

TEORIA GERAL DA PROVA

Sumário:

1. Notas Introdutórias

- 1.1. Conceito e natureza jurídica de prova
- 1.2. Destinatário da prova
- 1.3. Sujeitos da prova
- 1.4. Fonte da prova
- 1.5. Objeto
 - 1.5.1. Devem ser provados...
 - 1.5.2. Não precisam ser provados...
- 1.6. Classificação da prova
- 1.7. Meios de prova
 - 1.7.1. Meio de prova X Meio de obtenção de prova
 - 1.7.2. Exceções ao princípio da liberdade das provas
- 1.8. Prova emprestada
- 1.9. Nominada e Tipicidade da Prova (Nominada/Inominada X Típica/Atípica)
- 1.10. Prova irritual
- 1.11. Prova anômala

2. Princípios relativos à prova penal

- 2.1. Princípio da Presunção de Inocência ou da Presunção da Não-Culpabilidade
- 2.2. Busca da verdade pelo juiz (princípio da verdade material/real)
- 2.3. Princípio da Proporcionalidade
- 2.4. Princípio do *nemo tenetur se detegere*
 - 2.4.1. O direito ao silêncio, ou de ficar calado
 - 2.4.2. Direito de não praticar comportamento ativo que possa incriminá-lo
 - 2.4.3. Direito de não produzir prova incriminadora que envolva o corpo humano

3. Análise da lei 11.690/2008

- 3.1. Análise do art. 155 do CPP
- 3.2. Análise do art. 156 do CPP
 - 3.2.1. Ônus da prova
 - 3.2.2. Produção de provas pelo juiz – Juiz inquisidor
- 3.3. Análise do art. 157 do CPP
 - 3.3.1. Prova ilegal, proibida ou vedada
- 3.4. Procedimento probatório

1. Notas Introdutórias

1.1. Conceito e Natureza Jurídica de prova

Segundo Claus Roxin, provar significa “convencer o juiz sobre a certeza da existência de um fato”. A palavra “prova” é utilizada em vários sentidos, sendo os principais, trazidos por NUCCI:

a) Prova como atividade probatória – É o **processo** (ato ou complexo de atos) que tende a formar a convicção da **entidade decisória** (juiz) sobre a existência ou não de uma situação fática.

b) Prova como resultado – Consiste na **convicção** da **entidade decisória** quanto à existência ou não de uma situação fática, formulada no processo.

c) Prova como meio – São os **instrumentos** aptos a formar a convicção do juiz quanto à existência ou não de uma situação fática.

A natureza jurídica da prova é de **direito subjetivo** com vertente constitucional para demonstração da realidade dos fatos. O direito à prova nada mais é do que um **desdobramento do direito de ação e de defesa**. Volta-se tanto ao acusador quanto à defesa.

1.2. Destinatário da prova

Toda essa atividade que é desenvolvida ao longo do processo tem como destinatário a **entidade decisória**, ou seja, o **órgão jurisdicional** (juiz, tribunal, câmara, turma etc.).

Ministério Público e Prova

Alguns doutrinadores entendem que o **MP** seria destinatário da prova (ex: Denílson Feitoza Pacheco). Tal posicionamento não prevalece. O titular da ação penal é destinatário dos **elementos informativos** (para formação de sua *opinio delicti*) mas não da prova, que, diferentemente daqueles, é produzida sob o crivo do contraditório.

1.3. Sujeitos da prova

São as pessoas **responsáveis** pela **produção** da prova. Ex.: ofendido, as testemunhas, peritos etc.

1.4. Fonte de prova

Para alguns doutrinadores, fonte de prova é tudo aquilo que indica algum fato ou afirmação que necessita de prova.

O prof. Magalhães Gomes Filho traz conceito distinto: fontes de prova são as **pessoas** ou **coisas** das quais pode conseguir-se a prova.

Fonte de prova refere-se às pessoas ou coisas que podem trazer informações sobre o delito. Derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, sendo que sua introdução no processo ocorre através dos meios de prova.

EXEMPLO: se nesse exato momento um crime for cometido no interior da sala de aula, todas as pessoas que presenciaram o delito serão fontes de prova, pois de todos os alunos será possível extrair a prova. As pessoas só serão testemunhas quando, chamadas a depor em juízo, for colhido seu depoimento. Até lá, as pessoas são apenas fonte de prova.

1.5. Objeto (*thema probandum*)

São os fatos que interessam à solução da causa (aquilo que se deve demonstrar). Embora alguns doutrinadores digam que objeto são os fatos que devem ser provados, isso não é possível, pois provam-se apenas as afirmações sobre fatos e esse é o objeto da prova.

Pode-se fazer a seguinte distinção:

- **Objeto da prova** → É a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São os fatos relevantes (o réu defende-se dos fatos e não da tipificação jurídica). É uma análise genérica sobre o tema objeto da prova.
- **Objeto de prova** → Diante do caso concreto, deve ser provado o fato narrado, seja pela acusação, seja pela defesa.

1.5.1. Devem ser provados:

- ✓ **Imputação constante da peça acusatória**
- ✓ **Direito consuetudinário** – é necessário provar os costumes.

Ex.: repouso noturno no furto (art. 155) com a causa de aumento do §1º.

- ✓ **Direito estrangeiro** – o juiz não tem obrigação de conhecer o direito estrangeiro.
- ✓ **Direito estadual ou municipal de localidade diversa da do juiz** – O direito estadual e municipal só não precisam ser provados em relação a localidade distinta da competência do juiz. Em relação ao direito da localidade onde o juiz exerce suas funções não há necessidade de prova.

A doutrina aplica subsidiariamente ao Processo Penal o art. 377 do CPP:

Art. 377 do CPC - A parte, que alegar direito **municipal, estadual, estrangeiro** ou **consuetudinário**, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

- ✓ **Regulamentos e portarias** – Alguns doutrinadores dizem que regulamentos e portarias devem ser provados.

Ex.: para comprovar o estrito cumprimento do dever legal.

ATENÇÃO: Se a portaria é complemento de uma norma penal em branco, presume-se que o juiz a conhece. Ex.: Portaria 344 da ANVISA que complementa a lei de drogas.

- ✓ **Fatos não contestados ou incontroversos** – aqui é diferente da regra do processo penal.

Revelia no processo penal

Não há previsão de presunção de veracidade dos fatos alegados para a revelia no processo penal.

O único efeito da revelia no processo penal é a desnecessidade de intimação do acusado para os demais atos processuais, salvo no caso da sentença penal condenatória. Ainda que revel o réu, seu advogado deve ser intimado.

1.5.2. Não precisam ser provados:

- O **direito**, como regra.

Como já dito, será necessário provar o direito consuetudinário e alienígena, bem como, eventualmente, o direito estadual ou municipal e os regulamentos e portarias.

- Os **fatos notórios** (é o fato de conhecimento público gera, a *verdade sabida*, os fatos de domínio de parcela significativa da população informada). Ex.: feriados.
- Os **fatos axiomáticos e intuitivos** (aqueles evidentes, que se auto demonstram, possuindo força probatória própria). Ex.: dispensa exame interno cadavérico quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte, no caso de decapitação, por exemplo¹.
- Os **fatos inúteis ou irrelevantes**.
- As **presunções legais**

Presunções

Presunção legal é a afirmação feita pela própria lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independentemente de prova. As presunções podem ser:

- **Presunções absolutas** → Não admitem prova em contrário. Por conta disso, veiculam fatos que

¹ Art. 166. Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

não precisam ser provados no processo penal. Ex.: inimputabilidade do menor de 18 anos.

- **Presunções relativas** → Admitem prova em sentido contrário. As presunções relativas servem para inverter o ônus da prova.

Ex: presunção de violência nos crimes sexuais, para a doutrina, antigamente.

OBS: Antigamente se discutia a natureza da presunção de violência nos crimes sexuais: A doutrina sempre considerou que a presunção teria natureza **relativa** (há apenas um julgado do STF nesse sentido – HC 73662). A jurisprudência sempre considerou que a presunção teria natureza **absoluta** (STF HC 81278).

Com a mudança legislativa, essa discussão perdeu o sentido, pois não há mais presunção, mas um crime autônomo previsto no art. 217-A, que trata do estupro de vulnerável.

ATENÇÃO: Os fatos incontroversos (alegados por uma parte e reconhecidos por outra) precisam ser provados, ao contrário do que acontece no CPC, pois não existe confissão presumida no processo penal, por mais que o acusado confesse a acusação.

1.6. Classificação da prova:

a) Quanto ao sujeito da causa

- **Real:** é a prova que emerge do fato. Ex.: fotografia, pegadas etc.
- **Pessoal:** decorre do conhecimento de alguém acerca do fato. Ex.: testemunha.

b) Quanto à forma ou aparência da prova (é o modo pelo qual a prova é produzida):

- **Testemunhal ou Oral:** expressa pela afirmação de uma pessoa.
- **Documental.**
- **Material:** é tudo que deriva do objeto do próprio crime (ex.: faca, revólver, taco etc.).

c) Quanto ao que pretende provar

- **Prova positiva:** é aquela que tem como objetivo demonstrar a **existência** do fato.
- **Prova negativa:** é aquela que tem como objetivo negar tal afirmação, demonstrando que o fato não ocorreu.

d) Quanto ao objeto

- **Direta:** refere-se diretamente ao fato probando.
- **Indireta:** refere-se a outro fato que, por ilação, nos leva ao fato principal. É a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com um fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outro (do fato probando). Ex: álibi.

QUESTÃO: É possível a condenação de alguém com base em prova indireta? *SIM. Para tanto, basta que a prova indireta seja coesa.*

Ex.: agente sobe o elevador com uma camisa branca, entra em apartamento, de onde são ouvidos gritos. Em seguida, sai do apartamento com outra roupa e desce o elevador. No apartamento, são encontradas uma faca e a roupa que o agente estava usando. Não há provas diretas, mas é possível a condenação.

e) Quanto ao efeito ou valor

- **Plena:** é a prova necessária para a condenação.

- **Indiciária, não plena ou semiplena:** é a prova limitada quanto à profundidade. Ele tem menor valor persuasivo. A prova semiplena é suficiente para a decretação de medidas cautelares.

EXEMPLO: Art. 126 do CPP. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de **indícios** veementes da proveniência ilícita dos bens.

O art. 312 afirma que quanto à existência do crime o juiz tem que ter certeza do que aconteceu, embora quanto à autoria não seja necessária a mesma certeza (bastando o indício):

Art. 312 do CPP. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver **prova da existência** do crime e **indício** [prova menos robusta] **suficiente de autoria**. (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

Indícios

É preciso não confundir indício com **suspeita**. **Indício** é sempre um dado **objetivo**, ou seja, é um fato demonstrado que autoriza a conclusão sobre outro fato. Já a **suspeita** é um **mero estado de ânimo**, ou seja, pura intuição, que pode gerar desconfiança, mas também conduzir a erro.

A palavra “indício” possui mais de um significado:

- a) Indício pode ser entendido como a **PROVA INDIRETA** (que se refere a fato diverso do probando e autorize, por indução, concluir-se pela sua existência).

Art. 239 do CPP. Considera-se indício a **circunstância** conhecida e **provada**, que, tendo **relação com o fato**, autorize, por **indução**, concluir-se a existência de **outra** ou outras circunstâncias.

QUESTÃO: Alguém pode ser condenado com base em indícios (como sinônimo de prova indireta)? *SIM*.

É perfeitamente possível uma condenação com base em indícios (prova indireta), desde que eles sejam plurais, relacionados entre si e incriminadores.

- b) Também é possível entender indício como uma **PROVA SEMIPLENA** (prova não plena ou prova indiciária – limitada quanto à profundidade, elemento de prova de menor valor persuasivo).

É possível a decretação de medidas cautelares com base em indícios, bem como a convicção quanto à autoria do crime.

1.7. Meios de prova

São os instrumentos através dos quais as fontes de prova são levadas ao processo. Dizem respeito a uma atividade endoprocessual, que se desenvolve perante o juiz, com a participação das partes.

Ex: prova testemunhal, acareação, confissão etc.

São os **instrumentos** aptos à formação da convicção do juiz. Ou seja, é tudo aquilo que alguém tem à sua disposição para poder provar, direta ou indiretamente, o que se alega no processo.

No processo penal não vigora o princípio da **taxatividade**, mas sim o da **liberdade** das provas. Assim, é possível se valer de provas: **a) típicas (ou nominadas)**, que são aquelas previstas no CPP, como também das **b) atípicas (inominadas)**, que são aquelas não previstas no CPP.

Segundo Nestor Távora e Rosmar Antonni, esta não-taxatividade pode ser extraída do art. 155 do CPP, em seu parágrafo único.

Por obvio a liberdade das provas encontra limites: no processo penal podem ser utilizados quaisquer meios de prova, ainda que não especificados na lei, desde que não sejam **inconstitucionais, ilegais ou imorais** (veremos isso depois).

1.7.1. Meio de prova X Meio de obtenção de prova

Alguns doutrinadores diferenciam **meios de prova** de meios de **pesquisa/investigação ou obtenção** de prova.

- O **meio de prova** refere-se a uma atividade **endoprocessual** que se desenvolve **perante o juiz**.
- Os **meios de investigação/pesquisa/obtenção** dizem respeito a certos **procedimentos** (em regra extraprocessuais) que visam à **colheita de provas materiais**, e que podem ser realizados por outros funcionários. Têm como característica básica o elemento surpresa, além de não estarem submetidos ao contraditório.

Ex.: busca e apreensão (apesar da sua posição no CPP). Se por acaso houver êxito, o objeto apreendido é que consistirá na prova. Outro ex.: interceptação telefônica.

QUESTÃO: A interceptação telefônica é um meio de prova. **FALSO**. Trata-se de meio de investigação, de obtenção de prova, já que visa colher elementos que talvez possam auxiliar na formação da convicção do juiz.

Distinções		
Fonte de prova	Meio de prova	Meios de obtenção de prova
São as pessoas ou coisas que podem trazer informações sobre o delito.	São os instrumentos através dos quais as fontes de prova são levadas ao processo. Dizem respeito a uma atividade endoprocessual , que se desenvolve perante o juiz, com a participação das partes.	Referem-se a certos procedimentos, em regra, extraprocessuais , cujo objetivo é o de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz.
	A observância do contraditório é obrigatória.	Sua característica principal é o elemento surpresa: não há contraditório .
Exemplos: Pessoas, cadáveres	Exemplos: Depoimento, acareação, confissão	Exemplos: Busca e apreensão ² ; Interceptação telefônica

1.7.2. Exceções ao princípio da liberdade das provas:

- a) **Art. 479, CPP** – Não se podem exhibir documentos em plenário que não sejam juntados aos autos com antecedência mínima de **3 dias úteis**. Atenção à pegadinha de concurso: antes da Lei 11.689/08, esse prazo era de **3 dias** (não necessariamente úteis).

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a **leitura** de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a **antecedência mínima de 3 (três) dias úteis**, dando-se ciência à outra parte. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Compreende-se na **proibição** deste artigo a **leitura de jornais** ou **qualquer outro escrito**, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui

² Não se sabe ainda que alguma coisa vai ser encontrada. Somente haverá um meio de prova quando a coisa for apreendida e levada ao processo.

ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

b) Art. 207, CPP

Art. 207. São **proibidas de depor** as pessoas que, em razão de **função, ministério, ofício ou profissão**, devam guardar **segredo**, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

c) Questões prejudiciais heterogêneas que digam respeito ao estado civil das pessoas (art. 92, CPP):

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, **sobre o estado civil das pessoas**, o curso da ação penal ficará **suspenso até que no juízo** cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Ex.: alguém é acusado do crime de bigamia e alega que o seu casamento é nulo. Por se tratar de questão prejudicial de outro ramo do direito, relativo a estado civil, o processo penal deverá ser sobrestado.

d) Exame pericial nos crimes materiais cujos vestígios não tenham desaparecido (art. 158, CPP):

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

e) Prova do estado das pessoas → O art. 155, parágrafo único será estudado no ponto 3.1.

1.8. Prova emprestada

É aquela prova colhida em outro processo e posteriormente transportada documentalmente ao processo penal. A **eficiência** da instrução criminal e a **colaboração** da justiça levam à admissibilidade do empréstimo probatório.

Para parte da doutrina, embora seja trazida ao segundo processo pela forma documental, a prova emprestada tem o mesmo valor que possuía no processo originário, onde foi produzida. Prevalece, todavia, que 'a prova que veio de outro processo entra no processo atual como 'prova documental', independentemente da natureza que ela tinha no processo originário"³. Pode ser patrocinado o empréstimo probatório até mesmo de um processo cível a um criminal.

São requisitos para o empréstimo da prova, trazidos por Nestor Távora:

- a) Mesmas partes** em ambos os processos – A utilização da prova emprestada só é possível se aquele contra quem ela for utilizada tiver participado do processo onde essa prova foi produzida, observando-se o contraditório e a ampla defesa em relação ao mesmo acusado. **Atenção: esse não é o entendimento do STJ. Para o STJ, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para**

³ Cf. <http://www.dizerodireito.com.br/2014/09/prova-emprestada-oriunda-de-processo-no.html>

isso - STJ. Corte Especial. EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014 (Info 543).

- b) Mesmo fato probando;**
- c) Prova produzida sob o crivo do contraditório.**

QUESTÃO: Cabe prova emprestada de inquérito policial? *Não.*

ATENÇÃO: Não há empréstimo de elementos de um inquérito a um processo, afinal o procedimento investigativo preliminar é regido pela inquisitorialidade

Questão interessante é saber os reflexos no processo que recebe a prova emprestada, caso o processo emprestado seja declarado nulo. Basta indagar se a nulidade contaminou ou não a instrução do processo emprestado. Se relativa, só os atos decisórios são imprestáveis, aproveitando-se os instrutórios. Se absoluta for a nulidade do processo emprestado, a instrução é atingida, sendo a prova emprestada viciada.

Pergunta de concurso: É possível a utilização de elementos colhidos em interceptação telefônica em processo administrativo?

À primeira vista, parece que não, já que a Lei de Interceptação Telefônica afirma que a interceptação telefônica só pode ser autorizada para **investigação criminal** de delito punido com pena de **reclusão**:

Art. 2º da lei 9296/96. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Mas atente: para o STF, dados obtidos em interceptação telefônica autorizada em processo criminal podem ser usados em procedimento administrativo a título de prova emprestada.

1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o **devido processo legal**, respeitados os princípios constitucionais do **contraditório e ampla defesa**, bem como haja **expressa autorização** do **Juízo Criminal**, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração.

2. São nulos o desenvolvimento de sindicância e a instauração de processo administrativo disciplinar com base exclusivamente em fita cassete e gravação oriundas de interceptação telefônica, se o envio e a utilização das referidas provas não forem autorizados pelo Juízo Criminal. STJ - RMS 16429

Outro julgado: STF PET 3683

Sendo assim, podemos listar os seguintes **requisitos** para o uso de elementos colhidos em interceptação telefônica em processo administrativo (trazidos pelo STJ):

- a) Observância, também no âmbito administrativo, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e;
- b) Expressa autorização do Juízo Criminal.

1.9. Nomenclatura e Tipicidade da Prova

I. Prova nominada/Inominada

Prova nominada é aquela que está prevista em lei (seu nome está previsto em lei), enquanto a prova inominada é aquela que não está prevista em lei (ex: reconhecimento de pessoas por meio de fotografias em e-mail – no CPP está previsto apenas o reconhecimento pessoal).

O princípio adotado pelo processo penal é o da LIBERDADE PROBATÓRIA (em contraposição ao princípio da taxatividade das provas), em virtude da liberdade e segurança da sociedade, que estão em jogo.

Destarte, no processo penal, podem ser utilizados quaisquer meios de provas, ainda que não especificados na lei, desde que não sejam ilícitos e nem imorais (pois a liberdade probatória encontra limites na licitude da prova).

II. Prova Típica/Prova Atípica

Prova típica é aquela que possui procedimento probatório previsto em lei (não se contenta meramente com o nome da prova na lei). Prova atípica é aquela que não tem procedimento probatório específico.

Cuidado: embora a mesma prova possa ser nominada e típica, esses conceitos não se confundem, sendo possível haver prova nominada e atípica.

DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS → meio de prova nominado

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, **proceder-se-á** pela seguinte forma: → **meio de prova típico**.

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Ex: a reconstituição do fato delituoso está prevista na lei, mas não o seu procedimento. Por isso, trata-se de prova nominada e atípica:

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à **reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública**.

1.10. Prova irritual

É a prova colhida sem a observância do modelo previsto em lei. Trata-se de prova ilegítima, devendo ser reconhecida sua nulidade. Ocorre, por exemplo, quando o juiz, durante o

depoimento da vítima, pede para ela apontar quem foi o autor do delito. Nesse caso, há reconhecimento de pessoas, sem seguir o procedimento previsto no art. 226 do CPP.

1.11. Prova anômala

É um conceito interessante que deve ser cobrado em concurso haja vista sua atualidade.

Prova anômala é aquela utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios, com características de outra prova típica. Ou seja, existe meio de prova legalmente previsto para a colheita da prova, porém deixa-se de lado esse meio de prova para se valer de outro.

Exemplo (caso verídico MPF): João testemunhou um delito. O conhecimento dele deve ser trazido ao processo por meio de depoimento prestado em juízo (com contraditório), para servir como prova testemunhal. Na prática, para não ter que expedir cartas precatórias, visando a celeridade do processo, tem sido muito comum de o oficial de justiça ouvir o testemunho da testemunha por telefone, lavrando certidão, e o juiz aceitar a certidão, considerando que o oficial tem fé pública. Essa prova é anômala, não devendo ser admitida.

Prova irritual	Prova anômala
É a prova típica produzida sem o procedimento previsto em lei. (ex: reconhecimento de pessoas sem isolamento). É ilegítima.	É a prova típica produzida com o procedimento correto, mas visando finalidade diversa (ex: certidão/declaração, para prova testemunhal). É ilegítima.

2. Princípios relativos à prova penal

- **PRINCÍPIO DA AUTO-RESPONSABILIDADE DAS PARTES** → As partes assumem as conseqüências de sua inação.
- **PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA** → Toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório.
- **PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO ou COMUNHÃO DA PROVA** → A prova não pertence à parte que a produziu, e sim ao processo. Para que uma parte desista de prova que já tenha proposto, deverá ser ouvida a parte contrária. Segundo Nestor Távora, até mesmo no caso de testemunha isso é válido, apesar da omissão legislativa do art. 401, §2º do CPP:

Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

- **PRINCÍPIO DA ORALIDADE** → Deve haver predominância da palavra falada. Por isso, só excepcionalmente as alegações finais devem ser escritas (art. 403). Desse princípio decorre o princípio da concentração das provas em uma única audiência (art. 400, §1º), o princípio da imediatidade (segundo o qual as provas devem ser produzidas perante o juiz) e o princípio do juiz natural.

Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas **alegações finais orais** por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º O juiz poderá, considerada a **complexidade do caso ou o número de acusados**, conceder às partes o **prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais**. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 400. § 1º **As provas serão produzidas numa só audiência**, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

- **PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE** → Só excepcionalmente é possível o sigilo dos atos (art. 792, §1º do CPP e art. 1º da CPP 9.296/96 - lei das interceptações telefônicas).

Art. 792 do CPP. As audiências, sessões e os atos processuais serão, **em regra, públicos** e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar **escândalo, inconveniente grave** ou **perigo de perturbação da ordem**, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Art. 1º da lei 9.296/96. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

- **PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO** → Permite ao magistrado liberdade para decidir, desde que o fala de forma motivada.

2.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ou da PRESUNÇÃO DA NÃO-CULPABILIDADE

Esse princípio também é chamado de presunção da não-culpabilidade. A doutrina considera que esse princípio passou a ser expresso a partir da Constituição de 1988. Ele também está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Constituição Federal	Pacto de San Jose da Costa Rica
Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ;	Art. 8º, 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência , enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. [...]
a) Presume-se a não-culpabilidade.	a) Presume-se a inocência.
b) A presunção dura até o trânsito em julgado (mais benéfico)	b) A presunção dura até o julgamento de apelação em tribunal de segundo grau (mais prejudicial)

A Convenção Americana, no mesmo molde dos demais tratados internacionais, utilizando a expressão “inocência”, adota o princípio da presunção de inocência. O detalhe é que a no Pacto de San José da Costa Rica, a presunção de inocência subsiste apenas “enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Fazendo uma interpretação sistemática da Convenção (pois ela também diz que todo acusado tem direito de duplo grau de jurisdição), percebe-se que a presunção de inocência dura até o julgamento de uma apelação por tribunal de segundo grau (e não até o trânsito em julgado da decisão, como é previsto na CF/88).

Na Constituição Brasileira, a previsão é mais benéfica ao réu, pois define que a presunção de não-culpabilidade dura até o trânsito em julgado.

Como deve ser aplicada a norma mais benéfica ao réu, na prática é aplicada a regra prevista na Constituição.

A presunção da não-culpabilidade e a presunção da inocência são expressões sinônimas (deve-se atentar que em prova podem dizer que a Constituição adota a presunção de não-culpabilidade e a Convenção, da inocência).

I. Regras que derivam do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade

- a) **Regra Probatória** – Para que alguém possa ser condenado, a parte acusatória tem o ônus de comprovar a prática do fato delituoso, produzindo no magistrado um juízo de certeza, sendo que, no caso de dúvida, deve absolver o acusado com base no *in dubio pro reu*.

Vale dizer, não é o acusado que tem que provar que é inocente, mas o acusador que tem que provar que o acusado é culpado. Assim, pela regra da distribuição do ônus da prova, na dúvida (por exemplo, quanto à ocorrência de uma excludente de ilicitude), deve-se absolver o acusado.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo **se houver fundada dúvida sobre sua existência**; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

- b) **Regra de tratamento** – A regra é que o acusado responda ao processo penal em liberdade, sendo que sua prisão só pode ser decretada antes do trânsito em julgado se houver necessidade para preservar a eficácia do processo.

A prisão cautelar não pode ser decretada como forma de antecipação da pena.

II. Questões de prova:

- a) **O que acontece enquanto está tramitando no STF um recurso extraordinário?**

O art. 637 dispõe que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, no modo que já é possível a execução provisória da sentença. Isso foi aplicado por décadas. Tinha-se como efeito automático de acórdão condenatório de tribunais de segundo grau (em sede de apelação) a expedição de mandado de prisão, para execução provisória da pena.

Art. 637 do CPP. O recurso extraordinário **não tem efeito suspensivo**, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a **execução** da sentença. 27, §2º da lei 8038/90.

A partir do HC 84078 (de 2008) esse entendimento foi modificado. O STF passou a entender que o **princípio da presunção de inocência tem duração até o trânsito em julgado**, de modo que a pessoa deve permanecer em liberdade durante o julgamento do recurso extraordinário, em sua face da regra de tratamento, salvo se presente uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando

desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. STF Min. Eros Grau. 05/02/2009.

b) A pessoa presa cautelarmente há muito tempo faz jus aos benefícios prisionais (livramento condicional, progressão regime)?

Sim. Em relação ao preso cautelar, nada impede a concessão antecipada de benefícios prisionais.

Súmula 716 do STF. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717 do STF. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Deve-se chamar isso de concessão antecipada de benefícios prisionais, que soa melhor que execução provisória (pois demonstra que a pessoa tem conhecimento do HC do STF).

c) Aplica-se o princípio do *in dubio pro reo* à revisão criminal?

O princípio do *in dubio pro reo* somente incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal (que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria), não se aplica o princípio do *in dubio pro reo*, mas sim o princípio do *in dubio contra reo*.

2.2. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE PELO JUIZ (Princípio da Verdade Material x Real)

Em virtude dos direitos individuais indisponíveis em jogo no processo penal, cabe ao juiz a busca da verdade, deixando de agir como mero espectador.

Segundo a doutrina tradicional, esse princípio se opõe ao da verdade formal.

Verdade real	Verdade formal
Conta com a proatividade do juiz, que de mero espectador passa a atuar, inclusive de ofício, no esforço probatório. Há prevalência do sistema inquisitório. Justificava torturas e demais abusos, na busca pela verdade real.	Em regra, está vinculada à esfera extra-penal, onde são versados regras de direito disponível. Incorre no reducionismo da atuação das partes em empreender esforço probatório na busca da demonstração fática/jurídica. O juiz é mero espectador.

A verdade real é uma grande mentira. A melhor doutrina já não diferencia verdade real de verdade formal, pois o princípio da busca da verdade pelo juiz tem o conteúdo de **verdade possível ou processual**.

O que há para discutir quanto a esse princípio está consagrado no art. 156, II do CPP: o juiz pode produzir prova de ofício?

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Desde que o faça durante o curso do processo penal, admite-se que o juiz produza provas de ofício, devendo essa iniciativa probatória, ser exercida de maneira complementar. Durante as investigações, o juiz não deve produzir prova de ofício.

Prova cabal da complementaridade da prova do juiz está no art. 212, que se preocupa com o princípio da busca da verdade pelo juiz, na medida em que pode vir a comprometer a imparcialidade do juiz:

Art. 212 do CPC. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, **o juiz poderá complementar a inquirição.**

Antes da Lei 11.690/2008, as perguntas às testemunhas eram feitas inicialmente pelo juiz. Com a nova lei, primeiro perguntam as partes, em *cross examination*, devendo o juiz perguntar somente de forma complementar. Assim, a prova cabe às partes – ao juiz só de forma complementar em consagração do princípio da busca da verdade pelo juiz.

2.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade possui três fases/pressupostos:

- **Adequação:** A restrição imposta deve ser adequada a atingir o fim proposto. Ex: Uma testemunha ameaçada pode justificar a decretação da prisão cautelar. Uma vez ouvida, já não se deve manter a prisão cautelar, pois o fim proposto com a prisão já foi alcançado.
- **Necessidade ou Intervenção mínima:** Entre as medidas idôneas a atingir o fim proposto, deve ser adotada a menos gravosa. Ex: Com base nesse sub-princípio, os tribunais têm admitido a utilização do **poder geral de cautela** no processo penal, aplicando medidas

cautelares menos gravosas que a prisão. Isso tem acontecido muito, principalmente na Justiça Federal.

- **Proporcionalidade em sentido estrito:** Entre os valores em conflito, deve preponderar o de maior relevância. Ex: a discussão da utilização da prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade.

I. Princípio da proporcionalidade e provas ilícitas *pro reo*

É possível admitir no processo a prova ilícita *pro reo* com base no princípio da proporcionalidade. Isso porque não faria o menor sentido condenar alguém porque a prova que o acusa é ilícita.

II. Princípio da proporcionalidade e provas ilícitas *pro societatis*

Para o STF não é possível a utilização de provas ilícitas em prol da sociedade com base no princípio da proporcionalidade. Julgado: STF HC 80949

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pe dido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

Alguns doutrinadores entendem que provas ilícitas podem ser utilizadas em favor da sociedade em razão do princípio da proporcionalidade (Ex: Barbosa Moreira entende que em situações extremas é possível admitir – caso das cartas de presos interceptadas sem decisão judicial, em que os presos planejavam fuga e seqüestro do juiz da comarca).

Em prova objetiva, é para marcar que não pode.

2.4. PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Pelo princípio da não auto incriminação, **o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo.**

Esse princípio está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica, art. 8º, 2, “g”, e na Constituição brasileira, em seu art. 5º, LXIII:

Art. 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;** [...]

Art. 5º, LXIII da CF - O **preso** será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

I. Titular do princípio da não auto incriminação

Embora a Constituição faça menção ao **preso**, não é apenas o preso que possui o direito de não produzir prova contra si mesmo

A expressão deve ser interpretada de modo ampliativo, abrangendo o **suspeito, indiciado, acusado, condenado** e até mesmo a **testemunha**, caso de sua resposta possa resultar uma auto-incriminação.

Assim, a testemunha, em regra, tem obrigação de dizer a verdade, sob pena de responder por crime de falso testemunho. Contudo, se de suas resposta puder se incriminar, estará protegida pelo direito ao silêncio.

II. Abrangência

Há quem confunda o princípio do *nemo tenetur* com o direito ao silêncio mas, na verdade este constitui apenas um dos desdobramentos do princípio da não auto-incriminação.

Desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*:

- a) O direito ao silêncio, ou de ficar calado
- b) Direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo.
- c) Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva o corpo humano.

2.4.1. O direito ao silêncio, ou de ficar calado

Por conta do direito ao silêncio, o acusado não é obrigado a se fazer presente no júri, ainda que lhe seja imputado crime inafiançável (trata-se de recente mudança legislativa). Observações:

- **Do seu exercício não pode resultar prejuízo ao cidadão.**

- O direito de mentir está abrangido no direito ao silêncio? **Tolera-se a mentira, já que não há, no Brasil, o crime de perjúrio.**

Qual é a mentira tolerada?

A mentira defensiva é tolerada (ex: falso álibi). A mentira agressiva, contudo, não é tolerada (ela ocorre quanto se atribui a terceiro a prática do delito – nessa situação há a prática de denúncia caluniosa).

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, **o acusado será informado pelo juiz**, antes de iniciar o interrogatório, do **seu direito de permanecer calado** e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. **O silêncio**, que não importará em confissão, **não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa**. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

OBS: a redação antiga desse artigo previa a possibilidade de decorrência de prejuízo do silêncio.

A formalidade do caput do art. 186 é essencial ao direito do silêncio.

ATENÇÃO: A parte final do art. 198 não foi recepcionada pela Constituição federal, assim, o silêncio do acusado não poderá ser utilizado para a formação do convencimento do juiz:

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, **mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz**.

- **Direito ao silêncio e Tribunal do Júri (lei 11.689)** – Duas considerações são importantes:

O direito ao silêncio não pode ser utilizado como argumento para convencer os jurados.

Antes da lei 11.689, a presença do acusado dentro do Tribunal do Júri era obrigatória, se o crime fosse inafiançável. Agora existe a possibilidade de o acusado não comparecer, deixando a cargo do advogado o exercício da defesa. Isso, de maneira indireta, está ligada ao direito ao silêncio pois o acusado não comparece justamente para não ter que exercer o direito ao silêncio perante os jurados.

- **Há um dever de informação quanto ao direito ao silêncio** – Assim, o acusado tem que ser informado de seu direito ao silêncio. O dever está previsto na Constituição:

Art. 5º, LXIII da CF - O preso será **informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Importância disso:

Para o STF, se o acusado não foi prévia e formalmente advertido quanto ao direito ao silêncio, eventual confissão deve ser considerada prova ilícita. Julgado: HC 80949:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilícitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido

em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pe dido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. DJE 30/10/2001. Min. Rel. Sepúlveda Pertence.

2.4.2. Direito de não praticar comportamento ativo que possa incriminá-lo

O acusado não é obrigação a praticar qualquer comportamento **ativo** que possa incriminá-lo. Por conta disso, não se pode exigir que o acusado faça alguma coisa:

Exemplos:

- i. Exame grafotécnico (para comparar a escrita) – Não se pode exigir que a pessoa escreva, mas é possível pegar algum escrito da pessoa na faculdade, por exemplo.
- ii. Reconstituição do crime.

ATENÇÃO: o reconhecimento de pessoa não está acobertado pelo direito ao silêncio (já que implica em comportamento passivo), podendo o acusado a ser obrigado a ficar ao lado de outros elementos, para que a vítima ou testemunha possa identificá-lo.

- iii. Soprar bafômetro (STF HC 93916)

2.4.3. Direito de não produzir prova incriminadora que envolva o corpo humano

O último desdobramento do princípio do *nemo tenetur se detegere* é o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva o corpo humano.

Somente a prova invasiva está acobertada pelo princípio da não auto-incriminação. Ou seja, o acusado **NÃO** é obrigado a fornecer prova invasiva, mas apenas a não invasiva:

- **Prova não invasiva** – consiste numa **inspeção** ou **verificação** corporal, não implicando na extração de nenhuma parte do corpo humano. **Dispensa anuência**. Ex.: intervenções ou inspeções médicas.
- **Prova invasiva** – é a prova que envolve o corpo humano e implica na **utilização** ou **extração** de alguma parte dele ou na invasão física contra ele. Por conta disso, **exige concordância/anuência**. Ex.: exame de bafômetro e DNA. O Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 306, prevê o bom exemplo. Vejamos a sua redação antiga e a nova:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas — detenção, de seis meses a três

~~anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.~~

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Alterado pela L-011.705-2008) (Regulamentado pelo D-006.488-2008)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Antigamente, “sob a influência de álcool” era algo passível de ser provado por exame clínico. Com a Lei 11.705/08, o legislador fulminou no art. 306. Se alguém se recusa a soprar o bafômetro, não há como provar a concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas.

Observações importantes:

a) Elementos apreendidos relativos ao corpo humano produzidos de forma voluntária ou involuntária podem ser utilizados como prova lícita.

Uma coisa é a produção forçada de prova invasiva, o que não se admite. Outra coisa é a produção voluntária ou involuntária de prova pelo acusado (descartando-a do lixo ou em ambientes públicos).

Não se pode, p. ex., arrancar um fio de cabelo de alguém (para fazer exame de DNA). Contudo, quando a parte do corpo humano já foi descartada (voluntariamente ou não), é possível apreendê-la. Ex.:

- Expedição de mandado de busca e apreensão da escova de cabelo do acusado;
- Material colhido do lixo do acusado;
- Exemplo da Glória Trevi. A cantora mexicana, presa na carceragem da PF, apareceu grávida. O STF autorizou a coleta da placenta, objeto que estava sendo descartado. STF, Recl. 2040:

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. **Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda.** 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, **autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.** 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. **9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante.**

EXAME. RAIOS X. TRÁFICO. ENTORPECENTES. HC 149.146-SP

No caso concreto, decidiu o STJ que a submissão dos acusados ao exame de raios x, a fim de constatar a ingestão de cápsulas de cocaína, não ofende o princípio segundo o qual ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere), uma vez que não ficou comprovada qualquer recusa na sujeição à radiografia abdominal; ao contrário, os pacientes teriam assumido a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional do entorpecente. Os exames de raios x não exigiram qualquer agir ou fazer por parte dos pacientes, tampouco constituíram procedimentos invasivos ou até mesmo degradantes que pudessem violar seus direitos fundamentais.

b) Gravação feita pela imprensa com o preso e gravação de conversa informal entre policiais e o preso.

Essas gravações feitas **sem a advertência formal quanto ao direito ao silêncio** constituem prova ilícita, pois violam o art. 5º, inciso LXIII da CF. Cf. STF, HC 80949 (ementa cuja leitura é muito recomendada para concursos):

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. **1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.** II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente **impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadéquadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita,** considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - **quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.** 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. **A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.** 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. **8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha.** V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

3. Análise da lei 11.690/2008

3.1. Análise do art. 155 do CPP:

~~Art. 155 — No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.~~

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela **livre apreciação da prova** produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos **elementos informativos** colhidos na investigação, ressalvadas as *provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Somente quanto ao **estado das pessoas** serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Veja que o parágrafo único do atual art. 155 consiste na redação anterior de todo o artigo. A diferença, pois, está no *caput*.

I. Provas

Conceito: Provas são os elementos de convicção produzidos, em regra, durante o **processo judicial**, com a participação dialética das partes, sob o manto do **contraditório real** e da ampla defesa, e mediante a (direta ou remota) **supervisão do órgão julgador** (princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, §2º, do CPP⁴).

- **Contraditório:** O contraditório sob o qual são produzidas as provas é o REAL (para a prova).

Alguns doutrinadores trabalham com a seguinte diferença entre contraditórios:

Contraditório sobre a prova	Contraditório para a prova
É o CONTRADITÓRIO DIFERIDO: Consiste no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Ex: prova de interceptação telefônica, em que o investigado só tem conhecimento da realização da prova depois que ela já foi produzida.	É o CONTRADITÓRIO REAL: As partes atuam na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes.

A necessária observância do *princípio da identidade física do juiz* para a produção de provas determina que juiz que presidiu a instrução deverá proferir sentença.

- **Papel do juiz:** A presença do juiz, necessária para a produção das provas, pode ser:
 - a) **Direta** – é a presença física, comum nas audiências.
 - b) **Remota** – é aquela que vai ocorrer através de vídeo-conferência.

II. Elementos de prova ou de informação

Conceito: São **dados objetivos** que **confirmam** ou **negam** uma afirmação a respeito de um fato que interessa à causa, obtidos na **fase investigatória**, sem a necessária participação dialética das partes.

⁴ Art. 399, § 2º do CPP. **O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.** (Acrescentado pela L-011.719-2008).

- **Contraditório:** Na fase investigatória, em que são produzidos os elementos de prova (e não as provas), não há necessidade de contraditório. O delegado pode até autorizar a presença do advogado na produção dos elementos de provas, mas ele não está obrigado a isso.
- **Papel do juiz:** Na fase investigatória, o juiz atua apenas como *garante* das regras do jogo. Significa que nas hipóteses em que para a produção dos elementos de prova for necessário fazer restrição de direitos, elas deverão ser feitas em respeito à cláusula de reserva de jurisdição, pelo juiz das garantias.

✓ **CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO** → Determinados direitos só poderão ser restringidos mediante autorização do Poder Judiciário, no exercício de função judicante.

É como se, em relação a um núcleo determinado de direitos, somente o juiz pudesse atuar (não poderiam mitigá-los o MP, as CPI's, etc.).

Tem que ser “no exercício da função judicante” porque já aconteceu de o Corregedor mitigar esses direitos no exercício da função correicional. Apesar de o corregedor ser um juiz, quando está nessa atuação não pode atuar sobre as cláusulas de reserva de jurisdição.

Direitos que compõem a cláusula de reserva de jurisdição:

- a) **Interceptação telefônica** – Cuidado para não confundir a interceptação telefônica (teor das conversas) com a quebra do sigilo de dados telefônicos (apenas os registros telefônicos).
- b) **Inviolabilidade domiciliar** – Determinar o ingresso na residência de alguém só pode ser realizado pelo juiz, salvo nas exceções previstas na Constituição (ex: prisão em flagrante).
- c) **Prisão cautelar**, salvo o caso de flagrante.
- d) **Sigilo dos processos** – Somente juiz pode decretar ou afastar o sigilo de processos.

A CPI dos grampos tentou ter acesso a processos cujo sigilo tinha sido decretado pelo juiz e ficou decidido que a CPI não poderia afastar o sigilo.

✓ **JUIZ DAS GARANTIAS** → Atualmente, o magistrado que decreta determinada medida coercitiva durante as investigações fica prevento para atuar no processo.

Art. 83. Verificar-se-á a **competência por prevenção** toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, **ainda que anterior ao oferecimento** da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c).

No projeto de reforma do CPP, em andamento no Congresso Nacional, existe a previsão do chamado juiz de garantias: “sempre que houver necessidade de autorização judicial para medidas coercitivas na fase investigatória, a competência será do juiz de garantias”.

- **Finalidades dos elementos de prova:**
 - a) Auxiliar na formação da *opinio delicti* – seu destinatário é o MP, nesse caso.
 - b) Fundamentar a decretação de medidas cautelares.

• **Distinção entre prova e elementos de prova/informações**

	Prova	Elementos informativos
Momento	Em regra, produzida na fase judicial.	Fase investigatória ⁵ .

⁵ Hoje a fase investigatória não se resume ao inquérito policial.

Participação das partes	Contraditório (contraditório real ou para a prova) e ampla defesa.	Não há contraditório e nem ampla defesa.
Participação do juiz	Produzida na presença do juiz (direta ou remota).	O juiz atua como garante das regras do jogo.
Finalidade primordial	a) Auxiliar o convencimento do juiz. b) Fundamentar a decisão final do processo penal.	a) Auxiliar na formação da <i>opinio delicti</i> ⁶ . b) Subsídio para decretação de medidas cautelares.
Utilização na sentença	Ampla utilização.	Podem ser utilizados (art. 155), desde que não exclusivamente, mas de forma complementar.

- **Utilização dos elementos informativos na sentença:** O art. 155 diz que os elementos informativos podem ser utilizados na fundamentação da sentença de maneira subsidiária, complementar à prova produzida em juízo.

Não é possível a fundamentação da sentença **exclusivamente** baseada em elementos de informação, mas eles podem se somar à prova produzida em juízo como mais um elemento à formação da convicção do juiz⁷. Julgados:

EMENTA: I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver "justa causa" para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. 2. **Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial.** II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação. **STF, RE 287658**

3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, **o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial.** Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. 4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 5. Agravo regimental improvido. **STF, AR no RE 425734**

Provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, embora sejam produzidas na fase investigatória, **podem ser utilizadas para fundamentar sentença** condenatória, pois, em relação a elas, há **contraditório** (diferido ou real – a depender do caso).

III. Provas cautelares, não-repetíveis ou antecipadas

- a) **PROVAS CAUTELARES** → São aquelas em que existe um **risco de desaparecimento do objeto**, em razão do *decurso do tempo*. Elas dependem de **autorização judicial**⁸ e seu **contraditório é diferido** (uma vez concluída a produção dessa prova, deverá ser dado acesso ao advogado de defesa). Ex.: interceptação telefônica e busca e apreensão.

⁶ Convicção do titular da ação penal

⁷ Observações: No Senado tentaram suprimir o advérbio “exclusivamente”, mas não conseguiram. Também tentaram determinar que o inquérito fosse desentranhado dos autos do processo, uma vez denunciada. Os elementos informativos costumam ser mais robustos que a prova.

⁸ Como toda medida cautelar.

b) PROVAS NÃO REPETÍVEIS → São aquelas que **não têm como ser novamente coletadas ou produzidas**, em virtude do desaparecimento ou destruição da fonte probatória. Sua realização não depende de autorização judicial, devendo sua produção ser determinada pela **autoridade policial**. Quanto a elas o contraditório também será **diferido**. Ex.: perícia em infrações que deixam vestígios.

Observação: A perícia pode ser feita na fase investigatória sem participação das partes. O perito poderá ser chamado para depor em juízo posteriormente. Mas veja que a nomeação do **assistente técnico somente será possível** na fase judicial.

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

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

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

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

c) PROVAS ANTECIPADAS → São aquelas produzidas com a observância do **contraditório real**, perante o juiz, **em momento processual distinto** daquele legalmente previsto ou até mesmo antes de iniciado o processo, em razão de sua relevância e urgência.

Ex: Testemunha presencial do delito correndo risco de morte. O depoimento em prova antecipada é conhecido como **depoimento ad perpetuam rei memorium** (expressão cobrada em prova).

Art. 225 do CPP. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que **ao tempo da instrução criminal já não exista**, o juiz poderá, **de ofício** ou a **requerimento** de qualquer das partes, **tomar-lhe antecipadamente o depoimento**.

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão **suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz **determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes** e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996) (Vide Lei nº 11.719, de 2008).

O procedimento dessa prova antecipada está regulamentado no **Código de Processo Civil**, entre os artigos 846 a 851.

Prova cautelar	Prova não-repetível	Prova cautelar
Depende de autorização judicial. Contraditório diferido.	Não depende de autorização judicial. Contraditório diferido.	Produzida perante o juiz. Contraditório real.

VI. Sistemas de Valoração/Avaliação da Prova

- **SISTEMA DA CERTEZA MORAL (ou da íntima convicção do juiz)** – O juiz tem **ampla liberdade** para avaliar as provas, inclusive aquelas que não estão nos autos, mas **sem a necessidade de fundamentar** sua conclusão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus pré-conceitos e crenças pessoais.

Num Estado Democrático de Direito, esse sistema não deve prevalecer. No Brasil, somente em relação ao **Tribunal do Júri** esse sistema de valoração prevalece, e em sua segunda fase, pois os jurados votam os quesitos sigilosamente, sem fundamentar. O juiz presidente, contudo, terá que fundamentar sua decisão de pronúncia e de quantificação da condenação.

- **SISTEMA TARIFADO DE PROVAS (sistema legal, sistema da certeza moral do legislador, das regras legais)** – Determinados meios de prova têm valor probatório pré-fixado pelo legislador, cabendo ao magistrado tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido pela lei. Neste sistema, a lei atribui a cada prova determinado valor, cabendo ao juiz simplesmente fazer a somatória. A prova de valor absoluto é a confissão.

Esse não é o sistema adotado pelo CPP, mas existem algumas expressões suas no Código:

- Em relação aos **crimes materiais que deixam vestígios**, esse sistema é adotado. Nestes crimes, o CPP exige a prova pericial, não servindo a confissão para suprir eventual omissão de perícia. Obs: quando os vestígios desaparecerem, a prova testemunhal pode suprir a omissão.
 - Também a **prova do estado das pessoas** é um exemplo (art. 155 parágrafo único), estando sujeita à legislação civil.
- **SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (livre convicção fundamentada ou da persuasão racional do juiz)** – O magistrado tem **ampla liberdade** na valoração das provas, as quais têm o mesmo valor, porém é obrigado a **fundamentar** sua decisão.

Esse é o sistema adotado pelo Brasil (é indicado na exposição de motivos do CPP e previsto nos arts. 93, IX, CF, e 155, CPP):

Art. 93, IX da CF - 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; (Alterado pela EC-000.045-2004)

Efeitos importantes que derivam da adoção desse sistema:

- Não existe prova de **valor absoluto** nem hierarquia entre as provas. Nem mesmo a confissão terá valor absoluto:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

- O juiz deve **valorar todas as provas** produzidas no processo, mesmo que para afastá-las.
OBS: Quanto aos elementos informativos colhidos na fase preliminar, não devem ser valorados na sentença, afinal não foram passíveis de contraditório e ampla defesa, e sequer estão no altiplano das provas. Lembrar que podem ser utilizados de forma complementar.
- Somente são válidas as provas **constantes do processo**, ou seja, conhecimentos privados do juiz não têm validade. O juiz que atua como testemunha é impedido de atuar como juiz:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:
II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como **testemunha**;

V. Prova quanto ao estado das pessoas

Como já dito, em razão da adoção o princípio da liberdade das provas, em contraposição ao da taxatividade, podem as partes e o juiz se valerem de meios de prova nominados e inominados.

Quanto ao estado das pessoas, contudo, não vigora tal liberdade probatória, estando a prova submetida às restrições estabelecidas na lei civil. A lei estabelece quais são as restrições:

- A menoridade deve ser comprovada mediante certidão de nascimento (súmula 74 do STJ – se não for juntada, o agressor será absolvido).
Súmula 74 do STJ. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.
- A morte deve ser comprovada com certidão de óbito. O STF entende que, comprovada a falsidade da certidão de óbito, nada impede que o cidadão seja novamente processado, porque o primeiro processo seria inexistente.

3.2. Análise do art. 156 do CPP

~~Art. 156 – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.~~

Art. 156. A **prova da alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**: (Alterado pela L-011.690-2008)

I - ordenar, **mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de **provas consideradas urgentes e relevantes**, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Acrescentado pela L-011.690-2008)

II - determinar, **no curso da instrução**, ou antes de proferir sentença, a **realização de diligências** para dirimir **dúvida** sobre ponto relevante.

3.2.1. Ônus da prova

Conceito: É o **encargo** que recai sobre a parte **de provar a veracidade das afirmações** por ela formuladas ao longo do processo, resultando de sua inatividade uma situação de desvantagem perante o direito.

Alguns doutrinadores dizem que a prova se refere ao FATO, mas o fato jamais poderá ser provado (pois não há como reconstruí-lo). Devem ser provadas as alegações das partes acerca do fato.

A realização da prova não é uma obrigação, mas um ônus. Disso decorre que a demonstração probatória é uma **faculdade**, assumindo a parte omissa as conseqüências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em prova, possivelmente, não terá reconhecido o direito pretendido⁹.

I. Ônus da prova no processo penal

O ônus da prova pode ser subdividido em:

- **Ônus da prova perfeito**: Ocorre quando os prejuízos que derivam de seu descumprimento se produzem necessária e inevitavelmente. Ex: ônus recursal (porque inevitavelmente a pessoa se submete à decisão não impugnada).
- **Ônus da prova menos perfeito**: Ocorre quando os prejuízos que derivam de seu descumprimento se produzem de acordo com a avaliação judicial e não da mera inatividade do onerado. Ex: ônus no processo penal.

⁹ Exemplos de ônus: a possibilidade de recorrer, de provar. Se a pessoa não quiser recorrer ou fazer prova, ninguém poderá compeli-la.

- **Ônus da prova imperfeito:** Jamais vai haver qualquer prejuízo. Não se trata, tecnicamente, de ônus, mas de mera faculdade. Por isso a doutrina quando explica essa distinção nem trata do ônus imperfeito.

O ônus da prova no processo penal é MENOS PERFEITO porque, mesmo que a parte não tenha provado a veracidade das afirmações por ela feitas, isso não significa que dizer que sofrerá inevitavelmente um prejuízo, diante: **(i) da possibilidade da produção da prova de ofício pelo juiz** e **(ii) da regra da comunhão da prova**, segundo a qual a prova produzida pela outra parte pode ser utilizada em seu favor.

II. Ônus da prova objetivo X ônus da prova subjetivo

- **Ônus da prova objetivo:** Funciona como REGRA DE JULGAMENTO destinada ao **juiz** acerca do conteúdo da sentença que deve proferir caso não tenha sido provada a verdade de uma afirmação feita no processo. Confere ao juiz uma regra de como julgar diante da dúvida: deverá julgar por meio da distribuição do ônus da prova. A efetividade da vedação do *non liquet* (o juiz não julga porque não sabe como decidir) depende do ônus da prova objetivo.
- **Ônus da prova subjetivo:** Trata-se de ENCARGO, cujos destinatários são as **partes**, de buscar as fontes de provas capazes de comprovar suas afirmações, introduzindo-as no processo através dos meios de prova legalmente admissíveis.

III. Distribuição do ônus da prova no processo penal

Existem duas correntes acerca da distribuição do ônus da prova:

- a) Ônus da prova exclusivo da acusação** (corrente MINORITÁRIA): Essa corrente entende que o ônus da prova, no processo penal, é **exclusivo da acusação**, que deve provar a tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Explicando: Por força do princípio da presunção de inocência, em seu desdobramento da regra de julgamento do *in dubio pro reo*, com a nova redação do art. 386, VI, o acusado jamais poderá ser prejudicado se houver dúvida sobre fato relevante para a decisão, pois a simples **dúvida quanto à presença de circunstância excludentes da ilicitude ou da culpabilidade** autoriza a absolvição do acusado.

Considerando que a dúvida autoriza a absolvição, Antônio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Badaró e Nestor Távora¹⁰ concluem que **a defesa não possui ônus da prova no processo penal**.

Essa corrente é minoritária.

- b) Ônus da acusação e da defesa no processo penal** (corrente MAJORITÁRIA) – Essa corrente entende que é possível a distinção entre o que seria o ônus da prova da acusação e o que seria o ônus da prova da defesa. Essa corrente trabalha com o art. 333 do CPC:

Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

¹⁰ “A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado”, em razão do princípio do *in dubio pro reo* (Nestor Távora).

O que cada parte tem que provar	
ACUSAÇÃO	DEFESA
Existência de fato típico Aplica a teoria da <i>ratio cognoscendi</i> – indiciariedade ¹¹ : Para essa corrente, a ilicitude e a culpabilidade são presumidas a partir da existência de um fato típico.	Fatos modificativos (Ex.: excludentes da ilicitude);
Autoria ou participação.	Fatos impeditivos (Ex.: excludentes da culpabilidade);
Relação de causalidade (está inserida na tipicidade). Os exames periciais provam a relação de causalidade.	Fatos extintivos (Ex.: causas extintivas da punibilidade).
Elemento subjetivo (dolo/culpa).	

Algumas considerações sobre a corrente majoritária:

- **Grau de convencimento que defesa e acusação devem gerar no juiz** – A acusação e a defesa têm que produzir a certeza ou é suficiente a dúvida?

O art. 386, VI do CPP diz que não é necessário que a defesa produza a certeza, sendo suficiente a produção da fundada dúvida sobre causas de excludente da ilicitude ou culpabilidade ou causas extintivas da punibilidade. A acusação, por sua vez, tem o ônus de provar os fatos delituosos além de qualquer dúvida razoável, produzindo no magistrado um juízo de certeza.

Art. 386 do CPP. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VI – existirem **circunstâncias que excluam o crime** ou **isentem o réu de pena** (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), **ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência**; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Em suma, embora tanto a acusação quanto a defesa possuam ônus probatório, a defesa se desincumbe se gerar dúvida fundada, enquanto a acusação somente cumpre o encargo se produzir juízo de certeza.

- **Prova do Elemento Subjetivo** – Em relação à prova do **elemento subjetivo** (pela acusação), não há dúvidas que a acusação deve provar a culpa. Mas e o dolo? É bastante difícil a comprovação do dolo e, por isso, muitos doutrinadores afirmam que ele seria presumido. Mas atente: falar-se em presunção de dolo importa em violação ao princípio da presunção de inocência.

A acusação deve provar **não só a culpa, mas também o dolo**. O dolo deve ser comprovado a partir das **circunstâncias objetivas** do caso concreto.

¹¹ Pela teoria da *ratio cognoscendi* (indiciariedade), se o fato é típico, presume-se que seja ilícito. Por conta disso, o MP só prova a tipicidade. Esse é o entendimento majoritário (PACELLI, FEITOZA etc.).

Obs: TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (instruções da avestruz ou *ostrich instructions / willful blindness doctrine*)

Essa teoria vem sendo utilizada em relação ao crime de **lavagem de capitais** e **tráfico de drogas**. Quando o agente, de maneira deliberada, procura evitar a consciência quanto à origem ilícita dos bens, **assume o risco** de produzir o resultado de ocultação de tais valores, respondendo pelo crime de lavagem a título de **dolo eventual**.

A lei de lavagem de capitais estabelece que algumas pessoas que trabalham com muito dinheiro têm obrigação de comunicar operações suspeitas (ex.: corretor de imóveis). Quem, diante de situação suspeita, prefere ficar na ignorância (coloca a cabeça no buraco, como uma avestruz), assume o risco de contribuir para o resultado.

Há posicionamento no sentido de que essa teoria só pode ser aplicada em crimes de dolo eventual (mas eu não sei se esse entendimento é majoritário ou não).

Ex.: roubo do BACEN em Fortaleza. Os ladrões compraram, em um dia só, em dinheiro, 4 carros importados + 5 carros nacionais em 2 concessionárias. Os donos das concessionárias de automóveis deveriam ter reportado a situação estranha. Eles foram condenados em 1ª instância. O TRF reformou entendendo que **a teoria da cegueira deliberada somente pode ser praticada pela modalidade de dolo eventual**, e o crime que eles teriam praticado exigiam dolo direto.

3.2.2. Produção da prova pelo magistrado**I. Sistemas inquisitorial e acusatório**

Sistema inquisitorial – Juiz inquisidor	Sistema acusatório
Há extrema concentração de poder nas mãos do órgão jurisdicional, que acumula as funções de acusar, defender e julgar . Não há separação dessas funções de acusar, defender e julgar.	Separação das funções de acusar, defender e julgar , conferidas a personagens distintos. Cada um irá exercer sua função: o MP, com auxílio da polícia, investiga e acusa; a defesa técnica patrocina a defesa e o juiz irá julgar; Preserva-se a imparcialidade do juiz;
Não há publicidade ; o procedimento é escrito e sigiloso; não há contraditório nem ampla defesa;	Vigência do contraditório , da ampla defesa e da publicidade ;
O acusado é considerado mero objeto de investigação , e não um sujeito de direitos.	O acusado é sujeito de direitos ;
	O juiz tem a função de garante das regras do jogo.

OBS: Sistema misto ou acusatório formal

Fala-se, ainda, num sistema **misto ou acusatório formal**. Este tem raízes na Revolução Francesa, caracterizando-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito de colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa.

Assim, no sistema misto ou acusatório formal temos: **a) investigação preliminar**, a cargo da polícia judiciária; **b) instrução preparatória**, patrocinada por um juiz instrutor; **c) julgamento**: no este último sob o crivo do contraditório.

II. Atividade probatória do juiz após a lei 11.690/08:

Antes do início do processo (iniciativa acusatória)	Durante o curso do processo (iniciativa probatória)
<p>O juiz pode determinar a produção de provas se for <i>provocado</i>.</p> <p>O juiz não pode realizar a prova de ofício (senão estaria violando o sistema acusatório, e prejudicando a sua imparcialidade).</p>	<p>É possível que o juiz determine a prova de ofício (parágrafo único do art. 212 do CPP), desde que atue sem substituir as partes (ou seja, desde que atue de maneira subsidiária/complementar¹²):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Atuação subsidiária; - Busca de verdade pelo juiz.

Hoje, a atividade probatória recai predominantemente sobre as partes. Justamente por isso o art. 212 passou a prever que as perguntas são feitas diretamente pelas partes às testemunhas. Esse é o sistema de *cross examination* (porque as perguntas vêm de pontos diferentes – primeiro da acusação e depois da defesa).

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Observação: Competência originária dos tribunais (Lei 8.038/90) e sua compatibilidade com o sistema acusatório (em virtude da designação de um desembargador ou ministro para acompanhar as investigações):

Art. 2º da lei 8.038/90. O relator, escolhido na forma regimental, **será o juiz da instrução**, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.

Parágrafo único. O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.

Pergunta-se: será que esse artigo teria criado o **juizado da instrução**? Será que esse juiz da instrução não viola o sistema acusatório/princípio da imparcialidade?

Atente: esse art. 2º **não adotou** a sistemática do **juizado de instrução** (sistema adotado em alguns países da Europa, em que a fase investigatória é presidida por um juiz, diverso daquele juiz com atribuições para a fase judicial). Além disso, não viola o sistema acusatório, já que, quando o desembargador ou ministro relator preside o inquérito, atua como **mero administrador**, agindo por provocação, e nunca de ofício.

3.3. Análise do art. 157 do CPP

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas **derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o **nexo de causalidade** entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹² No Tribunal do Júri o juiz não atua só de maneira complementar. Ele primeiro faz as perguntas dele e depois as partes fazem as suas. É diferente do sistema do CPP.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

3.3.1. Prova ilegal, proibida ou vedada

Conceito: A prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize **violação de normas legais** ou de **princípios** gerais do ordenamento, sejam eles de natureza **processual** ou **material** (Pietro Muvolone).

A prova ilegal deve ser compreendida como gênero, do qual se extraem duas espécies:

I. Prova ilícita (ou prova obtida por meio ilícito)

A prova será ilícita quando houver violação de uma regra/princípio de DIREITO MATERIAL, do âmbito constitucional ou infraconstitucional. A prova ilícita é obtida **fora do processo**. Ela pressupõe uma violação no **momento da colheita da prova**, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externamente a este.

Ex.: Confissão mediante tortura; interrogatório judicial sem a advertência do direito ao silêncio (neste caso, dentro do processo).

O art. 5º, LVI da CF¹³ veda a utilização de provas ilícitas no processo. Os fundamentos para isso são:

- Proteção dos direitos fundamentais
- Dissuadir as autoridades quanto a práticas probatórias ilegais (como se estivesse dando uma lição pedagógica).

Uma vez juntada aos autos a prova ilícita, surge o **direito de exclusão** (decorre das regras de exclusão, *exclusionary rules*, que serão estudadas depois), materializado por meio do desentranhamento¹⁴.

O direito de exclusão não gera direito à substituição do juiz. O §4º do art. 157, vetado pelo Presidente da República, dizia que o juiz que tivesse contato com o material ilícito estaria impedido de proferir decisão, devendo remeter os autos ao substituto legal. Mesmo com o veto do dispositivo, se o juiz entender que seu contato com a prova ilícita contaminou sua imparcialidade, deve dar-se por suspeito de ofício.

OBS: Como não há recurso específico para combater desentranhamento, devem ser utilizadas ações de impugnação como *habeas corpus* e mandado de segurança.

II. Prova ilegítima

¹³ Art. 5º, LVI da CF - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁴ Antigamente, entendia-se que a prova ilícita poderia permanecer no processo, hoje, o direito de exclusão é indiscutível.

Caracteriza-se pela violação de regra/princípio de DIREITO PROCESSUAL. Em regra, a prova ilegítima é obtida **no curso do processo**, pois a ilegalidade ocorre no momento da produção da prova no processo (é endoprocessual).

Ex: exibição ou leitura de documento no plenário do júri que não tenha sido juntado aos autos com 3 dias **úteis** de antecedência, em violação à regra processual prevista no art. 479 do CPP¹⁵.

Sua solução se dá pela **teoria das nulidades**: como houve violação de regra processual, a prova está sujeita ao reconhecimento de sua nulidade e a decretação de sua ineficácia no processo. Ex.: tribunal anula julgamento, submetendo o acusado a novo julgamento.

Observação: provas ilegítimas

Paulo Rangel acrescenta a classificação das provas **irregulares**, que seriam aquelas embora permitidas pela legislação processual, foram colhidas com infringências das formalidades legais existentes. Nestor Távora não concorda com essa classificação, entendendo que as provas ditas irregulares estariam, em última análise, violando normas de caráter processual, e logo seriam ilegítimas.

Prova ilícita	Prova ilegítima
Violação a regra de DIREITO MATERIAL. Ilícitude no momento da colheita. Obtenção fora do processo. Sua solução se dá pelo direito de exclusão .	Violação a regra de DIREITO PROCESSUAL. A ilicitude ocorre no momento de sua produção em juízo. Obtida dentro do processo. Sua solução se dá pela teoria das nulidades .

IMPORTANTE: Subsistência ou não da classificação

Atenção para o conceito de provas ilícitas do art. 157, *caput*, com redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008: “as obtidas em **violação a normas constitucionais ou legais**”. Ela não disse se são de direito material ou processual, surgindo a seguinte controvérsia:

- **Primeira corrente:** Como o art. 157, *caput*, faz menção a “normas legais”, deve ser feita uma interpretação restritiva, entendendo-se que o dispositivo refere-se, única e exclusivamente, às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas (que violam direito processual), o regime jurídico da teoria das nulidades. O quadro comparativo acima continuaria valendo. (Ada Pelegrini e Antônio Magalhães Gomes Filho).
- **Segunda corrente:** Como o art. 157 fala em violação a normas constitucionais ou legais, sem fazer qualquer distinção quanto à natureza da norma legal (se é material ou processual), será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processual. Qualquer violação ao devido processo legal acarreta a ilicitude da prova. Não existiria mais a distinção entre provas ilegais e ilegítimas. (Luiz Flávio Gomes). STF, HC 82788:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS

¹⁵ Art. 479 do CPP. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA EM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. – [...] - **A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, "respeitados os direitos individuais e nos termos da lei" (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.**

LICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de **ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A "Exclusionary Rule" consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.** - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), **qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual),** não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. - A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. - Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites - inultrapassáveis - que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.

Sobre o tema, aduz Nestor Távora: "alheia à classificação doutrinária, a Constituição Federal não fez referência distintiva entre provas ilícitas ou ilegítimas, e tão pouco seria papel do legislador constituinte fazê-lo, sendo que a Lei 11.690/08 também não fez qualquer diferenciação, reputando na nova redação dada ao art. 157, *caput*, como ilícitas aquelas provas obtidas em violação a normas de caráter constitucional ou infraconstitucional, e, por consequência, devem ser desentranhadas dos autos".

III. Prova ilícita por derivação

Conceito: Meios probatórios que, não obstante **produzidos validamente em momento posterior**, encontram-se **afetados pelo vício da ilicitude originária**, que a eles se transmite, contaminando-os por efeito de repercussão causal¹⁶.

¹⁶ Anota Nestor Távora: "a prova ilícita produzida (árvore) tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos)".

Essa teoria surgiu no julgado *Silverthorne Lumber CO v. U.S.* (1920). O caso *Nardone v. U.S.* (1939) também é uma referência, a partir do qual foi adotada a **TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA** (*fruits of the poisonous tree doctrine*).

HC 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello. A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ('AN INDEPENDENT SOURCE') E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g.."

O caso *Miranda v. Arizona* é também um julgado muito importante, de onde surge o chamado MIRANDA RIGHTS ou MIRANDA WARNINGS. Segundo o aviso de Miranda, nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes tenha sido informada de:

- a) Que tem o direito de **não responder**;
- b) Que **tudo que disser pode ser usado contra ele**;
- c) Que tem o direito à **assistência de defensor escolhido ou nomeado**.

Para a doutrina norte-americana, caso não haja esses avisos, há **prova ilícita por derivação**.

O aviso de Miranda é aplicável no Brasil? No Brasil não existem os três avisos de Miranda, mas existe a necessidade de que o preso seja informado de seu direito de permanecer em silêncio.

Art. 5º, LXIII da CF - O preso **será informado** de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

No Brasil, a aplicação do *Miranda Warnings* ocorre no caso do interrogatório sub-reptício: ao julgar o HC 80949, o STF considerou ilícita uma gravação feita por policiais de confissão do acusado sem que houvesse advertência formal quanto ao direito ao silêncio.

EMENTA: I. **Habeas corpus**: cabimento: prova ilícita. 1. **Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade**: precedentes do Supremo Tribunal.

II. **Provas ilícitas**: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente **impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação**.

III. **Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais**. 3. Illicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de **"interrogatório" sub-reptício**, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: **a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não**.

IV. **Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam**: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não

configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. **A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.** 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

A teoria da prova ilícita por derivação já é adotada pelo STF há algum tempo (Julgados: HC 73351 /HC 82788). Recentemente, em razão da lei 11.690/2008, essa teoria passou a ser consagrada em texto expresso de lei:

Art. 157, § 1º do CPP. **São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Com a positivação da prova ilícita por derivação, perderam sentido os posicionamentos contrários à sua validade no ordenamento jurídico, que baseavam-se na falta de previsão legal.

STF, RHC 90376. E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). **IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. [...]**

STJ, HC 100879 – ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - **A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. **A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE****

POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, **não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.** Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - **Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

IV. Limitações ou exceções à prova ilícita por derivação

Como forma de mitigar a teoria da prova ilícita por derivação, a doutrina americana passou a desenvolver as teorias abaixo relacionadas:

a) TEORIA OU EXCEÇÃO DA FONTE INDEPENDENTE (*independent source doctrine/limitation*)

Essa teoria tem origem no direito norte-americano, no caso *Bynum v. U.S.* (1960)¹⁷.

Conceito: Se o órgão da persecução penal demonstrar que **obteve legitimamente novos elementos de informação** a partir de uma **fonte autônoma** de prova, que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, **com esta não mantendo vínculo causal**, tais dados probatórios **são admissíveis**, pois não contaminados pelo vício da ilicitude originária.

De maneira mais simples, a prova ilícita não tem o condão de contaminar as demais, caso estas derivem de fonte independente e autônoma de prova.

Ex.: indivíduo é preso em casa, sem mandado de prisão (não estando em flagrante), sendo apreendido o carro subtraído. Essa apreensão é ilegal, mas, ainda assim, o acusado poderá ser condenado, em havendo uma fonte independente.

Essa teoria já era **adotada pelo STF** (RHC 90376, acima). Agora, foi inserida no art. 157, §1º:

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o **nexo de causalidade** entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma **fonte independente** das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹⁷ Caso: o cidadão foi preso de forma ilegal. Nessa prisão ilegal colheram suas impressões digitais. Teoricamente haveria uma prova ilícita por derivação. Ocorre que essas impressões já estavam no arquivo da policial anteriormente. Assim se entendeu que não haveria, no caso, prova ilegal.

Cuidado: O §2º dá o conceito de fonte independente, mas a doutrina tem entendido que esse conceito está errado, se referindo à teoria da descoberta inevitável que vamos estudar a seguir.

Para Nestor, a limitação da fonte independente “não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma **teoria coexistente**, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há que se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita”.

b) TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL (*inevitable discovery limitation*)

Essa teoria tem origem no direito norte-americano, no caso *Nix v. Williams-Williams II* (1984)¹⁸.

Conceito: Será aplicável caso se demonstre que a **prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer maneira**, independentemente da prova ilícita originária.

“É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula dessa última.”. (Nestor).

Para a aplicação dessa teoria, não é possível se valer de dados meramente especulativos, sendo **indispensável a existência de dados concretos** que demonstrem que a descoberta seria inevitável.

A doutrina afirma que quando o art. 157, §2º fez menção à fonte independente, quis, na verdade, trazer o conceito da limitação da descoberta inevitável. Teria ocorrido um equívoco por parte do legislador. É preciso estar atento a isso em provas subjetivas, pois alguns membros do MP gostam dela.

Art. 157, § 2º Considera-se fonte independente aquela que **por si só**, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, **seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova**. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Para a prof. Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Gomes Filho, a adoção dessa teoria seria inconstitucional, por violar a inadmissibilidade das provas ilícitas.

c) TEORIA DO NEXO CAUSAL ATENUADO (*purged taint doctrine* – teoria de tinta diluída, mancha purgada, conexão atenuada ou contaminação expurgada)

Essa teoria foi adotada no caso *Wonh Sun v. U.S.* (1963).

Caso: o cidadão **A** foi preso de maneira ilegal. Preso ilegalmente, ele confessa e delata **B. B**, por sua vez, confessa o tráfico e delata **C** (A→B→C). A prova do **C** é ilícita por derivação. O detalhe do caso concreto é que, algumas semanas depois de ser solto, **C** resolve comparecer perante a autoridade e confessar a prática do delito. Para a Suprema Corte, num primeiro momento, sua prisão teria sido ilícita. Contudo, ao confessar, de maneira totalmente independente, depois de solto, essa circunstância superveniente faz essa prova totalmente lícita.

Conceito: Não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexo causal entre a prova primária e secundária for atenuado em virtude do **(i)** decurso do tempo; **(ii)** circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, ou; **(iii)** vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal.

Ocorre quando um **ato posterior, totalmente independente, afasta a ilicitude originária**. O vício da ilicitude originária é atenuado em virtude do espaço temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, ou por conta de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória.

Para parte da doutrina, essa limitação foi colocada também no art. 157, §1º:

¹⁸ Caso: o cidadão era suspeito de matar uma pessoa, mas o cadáver não havia ainda sido localizado. A localização do cadáver só foi possível por conta de constrangimento ilícito. Não houve prova ilícita por derivação porque, no caso concreto, a polícia já estava super próxima de localizar o cadáver. Assim, mesmo que não houvesse o constrangimento, inevitavelmente o cadáver teria sido encontrado.

§ 1º São também inadmissíveis as provas **derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o **nexo de causalidade** entre umas e outras [**teoria do nexo causal atenuado**], ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras [**teoria da fonte independente**]. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Teoria da fonte independente	Teoria do descobrimento inevitável	Teoria do nexo atenuado
Não existe liame entre a prova ilícita e as demais. Há previsão legal e julgados do STF e STJ adotando essa teoria.	Há nexo causal entre as provas ilícita e derivada, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Não há julgados do STF e STJ adotando essa teoria. Há controvérsia quanto à existência de previsão legal.	Há nexo causal, mas ele é superficial.

d) TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS ou da BOA-FÉ

Essa não é uma teoria importada, mas desenvolvida pela doutrina brasileira.

Conceito: Ocorre quando a autoridade policial, no **cumprimento de uma diligência, casualmente encontra provas** pertinentes a outra infração penal, que **não estavam na linha de desdobramento normal/natural** da investigação.

Se esse encontro for casual (fundado na boa-fé dos agentes), a prova será lícita. Se houver **desvio de finalidade**, a prova será considerada ilícita.

Ex.1: policial recebe mandado de busca e apreensão, para entrar na casa de alguém e apreender um tamanduá bandeira. Abre uma gaveta e encontra um documento comprovando a prática de um ilícito tributário. Neste caso, não há encontro fortuito, mas desvio de finalidade.

Ex.2: policial recebe mandado para apreender documento, mas encontra, logo no quintal da casa, um tamanduá.

Ex 3: Interceptação telefônica e utilizada de elementos obtidos relacionados outros delitos e/ou outras pessoas. Os elementos obtidos em relação a outros delitos ou outras pessoas podem ser usados, pelo menos para dar início à novas investigações.

Essa teoria é usada, sobretudo, em relação à **interceptação telefônica**. Esse exemplo é ótimo porque a interceptação só pode ser autorizada para crimes com pena de reclusão. De fato, não é possível autorizar a interceptação telefônica para investigar um crime punido com detenção, mas nada impede que, havendo sido legitimamente autorizada a interceptação para investigar um crime punido com reclusão, seus dados sejam utilizados para fins de denúncia.

Assim, se, no curso de interceptação telefônica autorizada pelo Poder Judiciário, for possível a descoberta de elementos probatórios em relação a **crimes conexos**, tais dados deverão funcionar como **notitia criminis** desses delitos. Julgados: STF HC 83515 e INQ 2725:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. **É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica**, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. [...] **Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias** (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). [...] 5. **Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação.** Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de

concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. STF HC 83515

Atenção: Mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia:

De acordo com a Lei 8.906/94, com redação dada pela Lei 11.767/08, o mandado de busca e apreensão deve ser **específico e pormenorizado**, a ser cumprido na **presença** de representante da **OAB**, sendo **vedada a utilização de documentos e objetos pertencentes a clientes do advogado investigado**, salvo se tais clientes também estiverem sendo investigados como partícipes ou co-autores do advogado.

Art. 7º. § 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, **expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB**, sendo, em qualquer hipótese, **vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado**, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

§ 7º A ressalva constante do § 6o deste artigo **não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores** pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008).

e) PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O exercício do **poder é limitado**, somente sendo justificadas **restrições a direitos individuais** por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido.

Subdivide-se em:

- **Adequação** → A medida adotada deve ser idônea para atingir o fim proposto (deve haver uma relação de meio e fim);
 - **Necessidade** → Dentre as medidas idôneas a atingir o fim proposto, deve-se optar pela menos gravosa.
 - **Proporcionalidade em sentido estrito** → Entre os valores em conflito, deve preponderar o de maior relevância.
- **Princípio da proporcionalidade e provas ilícitas pro reo** – Não há dúvida alguma da **validade dessa prova**. Se a vedação à prova ilícita existe para proteger os direitos fundamentais, seria uma incongruência monstruosa condenar alguém, apesar de saber da sua inocência com base em prova ilícita. Ada Pellegrini chega a dizer que o acusado que produz prova ilícita age sob o manto de uma excludente da ilicitude (estado de necessidade/legítima defesa). Privilegia-se, aqui, o *status libertatis*.

Ex.: indivíduo está sendo acusado, mas consegue gravar, clandestinamente, uma confissão.

Atenção: Segundo parte da doutrina, essa prova ilícita não pode ser utilizada para prejudicar terceiros, sendo os seus efeitos limitados à obtenção de inocência.

- **Princípio da proporcionalidade e provas ilícitas pro societate** – Há alguns doutrinadores que admitem essa possibilidade, sobretudo quando em jogo organizações criminosas. Ex.: prof. Barbosa Moreira, Eugênio Pacelli.

Para o STF, **não é possível** a aplicação do princípio da proporcionalidade para se admitir provas ilícitas em favor da sociedade (HC 79512).

[...] 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que

ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência.

V. Inutilização da prova ilícita (art. 157, §3º)

Art. 157, § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será **inutilizada por decisão judicial**, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Quando não houver mais recurso da prova declarada ilícita, ela deve ser inutilizada, atendidos os seguintes requisitos:

- a) **Decisão da inutilização** → Em regra, a ilicitude deve ser apreciada pelo juiz antes da audiência de instrução e julgamento¹⁹. Se esse for o caso, a decisão será interlocutória, recorrível por meio de **Rese** (art. 581, XIII).

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
XIII - que **anular o processo da instrução criminal**, no todo ou em parte;

Se, porém, essa ilicitude for apreciada no momento da sentença, o recurso cabível será o de **apelação**.

Atenção: Independentemente do RESE ou da apelação, nada impede que a acusação utilize um **mandado de segurança** (porque o direito líquido e certo à prova é um desdobramento do direito de ação), e a defesa pode se valer de um **habeas corpus**, desde que haja um risco potencial à liberdade de locomoção.

- b) **Preclusão** → Não deve mais ser cabível qualquer recurso contra a decisão de inutilização.
- c) **Desentranhamento da prova** → A lei define que as provas ilícitas devem ser fisicamente destruídas. Mas atenção: a impossibilidade de utilização da prova ilícita pelo juiz **não implica necessariamente na destruição** física da prova. Duas hipóteses em que as provas somente deverão ser desentranhadas, não devendo ser destruídas:
- Quando a prova ilícita pertencer licitamente a alguém, deve ser **devolvida** a essa pessoa;
 - Quando a prova obtida por meio ilícito constitua o **corpo de delito** em relação a quem praticou o crime para obtê-la.

“Deve-se interpretar tal medida [a destruição] com cautela, não só porque a destruição da prova ilícita pode implicar na **eliminação da materialidade de algum crime cometido para realizá-la**, como a falsificação de documento público ou uma falsa perícia, mas também, e não menos importante, porque com o ato, caso haja **equivoco judicial na aferição da falsidade**, corre-se o risco de perpetuar-se a injustiça, como na condenação de um inocente, ou a absolvição de réu culpado, pela eliminação do material probatório reputado equivocadamente ilegal.”. (Nestor Távora).

¹⁹ o ideal é que o juiz analise essa ilicitude o mais rápido possível.

VI. Descontaminação do julgado

Conceito: Para efetiva descontaminação do processo, o juiz que teve contato com a prova ilícita **não pode julgar o caso concreto.**

Essa ideia foi aprovada pelo Congresso no art. 157, §4º: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Ocorre que esse dispositivo foi **vetado** pelo Presidente da República (com fundamento de que essa descontaminação poderia dar ensejo à manipulação do juiz, para violar o juiz natural propositalmente).

Mas atente: o veto do §4º não impede que o magistrado presidente da instrução, percebendo os maléficos efeitos da prova ilícita, decline *ex officio*, declarando-se incompatibilizado para sentenciar.

3.4. Procedimento probatório (extraído de Nestor Távora):

- a) **Proposição:** É o momento de requerer as provas que devem ser produzidas na instrução processual, ou para realizar o lançamento aos autos das provas pré-constituídas. Normalmente, o requerimento de produção probatória é apresentado na inicial acusatória, para o MP ou querelante, e na resposta preliminar (396-A), para a defesa. Essa oportunidade, porém, **não é preclusiva** (nada impede que as parte requeiram produção de provas no curso do processo, ou o magistrado determine sua realização de ofício).

ATENÇÃO: Em relação à prova testemunhal, se não requerida na inicial/defesa preliminar, há preclusão.

- b) **Admissão:** Etapa em que a autoridade judicial autoriza a realização das provas requeridas.
- c) **Produção e contraditório:** Etapa de confecção da prova requerida.
- d) **Valoração:** Caberá ao magistrado, no *decisum*, manifestar-se acerca de todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento. Se valorar mal, incorre em *error in judicando*.

Deverá, ainda, afastar as provas ilícitas ou ilegítimas, determinando o desentranhamento, sob pena de *error in procedendo*.