sistema jurídico à luz dos ditames impostos pelo Estado Democrático de Direito e pelo Processo Penal Democrático.

Palavras-chaves: Estado Democrático de Direito. Processo Penal Democrático. Prova. Linguagem corporal.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	1
2. O cenário do Direito Processual Penal Brasileiro.....	2
2.1. O sistema jurídico brasileiro à luz da teoria do constitucionalismo democrático.....	2
2.2. O sistema processual penal pátrio: breve análise acerca dos sistemas inquisitivo e acusatório.....	6
2.3. O processo penal constitucional.....	8
3. A prova no processo penal: teoria geral da prova no processo penal.....	12
3.1. Atividade probatória e a busca pela verdade no processo penal.....	12
4. A admissibilidade da análise corporal como meio de prova em detrimento aos limites colocados à atividade probatória.....	15
5. A possibilidade, legalidade e utilidade da linguagem corporal como meio de prova...19	
5.1 A linguagem corporal.....	20
5.2. A relação entre análise da linguagem corporal como meio de prova e os princípios constitucionais do direito processual penal.....	21
6. Considerações Finais.....	23
7. Referências Bibliográficas.....	25

1. Introdução

Aury Lopes Júnior (2021) ensina que o processo penal, além proteger os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos no processo, busca a reconstrução de um fato para o seu posterior julgamento. Para tanto, as provas se revelam imprescindíveis uma vez que atuam como ferramentas que comprovam a autenticidade da reconstituição dos fatos e contribui significativamente para o convencimento de todos os interessados no processo no sentido de que aquilo que se apresenta e que se tem por objeto do julgamento é o mais próximo possível da verdade dos fatos.

Para que seja possível analisar a possibilidade de utilização de um meio probatório inominado no processo penal, faz-se mister entendermos o contexto que ele está inserido. Deste modo, ressaltamos que o Direito Processual Penal pátrio se insere em um ordenamento jurídico que tem por fundamento o Estado Democrático de Direito e busca a promoção da dignidade humana por meio da observância de princípios e direitos fundamentais. Em específico, o sistema processual penal adotado é o acusatório, por meio do qual se vê a separação das partes processuais com a finalidade principal de evitar o abuso do poder punitivo estatal.

Sabemos que as partes processuais no sistema acusatório são tratadas de forma igualitária e para garantir essa igualdade processual, um princípio assume grande importância, qual seja: o princípio do contraditório e da ampla defesa, contemplado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988). Neste cenário, entendemos que a análise da linguagem corporal contribui de maneira significativa para a garantia da ampla defesa, sobretudo quando considerado o aspecto positivo deste princípio.

Acreditamos que, em razão de se aproximar das provas periciais, a linguagem corporal precisará enfrentar os mesmos obstáculos que elas. Permeia a discussão acerca da violação do direito ao silêncio e ao princípio da não autoincriminação. Sobre tal questão, acredita-se na possibilidade da aplicação da interpretação da linguagem corporal como meio probatório quando, antes de iniciar a tomada de declarações, o declarante autorizar a sua realização (SILVA, 2014).

Ante o exposto, destacamos que o presente trabalho terá como finalidade discutir brevemente acerca da legitimidade, utilidade e possibilidade da linguagem corporal como meio de prova no direito processual penal pátrio. Para tanto, passaremos por uma discussão

acerca do ordenamento jurídico pátrio, trazendo à tona a sua concepção pós-positivista, sob à luz da teoria do constitucionalismo democrático de Ronald Dworkin; em seguida abordaremos o processo penal como ferramenta de garantia dos direitos fundamentais das partes. Trata-se do chamado processo penal democrático; indo além, destacaremos a prova, instrumento fundamental no processo penal; e por fim, levantaremos a discussão acerca da linguagem corporal como meio de prova. Tema principal deste estudo e que se revela como uma potencial garantidora do mínimo fundamental no bojo da persecução criminal.

2. O cenário do Direito Processual Penal Brasileiro

2.1. O sistema jurídico brasileiro à luz da teoria do constitucionalismo democrático.

O sistema jurídico brasileiro é organizado com bases no que Ronald Dworkin denomina de constitucionalismo democrático. Para entendermos melhor o pensamento deste renomado jurista e filósofo do direito, faz-se mister compreendermos, a priori, a sua concepção política, uma vez que, a partir dela surgiram os valores interpretativos formadores da teoria de Dworkin.

Se considerarmos o liberalismo tradicional, ao dar ênfase à liberdade individual, fazia crescer também a desigualdade social. Noutra giro, quando o Estado prioriza a igualdade, faz parecer que está restringindo as liberdades individuais. Neste sentido, diante da aparente tensão para garantia da liberdade ou da igualdade, surge o chamado liberalismo igualitário, corrente adotada por Dworkin. O liberalismo igualitário, é assim chamado por aderir uma interpretação acerca do liberalismo distinta daquela do liberalismo tradicional. O liberalismo igualitário representa uma tentativa de equilibrar a liberdade e a igualdade, ou seja, busca-se a dissolução da tensão existente entre estes dois princípios. Para tanto, há um movimento que busca preservar as bases do liberalismo tradicional sem deixar de lado a promoção da igualdade por meio de políticas públicas (FRANCO, 2018).

O ideal político de Dworkin nos permite entender a sua perspectiva acerca do constitucionalismo e da democracia. Ensina o autor e filósofo do Direito que o constitucionalismo possui duas funções principais, quais sejam: a divisão dos poderes - Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, no caso do Brasil e a previsão de direitos fundamentais que se sobressaem mediante a vontade soberana (FRANCO, 2018).

Neste sentido, para cumprir com a segunda proposição do constitucionalismo, o Poder Judiciário recebe o encargo de tutelar os direitos fundamentais nos aspectos material, estrutural e processual. Assim, cabe ao Judiciário garantir a preservação da Constituição de

modo que sejam aplicados os direitos fundamentais nela previstos ainda que isto signifique ir contra, e conseqüentemente anular, uma norma criada pelo Poder Legislativo que, em tese, representa a vontade do povo, da maioria.

Conforme bem explica Sousa Júnior, Cardoso e Araújo (p. 53, 2020) "o constitucionalismo, portanto, vai se desenvolvendo para assegurar aos indivíduos direitos fundamentais que transformem a pessoa humana em elemento primordial do Estado em sua concepção moderna".

Neste diapasão, indo além das conceituações e objetivos do Constitucionalismo na perspectiva de Dworkin, vislumbramos que a materialização da garantia de direitos fundamentais desejada pode ser alcançada por meio da hermenêutica jurídica que, por sua vez, será traduzida na interpretação dos dispositivos legais.

Mas afinal, como será feita essa interpretação? Para melhor explicar, tomaremos como exemplo a atividade interpretativa realizada pelo judiciário. De acordo com Dworkin devemos inicialmente lidar com o problema acerca da racionalidade. Isto porque, ao adotarmos o paradigma do Estado Democrático de Direito - aquele que preza pelo Direito com caráter participativo, pluralista e aberto, pelo qual o povo a ele submetido se sente como pessoas livres, iguais e co-autoras das leis que as regem - faz-se necessário que as decisões proferidas provoquem a segurança jurídica e a aceitabilidade racional. Em outras palavras, conforme explica Menelik de Carvalho Netto (2004), as decisões do judiciário devem, a um só tempo, reforçar a crença na legalidade e trazer o sentimento de justiça, que se dá por meio da adequação da norma às decisões do caso concreto, ou seja, através da hermenêutica.

Para que possamos tratar da democracia, segundo pilar do sistema jurídico brasileiro por nós considerado, destacamos que, conforme ensina Dworkin (1995), trata-se de um regime político do povo, à grosso modo, é o governo do povo. Neste sentido, os membros de uma sociedade fazem coisas em conjunto que não poderiam ser feitas de maneira individual, tal como escolher os seus líderes. Somado a isso, a democracia pode ser entendida como "sistema de resolução pelo povo das questões públicas sobre os temas mais relevantes à coletividade" (SOUSA JÚNIOR; CARDOSO e ARAÚJO, p. 52, 2020). Como regime de governo, a democracia se traduz no meio mais legítimo para se alcançar as vontades do povo. Há que se notar que Dworkin considera a existência de dois tipos de ações coletivas por meio das quais a democracia se externa: a estatística e a comunitária.

A concepção estatística diz respeito às ações realizadas por um grupo no exercício de uma função específica, sem a noção de pertencimento a um grupo. Em outras palavras, diz

respeito a uma atitude coletiva pela qual cada participante age visando o seu interesse próprio. Quando se fala de uma democracia estatística, Dworkin (1995) mostra que as decisões são tomadas considerando a maioria dos votos, das decisões ou desejos dos cidadãos enquanto indivíduos.

A ação coletiva comunitária, a seu turno, é comprometida com a alteridade e se manifesta em uma ação coletiva que vai além da estatística (acatar o pedido da maioria em números), mas trata de uma ação em conjunto, de uma decisão tomada por um grupo. A sociedade se compromete com a vontade geral e deixa de lado seus interesses próprios. Nas palavras de Dworkin (p. 4, 1995) "requer dos indivíduos que assumam a existência do grupo como entidade separada ou fenômeno". Deste modo, as decisões são tomadas por uma entidade distinta dos cidadãos individualizados, mas, sim, pelo povo, enquanto entidade, considerando, portanto, a vontade geral. Aquilo que, a nosso ver, representa não o melhor para cada cidadão em sua particularidade, mas o bem comum.

Dworkin, ao tratar da democracia estatística afirma que não se trata puramente de uma maioria ou pluralidade de pessoas tomem uma decisão. Quando se trata dessa democracia em uma estrutura constitucional, faz-se mister considerar outros fatores que conferem legalidade ao que foi decidido e, por consequência, à democracia adotada. Neste sentido, conforme explica Dworkin, a democracia estatística será minimamente legal quando: proteger o direito de todo adulto votar e participar das decisões políticas; de ter a independência moral necessária para participar dessas decisões; e que o processo político trate todos os cidadãos com a mesma consideração e respeito. Resultado disso é que mesmo na democracia estatística, que não nos parece a mais adequada, o constitucionalismo irá garantir a aplicação de alguns direitos fundamentais, tais como a liberdade de consciência, de religião e de expressão política.

Inobstante isto, ao nosso sentir, o filósofo descarta a democracia estatística como sendo a ideal e legítima, uma vez que Dworkin entende que a democracia, sob a égide das ações coletivas estatísticas, por vezes irá acarretar decisões injustas em razão da necessidade de atender aos interesses da maioria. Fazendo isso, não só os interesses, mas também os direitos fundamentais da minoria são suprimidos.

Noutro giro, Dworkin nos mostra que, por vezes, o constitucionalismo será visto como um fenômeno que ameaça a liberdade positiva (aquela que permite que o povo elabore suas próprias leis), sobretudo quando temos em vista a concepção comunitária da democracia. Neste ensejo, para mostrar que a ameaça não possui fundamentos, Dworkin apresenta que

para que a democracia comunitária seja dotada de legalidade, a comunidade deve ser estruturada de modo que seus indivíduos se sintam como parte de um todo, e uma parte independente.

Explica Dworkin que cada indivíduo deverá ter a oportunidade de assumir uma função na comunidade de modo que possa fazer a diferença nas decisões políticas. Além disso, as "decisões coletivas devem refletir igual consideração pelos interesses de todos os membros" (DWORKIN, 1995). Por fim, a comunidade deve ser dotada de agentes morais, que percebam que os julgamentos morais e éticos são de suas próprias responsabilidades e não de uma unidade coletiva.

Diante de todo o exposto até aqui conclui-se que, quando se coloca em prática o que Dworkin pretende com a teoria do constitucionalismo, não há que se falar em supressão da vontade do povo e tampouco dos direitos fundamentais, uma vez que, para o seu exercício são criadas condições democráticas que não podem sofrer alterações conforme a vontade de uma maioria estatística. Dworkin denomina essas condições de participação moral em uma determinada comunidade política e são elas que legitimam as decisões contramajoritárias do judiciário em um governo democrático.

Estamos certos, pois, de que o Constitucionalismo não arrefece a democracia. Neste sentido, entendemos ser perfeitamente possível que a teoria do constitucionalismo seja aplicada ao sistema jurídico brasileiro - que se instala em um Estado Democrático de Direito. Portanto, a esta altura, nos cumpre explicar como que o constitucionalismo, na perspectiva de Dworkin, pode ser relacionado com o sistema jurídico processual, mais especificamente, com o sistema processual penal brasileiro. Para tanto, trazemos à tona a visão de Aury Lopes Júnior que, ao nosso sentir, se aproxima do raciocínio formulado por Dworkin.

Aury Lopes Júnior (2021) entende a constitucionalização do processo penal como algo essencial. Ensina o autor que trata-se de um movimento imprescindível para a instituição de garantias mínimas aos envolvidos na persecução criminal. Ensina o autor que a constitucionalização do processo penal é o que garante a sua legitimidade, uma vez que o processo penal democrático só pode ser dado como legítimo quando, enquanto instrumento legislativo quando estiver "a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas" (LOPES JÚNIOR, p. 23, 2021).

Em suma, entende-se que, assim como Dworkin vê a constitucionalidade como forma de limitar os poderes (legislativo, executivo e judiciário), bem como a vontade soberana do povo - quando se trata de um regime democrático -, Aury Lopes Júnior (2021) aduz que o

processo penal constitucional representa uma proteção contra o abuso do poder punitivo do Estado.

2.2. O sistema processual penal pátrio: breve análise acerca dos sistemas inquisitivo e acusatório

Até o momento buscamos realçar as importantes contribuições trazidas pela teoria do constitucionalismo. Vimos que a constitucionalização representa uma importante ferramenta em prol da garantia dos direitos fundamentais e que, ao contrário do que se pode pensar, a teoria exposta por Dworkin contribui para legitimar e materializar a democracia em nosso país. No entanto, apesar de tamanha relevância, a constitucionalização do ordenamento jurídico brasileiro ocorreu, tão somente, quando da instituição do Estado Democrático de Direito e com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

No presente trabalho reconhecemos, portanto, as benesses trazidas pela teoria da constitucionalização nas mais diversas áreas do Direito. Porém, nos interessa trazer pormenorizado as características do processo penal, bem como os efeitos causados pela constitucionalização.

Em tempos anteriores à adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, quando o sistema jurídico brasileiro ainda não havia passado pelo fenômeno da constitucionalização, o direito processual penal assumia a forma inquisitiva e a proteção dos princípios e garantia dos direitos fundamentais, quando presentes, ficavam em segundo plano. Deste modo, o que se tinha na persecução criminal não só eram suprimidos tais direitos e princípios, como não se podia garantir que não aconteceria o abuso do poder estatal.

Em que pese tratar do sistema processual inquisitivo, ensina Aury Lopes Júnior (2021) que o sistema acusatório surge em decorrência de transformações ao longo do século XII e impera até o século XIV, quando o sistema acusatório é novamente instituído (antes da instituição do sistema inquisitivo, predominava o acusatório). Substancialmente, o sistema inquisitivo reúne as funções de acusar e de julgar nas mãos de um só órgão (Poder Judiciário) ou pessoa (juiz). Não há que se falar em contraditório e tampouco em imparcialidade, uma vez que é o próprio julgador que busca a prova e decide, com fundamento naquelas que ele mesmo produziu.

O sistema processual inquisitivo torna extintas as ideias de um processo dividido em partes com distintas funções (acusar, defender e julgar) na mesma medida em que fere a publicidade processual. "O juiz-inquisidor atua de ofício e em segredo, assentando por escrito

as declarações das testemunhas (cujos nomes são mantidos em sigilo, para que o réu não os descubra)" (LOPES JÚNIOR, p. 15, 2021).

Em resumo, o sistema inquisitivo possui como característica: a) iniciativa probatória por parte do juiz; b) não divisão das funções processuais (acusar, defender e julgar); c) viola o princípio do *ne procedat iudex ex officio* (que se traduz na regra da inércia da jurisdição) uma vez que é permitida a atuação *ex officio* do juiz; d) parcialidade do juiz; e e) ausência do contraditório pleno (LOPES JÚNIOR, 2021).

O sistema processual acusatório, por sua vez, é aquele pelo qual a figura do juiz se mantém afastada da iniciativa probatória. Aqui, é aplicado o princípio da inércia da jurisdição e vê-se a imparcialidade do órgão julgador. Neste sentido, há no sistema acusatório a separação das funções processuais (acusar, defender e julgar) que faz com que a acusação e a defesa sejam detentoras do ônus probatório.

Em outras palavras, caracterizam o sistema processual penal acusatório:

"a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição" (LOPES JÚNIOR, p. 15, 2021)

A Constituição Federal de 1988, ao prever a existência do juiz natural e do princípio do contraditório (art. 5º, incisos XXXVII, LIII e LV, respectivamente) traz ao processo penal a garantia da imparcialidade e participação das partes (acusação e defesa). Indo além, ao tratar da persecução criminal, a Carta Magna, em seu art. 129, inciso I, prevê que a acusação fica a cargo do Ministério Público, reforçando, assim, a divisão de funções no seio do processo penal. A partir dessas previsões constitucionais é possível depreendemos que o processo penal desenhado adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro se enquadra no sistema processual acusatório.

A interpretação sistemática do nosso ordenamento jurídico não deixa dúvidas de que adotamos o sistema acusatório. A própria Constituição ao prever a separação das funções no processo penal, o princípio da inércia da jurisdição, o princípio do contraditório e da ampla

defesa, além de outros princípios que implicam em uma participação ativa da acusação e defesa na persecução, retira do juiz o papel de protagonista do processo. Ora, não há como dizer que adotamos o sistema inquisitivo quando, na realidade processual brasileira, nenhuma das partes é tão somente espectadora. Fato é que independe de previsão normativa acerca do sistema processual adotado, a prática processualista brasileira, por força da constituição, adota o sistema acusatório.

2.3. O processo penal constitucional

O processo penal constitucional nada mais é do que aplicar o movimento de constitucionalização à persecução criminal. Ao tratar de constitucionalização, Luís Roberto Barroso (2009) afirma ser um processo de transformação de Política em Direito, ou seja, quando determinada matéria é prevista na constituição, ela se transforma em uma pretensão jurídica.

Ocorre que a Constituição aponta não só para o ser (o direito punitivo do Estado), mas para o dever-ser (como esse direito deve ser posto em prática) (CHUEIRI; GODOY, 2010). Diante dessa afirmativa, a conclusão que entendemos ser possível é que o processo penal atual, por força da constitucionalização, não apenas se traduz em uma série de procedimentos e regras que devem ser seguidas para que seja possível condenar ou absolver o réu, porquanto, vai além disso. Ao legitimar o poder punitivo do Estado quando há um direito de terceiro lesionado, faz com que essa punição, quando necessária, ocorra de modo a resguardar, também, a dignidade do réu.

Em resumo: o processo penal constitucional é aquele que guarda observância às garantias mínimas individuais na mesma medida em que distingue e dá a sujeitos distintos as funções processuais de acusar, defender e julgar. Tudo isso com o fito de que não haja abusos por parte do Estado, detentor do direito de punir. Assim, o Direito Processual Penal não é encarregado somente de fazer valer o direito material previsto pelo Código Penal. Na atual conjuntura, cabe à persecução criminal respeitar os princípios e direitos fundamentais com vistas à proteção da dignidade humana (COGAN, 2008).

Conforme explica Aury Lopes Júnior (2021) o processo penal democrático é legitimado pela sua serventia à garantia dos direitos fundamentais. É a instrumentalidade constitucional que legitima o processo. Assim, o autor destaca ao menos seis princípios básicos que devem ser perseguidos para que o processo penal não se converta em um instrumento do abuso estatal, mas atue como um redutor de danos aos acusados na mesma

medida em que a vítima, ao ver seu direito lesionado, possa ter uma resposta do Estado. São eles: o princípio da jurisdicionalidade; o princípio acusatório; o princípio da presunção de inocência; o princípio do contraditório e ampla defesa; e o princípio da motivação das decisões judiciais.

Uma vez que esses princípios encontram previsão constitucional, Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy (2010) afirma que, em se tratando de norma, todas as demais espécies legislativas devem aplicá-los. De nada nos valeria se tais regras ficarem somente no plano da teoria. É preciso que elas tenham, de fato, uma aplicabilidade. Essa aplicação é dada, sobretudo, por meio da interpretação dos órgãos públicos legais, mais especificamente, do Estado-juiz, do Poder Judiciário.

Nos interessa, porém, destacar apenas três dos princípios supramencionados, uma vez que eles são convergentes com o tema do presente estudo. São eles: 1. o princípio acusatório; 2. o princípio do contraditório e da ampla defesa; 3. o princípio da motivação das decisões judiciais. No entanto, não significa dizer que estamos ignorando ou diminuindo o valor dos demais princípios que cercam o processo penal. O realce que aqui realizamos se dá em razão de tais princípios estarem, ao nosso sentir, relacionados com a atividade probatória em nível maior do que a relação com os demais princípios citados. Portanto, justifica destacarmos apenas três dos cinco princípios listados para que seja possível apontá-los favorecidos ou não lesados pelo uso da linguagem corporal como meio de prova.

A seguir, os explicaremos e indicaremos brevemente como será dada a relação desses princípios com a linguagem corporal enquanto meio probatório, assunto este que será tratado com maior rigor nos próximos tópicos.

Trazemos também como diretriz do processo penal o princípio acusatório. Como dito, quando se interpreta sistematicamente o ordenamento, sobretudo à luz da Constituição, percebemos que há a perseguição dos preceitos trazidos por esse sistema e, portanto, é possível compreendermos que o modelo constitucional é, de fato, acusatório (LOPES JÚNIOR, 2021).

Para ilustrar esta proposição, basta destacar as seguintes previsões constitucionais: a) acusação a cargo do Ministério Público (art. 129, inciso I), b) contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); c) devido processo legal (art. 5º, LIV); d) presunção de inocência (art. 5º, LVII); e) decisões públicas e motivadas (art. 93, inciso IX).

O princípio do contraditório e da ampla defesa, a seu turno, é constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

Ensina Aury Lopes Júnior (p. 40, 2021) que "o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade (...). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo". Não há como falar de sistema processual penal acusatório sem citar o contraditório. É através deste princípio que acusação e defesa participam ativamente do processo e possuem a oportunidade de apresentar as suas versões acerca do fato que o ensejou. O juiz, por sua vez, deve ouvir ambas as partes, sob pena de parcialidade, isto porque a sentença, devidamente fundamentada, deve ser construída com base no conhecimento e convencimento produzido a partir das alegações trazidas pelas partes no exercício do contraditório e da ampla defesa.

O princípio da ampla defesa, como o próprio nome sugere, versa acerca do direito de defesa do acusado. Este direito deve ser concretizado utilizando todos os recursos possíveis. Nesse sentido, a defesa se divide em defesa técnica e pessoal, esta se subdivide em positiva e negativa.

A defesa técnica, em resumo, é aquela feita por alguém que detém os conhecimentos teóricos e técnicos acerca do Direito. Em outras palavras, é realizada pelo profissional do direito, chamado também de advogado, advogado de defesa, procurador, patrocinador ou defensor. Há no bojo da persecução a presunção da hipossuficiência do sujeito passivo, em razão disso tem-se a defesa técnica, a fim de que seja garantida a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambas as partes estarão dotadas de formação técnica-jurídica. Sem a defesa técnica uma das partes do processo será desfavorecida e isto provocará insegurança jurídica à parte hipossuficiente e a intranquilidade e descontrole do processo. Resta dizer que trata-se de uma defesa indisponível, ou seja, o acusado não pode dispensá-la, uma vez que ela assegura o interesse coletivo na devida apuração dos fatos (LOPES JÚNIOR, 2021).

A defesa pessoal, por sua vez, diz respeito à defesa realizada pelo acusado em benefício próprio. Comumente surge no inquérito policial e durante as audiências em juízo, quando a parte acusada dará o seu depoimento. Quando o sujeito passivo utiliza de sua fala para se defender, chama-se de defesa pessoal positiva, uma vez que ela é, de fato, utilizada.

Noutro giro, é parte do princípio do contraditório e da ampla defesa o princípio que, em latim, se denomina *nemo tenetur se detegere*. Trata-se de uma faculdade disposta às partes processuais para que elas não produzam provas contra si mesmas (princípio da não

autoincriminação). É a partir desse princípio que surgirá, portanto, a defesa pessoal em sua esfera negativa, manifestada, por exemplo, pelo exercício do direito de permanecer em silêncio (art. 5^a, inciso LXIII, CF 1988 e art. 186 do Código de Processo Penal) quando da tomada de declaração, em sede de investigação, ou do interrogatório, já na instrução processual.

Para encerrarmos esta breve análise dos princípios relacionados, ao mesmo tempo, com a persecução criminal e com a sugestão de um novo tipo de prova, analisaremos o princípio da motivação das decisões judiciais. O referido princípio encontra respaldo legal no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 que prevê o seguinte:

"Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" (BRASIL, 1988).

O princípio da motivação das decisões é de suma importância para assegurar a imparcialidade do juiz no curso do processo, bem como a eficácia do contraditório. É por meio do princípio da motivação da decisão que a sentença é legitimada, uma vez que ele traz consigo a necessidade de se apresentar junto à decisão um raciocínio lógico e fundamentado nas provas apresentadas em juízo. Ressalta-se, contudo, que, tanto a sentença quanto às decisões interlocutórias tomadas no curso do processo devem conter a devida fundamentação. Tem-se aqui, mais uma vez, uma reafirmação do sistema processual acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, pois, estando o juiz a mercê dos fatos e provas apresentados em juízo para formação do seu convencimento e aplicação do seu entendimento, ele perde a posição de juiz-ator e se torna, até o momento da decisão, um espectador.

Para Lenio Luiz Streck e Igor Raatz (2017) é necessário, inclusive para efetiva garantia do contraditório e da ampla defesa, que o juiz fundamente suas decisões enfrentando todos os argumentos levantados pelas partes. Cabe aos magistrados proferirem decisões completas, que trazem em seus bojos os elementos fáticos e jurídicos trazidos por uma ou ambas as partes e que o levaram ao convencimento. Afirma os autores que a fundamentação deve cumprir o papel de justificar a decisão, de trazer à tona o raciocínio (a razão) que o fez proferir determinada decisão. Trata-se de uma justificativa dada com base em elementos jurídico-rationais.

3. A prova no processo penal: teoria geral da prova no processo penal

Antes de tratarmos acerca de uma nova espécie de prova, faz-se mister conhecermos, ainda que em linhas gerais, a teoria da prova no processo penal. Para tanto, precisamos entender o objetivo primordial do processo, bem como, a forma pela qual a prova irá contribuir para que a finalidade processual seja alcançada.

Luiz Cogan (2008) explica que o processo penal constitucional oferece a todos os indivíduos os instrumentos necessários para melhor defenderem os seus direitos. Diante disso, o grande objetivo do processo penal é possibilitar a reconstrução de um fato acontecido no passado, que passa por um julgamento no presente, a fim de que, no futuro seja dada uma decisão justa e fundamentada, proveniente de um processo que dedicou atenção e esforços para que a dignidade dos envolvidos não fosse violada e os direitos fundamentais fossem preservados. Cientes disso, Aury Lopes Júnior (2021) afirma que a atividade do juiz será recognitiva, ou seja, uma atividade própria para conhecer o fato ocorrido e reconhecer a existência ou não de um crime. Para tanto, a prova é imprescindível.

Em se tratando de aspecto geral, por ora, nos cumpre dizer somente que não nos restam dúvidas do quão relevante a prova é para a promoção do processo penal democrático. Com a finalidade de levar o conhecimento e convencimento acerca da autoria e materialidade criminosa (ou da ausência dessas), a prova é uma importante ferramenta para fazer com que todos os interessados no processo acreditem que a decisão dele proveniente foi justa e adequada, refletindo tanto quanto possível a verdade dos acontecimentos. Ainda que, na prática, a verdade real seja algo inalcançável, como veremos adiante.

Em resumo: estamos certos que há uma estreita relação entre a prova e a justa decisão no processo penal.

3.1. Atividade probatória e a busca pela verdade no processo penal

Vimos até aqui que o ordenamento jurídico pátrio é conduzido pelos parâmetros do Estado Democrático de Direito e, por isso, é de suma importância que todas as áreas do Direito apliquem suas normas à luz da constituição, uma vez que ela se revela como o mais importante instrumento em prol da garantia da democracia no Brasil. Em ato contínuo, buscamos ingressar em uma área específica do direito, qual seja: o direito processual penal, no intuito de oferecer uma visão geral do processo penal constitucional e democrático, tal como o é na atualidade de nosso sistema jurídico e a relação da prova com este modelo processual.

Passaremos agora à análise de um conteúdo imprescindível quando se pretende discutir acerca da prova no processo penal e, sobretudo, a necessidade de instituir em nosso ordenamento uma nova espécie de prova. Assim, faz-se necessário discutirmos acerca da verdade e a sua inevitável ligação com a atividade probatória.

Aury Lopes Júnior (2021) em suas lições destaca que a persecução criminal, a grosso modo, objetiva a reconstrução de um fato ocorrido no passado para que, no futuro, seja dada uma sentença (acusatória ou absolutória), fruto do conhecimento e do convencimento do juiz (LOPES JÚNIOR, 2021). Diante disso, faz-se mister questionarmos: o processo penal busca a reconstrução da verdade real por meio da atividade probatória? A busca pela verdade representa a razão de ser da prova no processo penal?

Para respondermos esse questionamento, é preciso, antes, entender o que, de fato, é a verdade. Discutir sobre a verdade, à luz das mais diversas áreas do conhecimento não é recente e tampouco fácil. Conforme denota Rosana Miranda Ferreira (2006) as discussões acerca da verdade são feitas desde a Grécia antiga até os dias atuais. Certamente, em razão disso, há várias teorias e espécies de verdade, no entanto, o presente trabalho pretende destacar e ofertar análise sobre duas delas: a verdade processual (formal) e a verdade substancial (real).

Francesco Carnelutti e Heidegger (*apud* Ferreira, 2016), conceitua a verdade substancial como aquilo que é inalcançável. A razão disso reside no fato de que o que entendemos como verdade é apenas o conhecimento parcial a respeito de algo.

Ao tratar acerca da verdade no processo penal, Aury Lopes Júnior assume a impossibilidade de se obter a verdade substancial, muito embora, seja algo característico do sistema inquisitório. Conforme explica, o mito da verdade real está relacionado com o sistema inquisitório que, como visto anteriormente, é caracterizado pelo autoritarismo, pelo juiz-ator e pela busca da verdade a qualquer custo. Acrescenta ainda que é em razão do sistema inquisitório e do incentivo à busca pela verdade substancial é que foram admitidas práticas probatórias diversas e, até mesmo, aquelas inicialmente ilegais, justificando, à época desse sistema, os atos abusivos do Estado no âmbito do processo penal (LOPES JÚNIOR., 2021).

Nesse sentido, nos aliamos aos ensinamentos de Carnelutti e Aury Lopes Júnior, para afirmar que, a verdade real no âmbito do processo penal, mais do que inalcançável, dada a influência sofrida pelas partes do processo e o não conhecimento do todo, se traduz em um pretexto para práticas probatórias ilegais e abusivas, a fim de respaldar o injusto poder punitivo do Estado.

Indo além, Aury Lopes Júnior chama atenção para o fato de que, por vezes, após a apresentação das provas, a decisão fundamentada do juiz poderá (não deverá!) coincidir com aquilo que, de fato, aconteceu, mas não se trata de dizer que o objetivo do processo penal seja fazer com que a decisão corresponda aos fatos reais. Em outras palavras: encontrar a verdade e fundamentar a sentença a partir dela não é o escopo do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2021).

Portanto, ressaltamos que ao dizermos que o processo penal externaliza o conhecimento do ato ou fato e o convencimento das partes sobre tudo que foi alegado em seu bojo, que se deu a partir de provas que apontam para verdade, queremos dizer que o que se conhece, o objeto do convencimento, nada mais é do que a verdade formal, formada no curso do processo, seguindo regras específicas para a comprovação das alegações relevantes ao caso penal. É aquela, obtida por meio do comportamento das partes no processo e do manuseio que a acusação e a defesa exercem sobre os fatos ocorridos. É a verdade processual, obtida por meio de influências. É a certeza, conforme conceitua Carnelutti (FERREIRA, 2016).

Carnelutti (*apud* FERREIRA, 2016) define a certeza como aquilo que implica em uma decisão e, por isso, para o autor, o que se obtém no processo penal, em nada tem a ver com a verdade, mas se trata da certeza. A justificativa do autor para isso se resume ao fato de que o julgador, ao conhecer o processo, não conhece a verdade, o todo, mas tem ao seu alcance o conhecimento necessário que o leva à certeza de que determinada norma se enquadra no caso concreto e isso possibilita realizar uma escolha, qual seja: absolver ou inocular o réu.

Aury Lopes Júnior (2021), por sua vez, não nega a existência da conquista da verdade no seu sentido formal, pelo contrário, afirma que a busca pela verdade na persecução criminal só é legítima e possível quando se trata da verdade processual. Como dito, para se alcançar a verdade é preciso persegui-la por meio de fundamentos, com regras específicas e que atentem tão somente aos fatos e atos que se revelam importantes para a persecução criminal.

Ainda que Aury Lopes Júnior entenda a verdade processual como legítima e possível, o autor não deixa de oferecer críticas, até mesmo, à sua procura. Levanta, pois, importante questionamento acerca do espaço preenchido pela busca da verdade, seja ela substancial ou formal, na persecução penal (LOPES JÚNIOR, 2021).

Nesse sentido, vimos que Carnelutti defende que não é adequado relacionar a verdade com o processo penal. Aury Lopes Júnior manifesta concordância com esse autor, porém, ao contrário de Carnelutti, que crê na substituição da verdade pela certeza, Lopes Júnior entende que a problemática que envolve a verdade está relacionada com o valor que lhe é dado e a

solução para este autor é apontar a verdade como consequência do processo penal e não como o seu objetivo maior. No sistema processual acusatório, relacionado ao Estado Democrático de Direito, bem como ao processo penal democrático, as partes não devem revelar uma verdade para que seja possível fundamentar a decisão do julgador, para tanto, basta apresentar provas acerca de suas alegações. Em outras palavras: apresentar provas e formar o convencimento do juiz e dos demais interessados a respeito do que se alega, não significa dizer que, o que se comprovou, é a verdade, mas tão somente, aquilo que se conhece - que se tem certeza - e que serve como fundamento legítimo para uma sentença.

Concordamos com o fato de que encontrar a verdade processual (a única possível) não deve ser o objetivo principal do processo penal, tampouco acreditamos que a razão de ser das provas no processo penal seja apontar para a verdade. No entanto, entendemos que a sua conquista é interessante e contribui para a obtenção de uma decisão justa, uma vez que, a verdade processual surge a partir do esforço, sobretudo da acusação, dada a inversão do ônus da prova no processo penal, mas também da parte ré, em não só apresentar as suas versões, mas de comprovar que aquilo que trazem à tona corresponde ao que, de fato, ocorreu. Portanto, realçar a busca pela verdade, desde que de forma legítima, pode ser algo benéfico na medida em que permite que as alegações sejam o mais próximo do real, não se tratando, portanto, de versões provenientes do imaginário.

Todo o exposto nos permite concluir que o encontro da verdade processual traz, ao menos, uma maior segurança de que a decisão foi fundamentada com a participação de todas as partes. Acreditamos, por fim, que para conquistá-la é imprescindível a atividade probatória.

4. A admissibilidade da análise corporal como meio de prova em detrimento dos limites colocados à atividade probatória

No tópico anterior destacamos que a relevância da prova no processo penal não se traduz em conduzir os interessados à verdade do fato. Isso representa uma consequência, não uma regra. Portanto, busca-se com a atividade probatória fazer com que o julgador e todos os demais interessados conheçam o objeto do processo penal e formem os seus convencimentos, posteriormente externalizado por meio da sentença e pela sensação de justiça.

Ressaltamos também que a busca a qualquer custo pela verdade real no processo penal foi o que deu causa aos atos abusivos do Estado-Juiz e à produção de provas desenfreadas no decorrer do processo. É por essa razão que o sistema processual acusatório prevê a participação das partes no curso do processo e a necessidade de formação do

convencimento do juiz, retirando dele o encargo probatório. Do processo inquisitivo para o acusatório, o objetivo da prova deixa de ser alcançar a verdade real para se tornar em um objeto de persuasão.

A nova função probatória fez com que limites à produção de provas também fossem criados, mas isso não implica dizer que nasceu em nosso ordenamento jurídico um rol taxativo de meios probatórios. Na realidade, ocorre uma limitação à atividade probatória nos limites da legitimidade da produção de provas, de modo que este importante instrumento seja o suficiente para comprovar as alegações sem que sejam feridas as garantias processuais e constitucionais.

Para avançarmos no presente estudo, é necessário que compreendamos melhor a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de provas. O meio de prova pode ser reduzido à prova em espécie. Pode ser exemplificado pela prova testemunhal, documental, pericial, dentre outras. O meio de prova é, portanto, a forma pela qual o juiz poderá conhecer o caso concreto (LOPES JÚNIOR, 2021).

Noutro giro, o meio de obtenção da prova, como o próprio nome sugere, representa a ferramenta utilizada para alcançar a espécie probatória. Assim sendo, não são encarregados de formar o conhecimento e o convencimento do juiz, mas são indispensáveis para que se tenha o aparato necessário para tal. É o caso da busca e apreensão. Ela, por si só, não comprova quaisquer alegações e tampouco é apta para formar o convencimento do julgador, uma vez que, embora realizada, corre-se o risco de não encontrar nenhum material probatório que seja relevante para o caso concreto. No entanto, ainda que frustrada, permanece sendo um importante meio de obtenção de prova (LOPES JÚNIOR, 2021).

Ao compreender a distinção entre meio probatório e meio de obtenção de provas não é difícil compreender que a limitação da atividade probatória recai sobre o meio de obtenção de provas e não sobre a prova em si. Diante disso, ainda que a prova, como visto, possui um importante papel no Estado Democrático de Direito, uma vez que é primordial para alcançar a decisão justa e fundamentada do magistrado, concordamos que a sua atividade carece de limites que também são colocados em prol dos princípios outrora citados, sobretudo o da decisão motivada e do contraditório e ampla defesa.

Neste ensejo, ressaltamos que os necessários limites podem ser encontrados no bojo da regulação do processo penal ou na esfera extrapenal, como é o caso do art. 155 do Código de Processo Penal que coloca às provas penais a necessidade de observância às restrições contidas na lei civil no que concerne à prova quanto ao estado das pessoas (se a pessoa em

questão é cônjuge, companheiro, descendente, ascendente ou possui algum outro grau de parentesco com um envolvido no processo). A mesma limitação (extrapenal) se vê ao precisar comprovar a morte do agente para fins de extinção de punibilidade. Nesse caso, se recorre novamente à lei civil que prevê o meio probatório da morte (certidão de óbito).

Quanto aos limites encontrados no próprio processo penal, nos cabe ressaltar aquele que guarda relação com prova nominada e inominada, bem como o limite colocado à licitude da prova.

Entende-se como prova nominada a espécie de prova que encontra previsão legal. A prova inominada, como o nome sugere, é aquela não prevista em qualquer dispositivo legal. Destacamos aqui o limite imposto às provas nominadas ou inominadas porque, ao final, o que se pretende neste trabalho é analisar a possibilidade de utilizarmos um novo meio probatório em nosso sistema jurídico penal.

Diante disso, Aury Lopes Júnior (2021) levanta uma importante questão: o rol de provas admitidas no processo penal é taxativo? Afirma o autor que os meios probatórios são taxativos. Entretanto, excepcionalmente, são admitidas outras provas em espécie que não aquelas expressas em lei, desde que sejam observados os ditames constitucionais e não violem as regras para o exercício da atividade probatória (coleta, admissão e produção em juízo).

Cordero (*apud* LOPES JÚNIOR, 2021) entende como admissível todas aquelas provas que não são vedadas, ou seja, se a prova inominada, embora não possua previsão legal, não implicar na prática de algo proibido por lei, ela pode (e deve) ser admitida no processo.

Quanto ao limite imposto à atividade probatória em razão da licitude da prova, cabe dizer que, apesar de a prova ter como objetivo principal instruir o processo a fim de que seja formado o convencimento do julgador, ela não pode ser produzida sem que sejam observados limites formais e legais relacionados a sua produção.

Adiante, ressaltamos que a proibição da prova ilícita é prevista pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso LVI, que dita acerca da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. De tal modo, ainda que a espécie probatória seja nominada, ou ainda que inominada não viole quaisquer direitos, ela não poderá ser usada se o meio pelo qual foi obtida violar qualquer previsão legal ou ferir qualquer bem jurídico. É o que acontece, por exemplo, nos casos em que se obtém a confissão do réu por meio de uma interceptação telefônica não autorizada judicialmente. A espécie probatória em si, não é viciada, pelo contrário, é prevista no CPP, mas o fato de utilizar a interceptação telefônica sem

autorização judicial, quando esta é legalmente prevista, faz com que a prova obtida não seja válida para instruir os autos e fundamentar o convencimento do julgador.

Não obstante a previsão constitucional não gerar dúvidas acerca da inadmissibilidade da prova ilicitamente produzida, existem correntes doutrinárias que preveem situações em que a prova ilícita pode ser admitida. Vejamos.

A primeira delas é a admissibilidade processual da prova ilícita. Essa hipótese consiste em acatar a prova que não é vedada pelas regras processuais, ainda que ela viole o direito material. Contudo, destaca-se que o responsável pela violação ao direito material não restaria impune, mas seria julgado em outro processo. Trata-se de uma teoria com poucos adeptos (LOPES JÚNIOR, 2021).

A segunda teoria versa acerca da inadmissibilidade absoluta. Essa teoria advém da aplicação literal da previsão expressa no art. 5, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988. Pressupõe que a vedação constitucional não poderia ser relativizada, sobretudo, quando a prova ilícita viola algum direito fundamental. Nos filiamos à teoria da inadmissibilidade absoluta junto à maioria dos doutrinadores e da jurisprudência (LOPES JÚNIOR, 2021).

A terceira corrente diz respeito à admissibilidade da prova em nome do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, a prova ilícita pode ser admitida em detrimento da relevância do bem jurídico que busca-se preservar e proteger por meio do processo penal. No entanto, seria admitida em casos excepcionais, quando a única forma possível de obter a prova implica na violação de regras processuais ou de um direito material. No Brasil é comum ver essa teoria sendo aplicada no direito de família, no entanto trata-se de uma adequação com reservas (LOPES JÚNIOR, 2021).

Por fim, a quarta corrente, prevê a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade em benefício do réu. Em outras palavras, admite-se a prova ilícita tão somente quando esta beneficiará o réu. Aqui, o que se vê é a ponderação de dois direitos que poderão ser violados; o primeiro é aquele lesado em detrimento da obtenção de provas; o segundo é o direito de liberdade do réu que, por meio da prova ilícita, poderá ser julgado como inocente. Diante disso, prevalece o direito à liberdade. Indo além, a obtenção ilícita da prova, o réu que a produz estaria amparado pelo exercício da legítima defesa, uma vez que, o que se pretende com a violação de um direito é a defesa do seu direito à liberdade, colocado em risco diante da injusta acusação penal.

Noutro giro, a prova obtida para defesa do réu não pode ser utilizada em outro processo penal, contra terceiro. Isso porque, não há dicotomia entre direitos e tampouco o exercício da legítima defesa para justificar a utilização de uma prova ilícita.

Em razão do que foi evidenciado neste tópico, acreditamos ser possível concluir pela admissibilidade da linguagem corporal como espécie de prova em nosso ordenamento jurídico penal quando, diante de uma excepcionalidade, a sua análise não implicar em uma violação às normas processuais e ao direito material penal. Dessarte, veremos adiante como a análise corporal poderá ser utilizada como objeto de prova.

5. A possibilidade, legalidade e utilidade da linguagem corporal como meio de prova

A partir de agora daremos início à discussão mais importante do presente trabalho. Tudo o que foi feito até aqui teve por objetivo nos preparar a fim de que, ao final pudéssemos refletir e concluir acerca da possibilidade, legalidade e utilidade da linguagem corporal como meio de prova.

Assim, entendemos que é necessário lembrar os principais pontos dissertados até o momento. Em síntese, vimos que o nosso ordenamento jurídico é guiado pelos parâmetros de um Estado Democrático de Direito, que, em sua razão de ser, busca elevar a proteção dos direitos fundamentais e garantir a dignidade humana a todos e todas.

Como consequência do Estado Democrático de Direito, o sistema jurídico pátrio adota o Processo Penal Democrático, com bases em um sistema processual acusatório. Tudo isso para que a persecução criminal não seja uma ferramenta para atos abusivos do Estado-juiz, mas representa um processo de conhecimento e convencimento do julgador que teve a todo tempo a influência das partes interessadas (acusação e defesa).

A referida influência das partes no processo é promovida, sobretudo, por meio da atividade probatória, que, contendo seus limites, objetiva levar ao juiz o conhecimento e convencimento necessários para uma justa decisão. Inobstante a relevância da prova no processo penal, a sua produção e utilização não pode ser feita de forma desmedida, motivo pelo qual, são colocados limites penais e extrapenais.

Dentre os limites impostos, os mais relevantes para o tema ora discutido se referem à possibilidade de admitir no processo uma prova não prevista em lei e à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Adiante, discutiremos, pois, a análise da linguagem corporal como meio de prova tendo em vista tudo aquilo que estudamos até aqui e que sintetizamos no presente tópico.

5.1. A linguagem corporal

Para darmos início às discussões específicas acerca da linguagem corporal como meio de prova é imprescindível entendermos do que ela se trata. A linguagem é uma ferramenta indispensável para a sobrevivência do ser humano e isso se deve ao fato de que precisamos nos comunicar uns com os outros em meio às mais diversas circunstâncias do nosso dia-a-dia. a linguagem pode ser entendida como um conjunto de sinais (signos) organizados e construídos coletivamente no objetivo de promover a interação entre os seres humanos, para que, as suas vontades possam ser externalizadas.

Cientes disso, tem-se que a linguagem pode ser verbal ou não verbal, sendo a primeira manifestada através de verbos, pela fala ou escrita, e a segunda construída por gestos, expressões faciais, posturas, tonalidade da voz, desenhos, dentre outras formas de expressão que não utilizem as palavras (ARAGÃO, Carla Neiva *et. al.*, 2020). A linguagem verbal e não verbal podem ser entendidas como aquela responsável pela externalização do ser social e pela exteriorização do psicológico, respectivamente (SILVA, 2014).

A linguagem corporal, portanto, se conceitua como uma linguagem não verbal relacionada com o sistema nervoso do ser humano de modo a sua expressão ocorre de forma autônoma e reflexiva, ou seja, representam reações do nosso corpo emitidas involuntariamente (OLIVETTI, 2013). Pierre Weil e Roland Tompakow (2009) ensinam que por meio da linguagem corporal dizemos muitas coisas aos outros, na mesma medida que eles também nos dizem. A linguagem corporal não mente.

A linguagem corporal está intimamente ligada às emoções que sentimos. Paul Ekman, reconhecido pelos seus estudos relacionados às expressões corporais, sobretudo às microexpressões faciais, afirma que a linguagem corporal é o reflexo de nossas emoções. Por assim entender, o psicólogo elabora a chamada Teoria do Gatilho que versa acerca da possibilidade de provocar certas emoções em outras pessoas, por meio de gatilhos, e essas pessoas, de maneira involuntária e não verbal transmitiriam sinais que nos permitiriam entender quais foram as emoções estimuladas (EKMAN, 2011).

Para que a análise da linguagem corporal possa fazer sentido e posteriormente possa ter melhor credibilidade nos cabe mencionar a sua característica de universalidade. Charles Darwin, um dos pioneiros no estudo da linguagem corporal afirma que antes mesmo de existir a linguagem verbal os seres humanos se comunicam através de expressões corporais. Para que isso fosse possível, porém, era necessário concluir acerca da padronização da linguagem

corporal, de modo que, independente de fatores como a cultura ou a nacionalidade, as pessoas teriam a mesma reação mediante provocação de certa emoção (SILVA, 2014).

Em um primeiro momento Paul Ekman acredita na inverdade da teoria de Darwin acerca da universalidade das expressões corporais. Para o autor, a princípio, a linguagem corporal sofreria influências culturais e, até mesmo, da globalização. Deste modo, a linguagem corporal seria aprendida e traduzida conforme as influências externas que o falante e intérprete sofriam (EKMAN, 2011).

Em um segundo momento, no início dos seus estudos acerca das microexpressões faciais, Ekman realiza uma experiência com a finalidade de analisar a universalidade da linguagem corporal. Ciente de que o argumento relacionado à influência da mídia e da cultura nas expressões corporais era um bom argumento, o cientista optou por realizar um teste com uma população isolada da Papua-Nova Guiné. O teste consistia em mostrar, por meio de imagens, algumas expressões faciais a um indivíduo daquela tribo com a finalidade de que ele indicasse quais seriam os sentimentos que a pessoa da imagem possivelmente estaria sentindo. O resultado do teste mostrou que os sentimentos percebidos pelo indivíduo que vivia isolado, sem influências das mídias ou de outras culturas, eram os mesmos sentimentos reconhecidos pelas pessoas que, provavelmente, sofreram influências externas (EKMAN, 2011).

De posse do resultado do teste, nos é permitido concluir pela universalidade da linguagem corporal, especificamente quando se revela pelas expressões faciais, tal como ensinava Darwin. Indo além, tudo isso nos permite concluir que a linguagem corporal expressa o que pensamos ou sentimos de maneira mais fidedigna se comparado à fala ou à escrita.

5.2. A relação entre análise da linguagem corporal como meio de prova e os princípios constitucionais do direito processual penal

Já enfrentamos a questão trazida pela (não) taxatividade dos meios probatórios e concluímos, em resumo, que não há proibições para que seja utilizado uma prova que não encontre previsão expressa em lei, desde que, esta ferramenta probatória não implique na inobservância de princípios fundamentais e tampouco viole quaisquer direitos das partes envolvidas no processo ou de terceiros.

Agora, para que possamos tratar de um novo tipo de prova e apontar para a sua possibilidade é imprescindível que façamos a sua adequação às normas e princípios fundamentais. Ante isto, uma vez que já apontamos acima os princípios que se relacionam

com o processo penal no nosso ordenamento jurídico, faremos agora uma breve análise de como a linguagem corporal não os infringe, mas pelo contrário, pode contribuir para que sejam efetivados.

Com vistas ao princípio do contraditório e da ampla defesa, vimos que, com previsão constitucional (art. 5, inciso LV, da Constituição Federal de 1988), a ampla defesa, permite com que o acusado utilize de todos os meios possíveis para que se dê por comprovada a sua inocência. Diante disso, cabe dizer que o uso da análise da linguagem corporal como meio de prova proporciona ao réu mais um caminho para que possa elaborar a sua defesa e comprovar a sua inocência. O mesmo instrumento probatório que aqui se sugere pode ser utilizado pela parte autora, no exercício do contraditório ou para comprovar suas alegações, a fim de que ela possa alçar, em certa medida, a reparação dos danos sofridos.

Antes de tratarmos acerca do segundo princípio, qual seja, o da decisão motivada, faz-se necessário lembrarmos que a persecução criminal não pretende alcançar a verdade dos fatos, mas busca, sobretudo, formar o conhecimento e o convencimento do julgador por meio da chamada verdade processual. Em suma, a função do processo penal é fazer com que o juiz conheça a possível atividade criminosa e a aprecie de modo que seja possível decidir fundamentadamente acerca da condenação ou absolvição do réu. Ao final, acreditamos que é possível afirmar que o processo penal é, em sua essência, um instrumento em prol da decisão fundamentada acerca de um fato criminoso ou não.

Especificamente acerca do princípio da decisão motivada resta-nos claro que, uma vez que o juiz não pode ir além daqueles fatos expostos na instrução e julgamento, a linguagem corporal aparece como mais um instrumento apto a convencer o juiz e motivar a sua decisão. Sabemos que há um rol considerável de tipos probatórios, no entanto, compreendemos também que alguns não podem ser aplicados, mediante às limitações do caso concreto.

Além disso, vemos que, em muitas vezes, por exemplo, os vestígios podem se exaurir e os laudos periciais podem ser inconclusivos. Restando, pois, além das provas documentais, somente os depoimentos e testemunhos. Neste sentido, acreditamos que, havendo mais um tipo probatório, tal como a análise da linguagem corporal, o juiz poderá proferir a sua decisão com maior motivação e maior segurança.

Por fim, em que pese tratarmos do princípio acusatório, tem-se que a análise da linguagem corporal não implica em sua inobservância, isso porque, sendo um meio probatório, será necessário que as partes manifestem pela sua produção. Não se trata,

portanto, de uma iniciativa do juiz. Deste modo, se preserva a atuação distinta entre acusação, defesa e julgador.

Nos interessa, agora, mostrar que a análise da linguagem corporal não representa um ataque ao princípio da não autoincriminação. Traduzido do latim *nemo tenetur se detegere*, o referido princípio garante ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo, ou seja, de não se autoincriminar. A principal manifestação deste princípio se encontra no direito de permanecer em silêncio previsto pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Processo Penal vigente, respectivamente, no art. 5º, inciso LXIII e no art. 186. Diante disso, tem-se aqui o maior dos obstáculos a ser enfrentado na busca pela legitimidade da linguagem corporal como ferramenta probatória.

Como vimos, a linguagem corporal é revelada de forma involuntária e quase nunca expressa inverdade. A sua coleta, sobretudo a partir do depoimento do réu, pode representar, portanto, uma produção de provas ilícita, uma vez que ao réu é resguardado o direito de não produzir provas contra si mesmo. Entendemos que surge uma controvérsia na medida em que o uso da linguagem corporal assegura o contraditório e ampla defesa, mas poderá infringir o princípio da não autoincriminação.

Nestas linhas, entendemos como sendo uma solução adequada a autorização do declarante ou depoente para que sejam analisadas as suas expressões corporais e, posteriormente, sejam utilizadas como provas.

6. Considerações Finais

“O corpo se expressa quando estamos em pé ou sentados, se falamos ou simplesmente ouvimos. E poucas vezes mentem” (Wachmuth, apud OLIVETTI, p.69, 2013). A partir desta afirmativa buscamos valorizar a importância da linguagem corporal nos mais diversos cenários, mas, sobretudo no Poder Judiciário.

Em sede de conclusão afirmamos que o âmbito do judiciário pode ser considerado como sendo um campo próprio para a análise comportamental, em virtude da interação entre as pessoas que nele se encontram. A formação do convencimento do juiz para que se tenha uma decisão devidamente fundamentada representa um dos principais objetivos de qualquer processo jurídico. Neste contexto, as provas produzidas por meio da observação das expressões corporais e faciais representam uma importante ferramenta em prol do alcance daquilo que chamamos de verdade processual e do convencimento tanto do julgador como dos demais interessados no feito. Afinal, conforme ensina Wachmuth (apud OLIVETTI,

2013), a linguagem corporal é algo involuntário e, portanto, sem ocorrência de ironia e dissimulação (OLIVETTI, 2013).

Aplicado de maneira subsidiária, o art. 369 do Código de Processo Civil prevê que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015). E complementando este sentido, Cordero (Apud, LOPES JÚNIOR, 2019), ao falar das provas inominadas, afirma ser possível tudo aquilo que não é vedado. Partimos, portanto, do pressuposto de que o processo penal pátrio admita a prova inominada. Assim, a análise da linguagem corporal como tal, precisará passar pelo crivo da coleta, admissão e produção em juízo.

Em conformidade com todo o exposto no presente estudo, entendemos que a apreciação da linguagem corporal para fins probatórios, quando devidamente autorizada, representa um meio probatório legítimo, porquanto não fere quaisquer direitos dos envolvidos no processo ou de terceiros, bem como contribui para a garantia dos princípios relacionados com o processo penal.

Em que pese tratar de sua utilidade, entendemos ser útil quando, por exemplo, se tratando de falsas memórias. Ao narrar os fatos que giram em torno do crime em julgamento, a testemunha, a vítima ou o réu, faz uso do seu cognitivo, que possui problemas e limitações (LOPES JÚNIOR, 2021). Devido aos problemas e limitações do cognitivo do declarante, é que surgirão o que se denomina de falsas memórias.

Neste sentido, afirma Priscila Sutil Oliveira (p. 38, 2017) que “é bastante frequente as pessoas se recordarem de um fato de maneira diferente da qual realmente aconteceu. Esse fenômeno é denominado de falsa memória”. Sabe-se que as declarações da testemunha, da vítima e do réu são admitidas no processo penal como prova e, por vezes, pode ser a única ao tempo do julgamento. No entanto, em razão da intensidade dos atos vivenciados, “quando não compreendidos como um todo, passa a exigir da pessoa pequenas complementações dos espaços vazios para que sua compreensão do todo seja mais verossímil” (OLIVEIRA, p. 38, 2017). Isto faz com que a finalidade de formar o convencimento do juiz através da prova testemunhal não atinja sua totalidade.

Diante do exposto percebe-se “o quão delicado é a coleta da prova testemunhal e a indispensável necessidade do aperfeiçoamento das técnicas de entrevistas realizadas em juízo” (OLIVEIRA, p. 55, 2017) a fim de não cometer o erro de condenar como culpado

alguém que é inocente. A partir da necessidade de aprimorar as técnicas da tomada de declarações dos envolvidos em crimes que a análise da linguagem corporal se apresenta como sendo uma importante ferramenta, pois há uma série de comportamentos corporal padrões, emitidos inconscientemente e que são capazes de indicar a veracidade do discurso.

Diante de tudo que vimos, concluímos que a linguagem corporal como meio de prova é legítima, possível, útil. No entanto, por se tratar de um assunto contemporâneo no âmbito jurídico brasileiro, mas com importantes experiências no direito estrangeiro, acreditamos que o estudo e o aperfeiçoamento deste meio probatório é imprescindível para a evolução do processo penal e para a garantia do acesso à justiça.

7. Referências Bibliográficas:

ARAGÃO, Carla Neiva. et. al. **A metodologia de observação da linguagem não verbal no âmbito jurídico**. Rumos da informação. v. 1, n. 2, dez. 2020. Disponível em: <<https://rumosdainformacao.ivc.br/index.php/rumosdainformacao/article/view/19>>. Acesso em 22 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678 de seis de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 26 abr. 2022.

COGAN, Luiz A. Cyrilo Pinheiro Machado. **Processo Penal Constitucional: uma análise principiológica**. Revista Intermas, v.13, São Paulo, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelik de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Mandamentos, p. 25-44, Belo Horizonte, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelik de. **A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de**

constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. Revista TST, vol. 68, nº 2, abr-jun 2002, p. 67-84, Brasília, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia - soberania e poder constituinte.** Revista Direito GV. n. 6. p. 159-174, jan-jun 2010, São Paulo, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e Democracia.** Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. European Journal of Philosophy, nº 3:1, p. 2-11, [S.L] 1995.

EKMAN, Paul. **A linguagem das emoções:** revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo todas as expressões das pessoas ao redor. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel, Editora Leya, 2011.

FRANCO, Meliza Marinelli. **Constitucionalismo e democracia em Ronald Dworkin:** liberalismo igualitário e interpretação da constituição. Revista Pensamento Jurídico. vol. 13, nº1, jan-jun. 2019. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/161>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>>. Acesso em: 16 set. 2022.

OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Prova Testemunhal e a aplicação da linguagem corporal para detectar as falsas memórias.** Jacarezinho, 2017. 158 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica na linha de pesquisa “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”) UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

SILVA, Lúcia Marta Giunta da et al. **Comunicação não-verbal: reflexões acerca da linguagem corporal.** Revista Latino-Americana de Enfermagem [online]. 2000, v. 8, n. 4, p. 52-58. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-11692000000400008>>. Acesso em: 18 ago. 2022.

SILVA, Thiago Luiz de Faria. **Linguagem corporal como meio de prova e sua aplicabilidade como agente provocador do inquérito policial.** São Paulo, 2014. 85 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Centro de Ciências Jurídicas. Curso Bacharelado em Direito), Universidade Estadual da Paraíba - UEPB.

SOUSA JÚNIOR, E. S. de; CARDOSO, H.R.; ARAÚJO, R. A. de O. **Constitucionalismo e democracia para um processo penal íntegro, eficiente e transparente.** Revista Eletrônica do CNJ. vol. 4, nº 1, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/article/view/63>>. Acesso em: 26 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. **O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito.** Revista Opinião Jurídica. Ano 15, n. 20, p. 160-179, jan/jun. 2017. Fortaleza, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 17, n. 3, p. 721–732, [S. L.] 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 01 set. 2022.