

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Talita Gouvea de Oliveira

Presidente Prudente/SP

2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Talita Gouvea de Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP
2008

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia de Conclusão de Curso aprovada
como requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Cláudio José Palma Sanchez
Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP, ____ de _____ de 2008.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelos momentos em que me senti amparada espiritualmente. Agradeço aos meus pais pelo incentivo constante que me deram, por terem me ensinado o caminho certo a ser seguido permitindo que eu não esmorecesse mesmo nos momentos mais difíceis e por terem me mostrado sempre as melhores opções de vida. Devo a eles tudo o que conquistei até hoje em minha jornada em busca de um espaço profissional. Agradeço ainda às minhas irmãs pelos conselhos e pelas preocupações que tiverem comigo. Agradeço aos professores desta Instituição por terem sido prestativos e também ao meu orientador por ter sido atencioso e paciente durante as minhas pesquisas. Agradeço aos meus amigos e amigas por estarem sempre presentes nos bons e maus momentos e também aos meus cunhados pela relação cordial que sempre tivemos e que influíram positivamente nos meus estudos.

Por fim, agradeço ao meu namorado Hugo pela ajuda e por ficar ao meu lado , dando-me força quando eu fraquejava.

RESUMO

A prova ilícita como meio de prova no Direito Processual Penal, que é objeto de assunto do presente trabalho, é um tema bastante controverso na atual doutrina e jurisprudência, principalmente quando se trata do princípio da proporcionalidade que envolve discussões sobre a sua admissibilidade dentro do processo penal.

Este estudo analisa a prova ilícita em seus diversos aspectos, iniciando-se pelo exame dos sistemas de apreciação das provas que foram utilizados antigamente e os que ainda fazem parte do Direito atual, merecendo destaque o sistema do livre convencimento motivado.

A Carta Magna veda expressamente o uso das provas obtidas ilicitamente, no processo. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência seguiram o entendimento de que seria necessário uma mitigação do texto constitucional, adotando a teoria da proporcionalidade que serve de escopo para soluções de eventuais conflitos sobre o uso das provas ilícitas envolvendo dois ou mais princípios constitucionais, servindo ainda para o caso das provas ilícitas por derivação.

O presente estudo traz sob enfoque a discussão de que, se uma prova derivada de outra obtida ilicitamente, também se tornará ilícita, porém, sem a intenção de se esgotar o estudo de tão complexo tema.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Processo penal. Teoria da proporcionalidade. Provas ilícitas por derivação. Teoria da árvore dos frutos envenenados.

ABSTRACT

The illicit proof as evidence in the Criminal Procedural law, that is object of the present work, is a subject sufficiently controverted in the current doctrine and jurisprudence, mainly when it is about the principle of the proportionality that inside involves quarrels on its admissibility of the criminal proceeding.

This study it analyzes the illicit test in its diverse aspects, initiating itself for the examination of the systems of appreciation of the tests that had been used old and the ones that still is part of the current Right, deserving have detached the system of motivated judicial discretion.

The basic constitution prohibition express the use of the gotten proofs unlawful, in the process. However, the doctrine and the jurisprudence had followed the agreement of that a mitigation of the constitutional text would be necessary, adopting the theory of the proportionality that serves of target for solutions of eventual conflicts on the use of the illicit proofs involving two or more principles constitutional, serving still for the case of the illicit proofs for derivation.

The present study it brings under approach the quarrel of that, if one proof unlawful derived from another, also will become illicit, however, without the intention of depleting the study of so complex subject.

Keywords: Illicit proofs. Criminal proceeding. Theory of the proportionality. Illicit proofs for derivation. Theory of the tree of the poisoned fruits.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 CONCEITO	08
2.1 Produção de Provas no Inquérito Policial	10
3 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DE PROVAS	12
3.1 Sistema de prova legal.....	12
3.2 Sistema de livre convicção.....	14
3.3 Sistema de persuasão racional.....	14
4 PRINCÍPIOS	17
4.1 Princípio da comunhão das provas	17
4.2 Princípio da oralidade	17
4.3 Princípio do contraditório	18
4.4 Princípio da auto-responsabilidade das partes	19
4.5 Princípio da publicidade	19
4.6 Princípio da concentração.....	20
4.7 Princípio do livre convencimento motivado	21
5 OBJETO DA PROVA	22
6 ÔNUS DA PROVA	28
7 CLASSIFICAÇÃO	32
7.1 Objeto	32
7.2 Sujeito.....	33
7.3 Efeito.....	34
7.4 Forma.....	35
8 MEIO DE PROVA	37
8.1 Provas proibidas	39
8.2 Provas ilícitas e provas ilícitas por derivação.....	39
8.3 Provas ilegítimas.....	42
9 TEORIA SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	43
9.1 Teoria da proporcionalidade	44
10 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	47
11 POSIÇÃO DO ALUNO SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	51
12 CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	56

1 INTRODUÇÃO

Todos têm direito de provar, no processo, as suas alegações usando os meios de prova que assim achar conveniente.

Porém, esse direito não é absoluto em nossa legislação, uma vez que existem limites à atividade probatória. Existe então uma corrente majoritária dominante que defende o não uso das provas ilícitas, ou sejam aquelas provas que violam a moral, os bons costumes e os princípios gerais de direito, e também, o não uso das provas ilegítimas, que são aquelas que violam uma norma instrumental.

Contudo, em determinadas situações, como casos complexos em que se encontram em jogo interesses distintos e relevantes, vem admitindo-se o uso desses tipos de provas. Assim, tais situações devem ser submetidas à reflexão sobre a necessidade do uso das provas ilícitas no processo.

Destarte, o presente estudo tem o objetivo de discorrer sobre os casos em que as provas, embora sendo obtidas ilicitamente, devem ser usadas no processo e questionar se elas podem ser usadas para absolver um inocente, levando-se em consideração o princípio da proporcionalidade.

Este estudo traz ainda a discussão sobre as provas derivadas das provas ilícitas, questionando se uma prova, ainda que lícita, porém originada de uma prova obtida por meio ilícito, fica contaminada.

Trata-se assim, de um tema controvertido e de grande relevância no processo penal brasileiro e que passa pelos pontos mais relevantes sobre o estudo da prova.

2 CONCEITO

A palavra prova, vem do latim *proba*, de *probare*, que quer dizer demonstrar, reconhecer. No direito, provar é comprovar, pelos meios legais, a verdade de uma alegação. Assim ensina o ilustríssimo doutrinador Antônio Heráclito Mossin (1998, p. 195-196):

[...]prova num sentido comum ou vulgar (verificação, reconhecimento etc) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade.

Quando o magistrado vai anunciar a responsabilidade criminal de alguém e proferir uma sentença, faz-se necessário que ele tenha certeza de que o fato atípico realmente aconteceu e de quem realmente foi o autor de tal ilícito penal. O processo penal adota a verdade material, ou seja, a verdade real, como fundamento da sentença. Com isso o Juiz deve ater-se à objetividade do fato e compete a ele ir fundo nas investigações dispondo de meios que o leve a um profundo estado de certeza e para isso servem as provas.

Assim salienta o renomado doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 257):

[...]o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas.

Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como sua autoria.

Porém, não se deve ter como verdade a afirmação de que, cabendo à acusação a prova da existência do crime, significa que o Ministério Público, ou o querelante, devem também demonstrar a presença de todos os elementos que integram o conceito de crime, ou seja, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade.

Eugênio Pacelli (2002, p. 257), ainda complementa, dizendo:

Cabe à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente de ilicitude ou mesmo da culpabilidade.

Quando se fala em prova, deve-se levar em conta que o juiz não viu os fatos e, para que ele imponha uma sanção penal ao autor de um delito é preciso que ele faça uma reconstrução dos fatos. Isto ele fará através da instrução probatória, que se inicia com o interrogatório do acusado, momento em que são produzidas as provas no processo. Em seguida, as partes, por meios legais, irão defender os seus objetivos tentando demonstrar ao magistrado a veracidade ou a falsidade do fato imputado ao réu para que então o juiz, de acordo com o sistema da livre apreciação das provas, chegue a uma conclusão, adequando o fato ao tipo penal.

Para o renomado doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 249):

A prova se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último. Diz ele ainda, que “provar” é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Deve-se destacar que o tema prova é o mais importante dentro do sistema processual já que, de nada adiantariam os variados estudos doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que, sem as provas, tais discussões não teriam finalidade alguma.

Divaga o ilustre doutrinador Florian (1921) apud Noronha (1997, p. 113), que “provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo para si e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato”.

“A prova visa, assim, formar a convicção do julgador, sobre a veracidade ou não da infração penal imputada ao agente, para que se possa firmar a decisão da causa” (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 283).

Assim, a finalidade da prova é convencer o julgador da existência ou não dos fatos imputados pelo acusador, não sendo necessária ou possível a busca da certeza absoluta, mas sim, da certeza adequada para a convicção do julgador.

2.1 Produção de provas no Inquérito Policial

Cabe ressaltar ainda que as provas propriamente ditas são diferentes dos atos de investigação, registrados no curso do inquérito policial, pois no sentido estrito da palavra, estes não são considerados provas por serem produzidos sem a observação do contraditório em um procedimento inquisitivo, embora sirvam, no processo, para o convencimento do juiz.

Os atos de investigação preliminar podem ter um peso decisivo na ação penal, só que muitas vezes é preciso que os elementos que foram juntados no inquérito policial sejam reafirmados na fase do processo, por obediência ao princípio constitucional do contraditório

Na fase do inquérito policial há apenas o indiciamento do indivíduo, ou seja, uma imputação a alguém da prática de infração penal mediante indícios razoáveis de autoria. Isto leva a crer que nesta fase são colhidos apenas indícios, o que faz com que não seja possível afirmar que ostentam o caráter de prova.

Explica o renomado doutrinador Fernando Capez (2003, p. 72):

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução criminal.

No processo inquisitorial o réu é um mero objeto de investigação, não acompanhando a produção de provas e nem requerendo nada que possa ser benéfico a ele. Uma condenação baseada apenas em elementos colhidos na fase do inquérito policial feriria o princípio do contraditório.

Assim ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 63):

Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio do contraditório. Essa conclusão ficou reforçada com as garantias processuais estabelecidas pela Constituição de 1988, embora já presente na jurisprudência.

Conclui então Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 250), que “prova exclusivamente policial, prova de inquérito policial que permaneceu solteira, não autoriza a sentença condenatória, mesmo sendo a confissão do próprio acusado”.

3 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DAS PROVAS

Depois de apresentadas as provas, é encerrada a fase instrutória, passando-se assim, para o julgamento. O que se pretende com a instrução probatória é a descoberta da verdade real para que se dê uma justa e exata solução ao conflito de interesses.

Na fase de instrução, são levados fatos e acontecimentos ao juiz, cabendo somente a ele a valoração das provas, pesando os elementos trazidos pelas partes, para assim chegar a uma conclusão sobre o alegado.

Com a evolução do direito, a mudança nos costumes e na maneira de pensar de cada povo, os sistemas de apreciação das provas foram sofrendo mudanças até chegar ao sistema atual: o sistema de livre convencimento do juiz.

Tais sistemas têm origem no sistema étnico ou pagão onde a avaliação das provas era deixada ao sabor das impressões pessoais. Como ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 259), o sistema étnico era aquele “em que a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz, que as aferia de acordo com sua própria experiência, num sistema empírico”. Nesse sistema, o flagrante delito era a forma típica do processo penal.

Logo após, vem o sistema religioso onde se invocava o julgamento divino. Esta era a época das ordálias, dos juízos de Deus e dos duelos judiciários. Para José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 79), “a crença era a da intervenção da divindade em favor de quem estivesse com a razão, cabendo ao juiz apenas apreciar e declarar o resultado”.

Contudo, estes sistemas não têm mais importância atualmente, a não ser do ponto de vista histórico. É necessário dar atenção a três grandes sistemas de apreciação da prova que ainda vigoram entre nós, que são: Sistema da prova legal; Sistema da íntima convicção e Sistema do livre convencimento motivado.

3.1 Sistema da prova legal

Este sistema também é conhecido como sistema tarifado e tem origem na época das ordálias, com base no rigorismo e formalismo do direito germânico.

Nas palavras do renomado doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 519):

O juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais fatos ou quais fatos de provassem dessa ou daquela maneira, sendo que, às vezes, previa-se o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos.

Por este sistema as provas já tinham um valor pré-fixado em lei, de maneira que o juiz não tinha a liberdade de avaliar as provas, ficando preso pela eficácia normativa.

Assim, Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 260), ensina que, por sistema “a lei impõe ao juiz a observância de certos preceitos, estabelece o valor de cada prova, institui uma hierarquia delas, de forma que não lhe deixa praticamente nenhuma liberdade de apreciação”.

Este valor preestabelecido às provas era inalterável e constante e, por esse motivo, também recebe o nome de Sistema tarifado, uma vez que as provas tinham uma tabela de valor, a qual devia ser seguida.

Neste sistema, o juiz torna-se um órgão passivo já que não tem a liberdade de se manifestar de acordo com sua íntima convicção, devendo assim, agir em conformidade com o valor legal.

Nas palavras de Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 230):

O grave defeito desse sistema é que o juiz não tem liberdade quanto à apreciação da prova, porquanto os critérios normativos utilizados pelo legislador impõem ao magistrado quais as provas que ele pode usar e aquelas das quais não pode valer-se para prolatar sua decisão. Logo, o juiz figura como servo na aplicação da lei, sendo-lhe vedado externar na sentença qualquer motivação de caráter pessoal decorrente de sua convicção quanto ao conjunto de provas produzido no correr da instrução criminal.

Destarte, tal sistema dava espaço a muitas injustiças, já que o juiz era impossibilitado de apreciar as provas de forma livre, dando-lhes o valor que achasse mais apropriado. Este sistema prejudicava a investigação da verdade real.

3.2 Sistema da livre convicção

Este sistema tem origem em Roma e também é chamado de sistema da íntima convicção ou certeza moral do juiz, que tem a total liberdade de coligir e apreciar as provas.

Neste sistema a lei nada diz sobre o valor das provas sendo que a decisão é fundada exclusivamente na convicção do juiz que aqui, não mais estava vinculado aos valores impostos pela lei, podendo ele atribuir-lhes o valor que bem entendesse não estando obrigado a fundamentar razões de seu convencimento.

Bem salientou Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 80):

O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção.

Tal sistema também ficou conhecido como da íntima convicção devido a soberaneidade do juiz.

Entretanto, por ser absoluta a liberdade de julgar do juiz, tal sistema levou a um despotismo judicial, sendo que foi necessário freá-lo, adotando algumas medidas, tais como: a) a apelação, para que assim a decisão fosse reexaminada por outro juiz; b) o princípio *quod non est in actis non est in hoc mundo*, que quer dizer que o que não está escrito no processo não pertence ao mundo; c) a prova legal que diminuiu a possibilidade de livre apreciação das provas.

Este sistema vigora entre nós, como exceção, no Tribunal do Júri, onde o jurado não precisa fundamentar o seu voto.

3.3 Sistema da persuasão racional

Este sistema também é denominado de sistema do livre convencimento motivado ou de verdade real e surge da mistura dos dois sistemas citados anteriormente. Ao que tudo indica, tal sistema teria sua origem em Roma como uma reação ao absolutismo judicial do sistema da livre convicção, porém, foi com os códigos napoleônicos que se tornou legalmente conhecido.

Explica o renomado doutrinador Fernando Capez (2003, p. 259):

O juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessário a devida fundamentação. O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis.

Por este sistema, o juiz tem liberdade na apreciação das provas, o que faz com que não fique comprometido por qualquer critério de valoração da prova, podendo ele dar o valor que bem entender. Entretanto, tal liberdade estendida ao juiz não dispensa fundamentação e o mesmo deverá expor os motivos de fato e direito que o levaram a optar por determinada prova.

O sistema da persuasão racional é adotado pelo nosso Código de Processo Penal, no artigo 157, que dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Resta lembrar que tal liberdade de apreciação da prova não é absoluta, uma vez que o juiz deve fazer uma demonstração fática e jurídica que o levou a julgar de determinada forma.

Bem salientou Silva (1993) apud Mossin (1998, p. 230):

A livre valoração da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjetiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objetivação, mas valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objetivar a apreciação, requisito necessário para uma efetiva motivação da decisão.

Assim sendo, o juiz também não poderá se valer de provas ilícitas ou ilegítimas para formar o seu convencimento.

4 PRINCÍPIOS

A prova, como acontece com outros institutos do processo penal, é regida por vários princípios, que servem de base para seu sistema. São eles de extrema importância, por isso estabelecem diretrizes básicas que devem nortear a compreensão e o alcance do instituto telado.

4.1 Princípio da comunhão das provas

Há então, o princípio da comunhão das provas, também tendo o nome de princípio da aquisição. Este é o princípio que rege todas as regras dentro do processo penal e estabelece que a prova não tem dono. Ela é comum a todas as partes, ou seja, não pertence apenas ao juiz, pode ser utilizada tanto pela parte que a produziu como pela parte contrária.

Como menciona Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 197), “com efeito, no campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas o ônus de produzi-la. Toda prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

Para Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 250), “por força desse princípio é que a testemunha arrolada por um das partes pode ser inquirida também pela outra; que um documento produzido por qualquer delas pode ser invocado pela adversária; e assim por diante”.

Contudo, como na relação jurídica processual, a prova interessa a todos os envolvidos, não havendo prova pertencente apenas a uma das partes, sendo que a parte contrária deve ser ouvida quando houver a desistência da prova pela outra parte.

4.2 Princípio da oralidade

Tem-se ainda o princípio da oralidade que determina que, no processo penal, deve existir uma predominância das provas faladas, porque é aí que o juiz, com a sua sensibilidade de julgador, vai enxergar quem mente e quem fala a verdade. É a colheita de provas no processo, oralmente, através das audiências.

Conforme anotado por Marques (1965) apud Mossin (1998, p. 199), “[...] a oralidade do procedimento é o sistema segundo o qual as declarações frente aos juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral”.

O doutrinador Fernando Capez (2003, p. 260) aponta que “deve haver a predominância da palavra falada (depoimentos, debates, alegações); os depoimentos são orais, não podendo haver a substituição por outros meios, como as declarações particulares.”

Aqui, cabe lembrar que o princípio da oralidade está sendo visto pela ótica da prova, uma vez que, de forma geral, o processo penal brasileiro não o adotou.

4.3 Princípio do contraditório

Também há o princípio do contraditório que firma que produzida a prova, a parte contrária não só tem o direito de manifestar-se sobre ela como produzir contraprova. Da mesma forma, quando há a oitiva em juízo, deve-se dar uma igualdade de oportunidade às partes, e não somente a uma delas.

Nos ensina Adalberto José Q. T. Camargo Aranha (2006, p. 33):

No âmbito penal prevalece o princípio da audiência bilateral pelo qual toda a prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tenha ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos.

Para o renomado doutrinador Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 202), a exigência da manifestação da outra parte sobre a prova produzida não decorre apenas da igualdade entre as partes em uma relação jurídica, mas principalmente dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que são próprios do sistema acusatório.

4.4 Princípio da auto-responsabilidade das partes

O princípio da auto-responsabilidade das partes relaciona-se com o ônus da prova e diz que cabe às partes apresentarem as provas que lhe forem necessárias.

Assim, salienta o renomado doutrinador Fernando Capez (2003, p. 259) que “as partes assumem as conseqüências de sua inatividade, erro ou atos intencionais”.

Adalberto José Q. T de Camargo Aranha (2006, p. 32-33), vai na mesma linha de raciocínio, dizendo:

[...] cada parte assume e suporta as conseqüências de sua inatividade, negligência, erros ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar.

Este princípio dá referência ao direito de as partes disporem por requerimento da produção de provas, quantas forem necessárias, para que sejam demonstrados os seus argumentos.

4.5 Princípio da publicidade

Deve ser lembrado ainda, o princípio da publicidade, segundo o qual, a produção de provas, como ato processual que é, deverá ser pública.

Nas palavras de Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p. 34), “os atos judiciais, conseqüentemente a produção de prova, são públicos, somente admitindo-se o segredo de justiça como exceção restrita”.

Ainda, ensina o ilustre doutrinador Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 201):

[...] diante dos textos ordinário e constitucional, como regra, a produção da prova em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas, o que concorrerá não só para justificar o caráter político do princípio, bem como as garantias do direito de defesa e a própria transparência do júizo na coleta de provas.

Este princípio faz com que sejam controladas as arbitrariedades e também a corrupção, pois através dele o povo passa a ser orientador da Justiça.

4.6 Princípio da concentração

Há o princípio da concentração, que é uma conseqüência do princípio da oralidade e busca concentrar toda a produção de prova em audiência.

Bem conceitua tal princípio, Paulo Lúcio Nogueira (2000, p. 194):

Princípio da concentração, consistente na realização da instrução e do julgamento numa só audiência; inexistente no processo penal, em que são realizadas várias audiências. Tal princípio já está implícito na oralidade.

Nesta mesma linha de raciocínio, Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 199), diz que “este princípio é um desdobramento do da oralidade. Por ele busca-se concentrar toda a produção de prova na audiência, o que possibilita maior rapidez em sua coleta e produção”. Ele ainda complementa dizendo que “quando a instrução é feita somente em uma única audiência ou em poucas, coletando-se oralmente as provas, verifica-se grande economia processual, mesmo porque os atos instrutórios são colhidos de forma mais rápida, proporcionando em breve espaço temporal o encerramento da instrução probatória”.

Este princípio está bem destacado no juizado especial criminal, mais precisamente, no artigo 81, §1º da lei 9.099/95, que diz:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.
§ 1.º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

Também no Júri, na fase de julgamento no Plenário, há a total concentração das provas, sendo que todos os atos instrutórios são produzidos naquela audiência.

4.7 Princípio do livre convencimento motivado

Por último, há o princípio do livre convencimento motivado que mostra que o juiz tem a liberdade de apreciar a prova, porém, deve ele se abster aos preceitos da lei.

Nas palavras de Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p. 34), “as provas não são prévia e legalmente valoradas, dando-se ao julgador liberdade em sua apreciação, apenas limitado aos fatos e circunstâncias dos próprios autos”.

Explica também, o renomado doutrinador Paulo Lúcio Nogueira (2000, p. 197) sobre o emprego deste princípio, dizendo que “seu emprego não significa liberdade de apreciação em termos que atinjam as fronteiras do arbítrio, visto que o juiz, ao sentenciar, deve indicar os motivos de fato e de direito para fundamentar sua decisão”

Aqui, embora seja livre para formar sua convicção, o juiz deve ater-se às provas que foram produzidas durante a instrução probatória, não podendo fundamentar sua decisão em elementos estranhos a estas.

5 OBJETO DA PROVA

O objeto da prova é tudo aquilo que se quer demonstrar para o juiz para que este obtenha o seu convencimento. O conceito de objeto da prova é muito vasto, pois abrange não só o fato criminoso, como também a autoria e as circunstâncias que envolveram este fato, sejam estas objetivas ou subjetivas.

Bem conceituou o objeto da prova, o renomado doutrinador Fernando Capez (2003, p. 243):

Objeto da prova é: toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo.

Paulo Lúcio Nogueira também conceitua (2000, p. 191), dizendo que “o objeto da prova no processo penal são todos os fatos principais ou secundários que exijam comprovação; quanto à sua finalidade, é formar a convicção do juiz para proferir uma decisão de mérito”.

Divaga ainda, o ilustre doutrinador Florian (1921) apud Marques (2000, p. 331), que o objeto da prova “é aquilo de que o juiz deve adquirir o necessário conhecimento para decidir sobre questão submetida a seu julgamento”, e acrescenta também que “o objeto da prova pode considerar-se: a) como possibilidade abstrata de averiguação, isto é, como o que se pode provar em termos gerais (objeto da prova em abstrato); b) como possibilidade concreta de averiguação, ou seja, como aquilo que se prova, ou se deve ou pode provar em relação a um determinado processo (objeto da prova em concreto)”.

Entretanto, presume-se que o juiz conhece o direito (*jura novit curia*), sendo que o mesmo não pode deixar de julgar uma causa, alegando desconhecimento da lei. Sendo assim, os atos instrutórios estão ligados somente à prova dos fatos.

Porém, aqui há exceção, uma vez que existem situações em que aparece a necessidade de o direito ser provado. A regra é fazer prova dos fatos e a exceção é provar o direito.

Nas palavras de Vicente Greco Filho (1998, p. 198):

Excepcionalmente o direito também pode ser objeto de prova. Se se tratar de direito federal nunca; apenas se se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário o juiz pode determinar que a parte a quem aproveita lhe faça a prova do teor e da vigência.

Neste mesmo sentido, ensina José Frederico Marques (2000, p. 331):

Donde se segue que, abstratamente falando, constitui objeto de prova tão-só o que diz respeito às questões de fato surgidas no processo. Essa regra geral está, no entanto, sujeita a algumas exceções. O direito estrangeiro e o direito consuetudinário podem ser objeto de prova. E o mesmo se diga do direito singular emanado de autarquias no uso de seu poder regulamentar, e ainda de portarias, instruções, ordens internas e disposições disciplinares de repartições públicas, secretarias de Estado e ministérios.

Como regra, no processo penal, todos os fatos devem ser provados, porém, aqui também há exceção, sendo que encontramos alguns fatos que não necessitam de provas e para isso, cada caso deve ser analisado.

Destarte, o objeto da prova envolve tudo aquilo que é relevante para a descoberta da verdade real e o que não for interessante para o desfecho da causa deve ser eliminado, o que vai depender de cada crime.

Os fatos que não são relevantes para a causa e que, portanto, não apresentam ligação com o objeto da acusação, são os fatos inúteis, fatos sem pertinência, que em nada alterarão no tocante ao encerramento do processo e, por isso, não devem ser considerados como objeto da prova.

Bem salienta Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 28):

Equipara-se à prova inútil aquela que, por disposição de lei, não pode resultar em proveito, mesmo que eventualmente demonstrada. São os fatos que, alegados e até provados, colidem com uma presunção *et de jure*. A prova equipara-se à inútil porque dela se podem tirar conseqüências jurídicas, já que resultante de uma presunção absoluta contra a qual não pode prevalecer.

O mesmo ocorre com os fatos imorais, cuja prova torna-se igualmente inútil.

Diferentemente do processo civil, admite-se no processo penal o fato incontroverso como objeto da prova, sendo aquele que é alegado por uma das partes e que não é contestado pela parte contrária. O fato de o processo penal ir em busca da verdade real não significa que o juiz esteja obrigado a aceitar o fato incontroverso, mesmo que as partes assim o façam. Com isso, mesmo a confissão, que se trata de prova importante, deve ser examinada pelo juiz.

Nas palavras de Paulo Lúcio Nogueira Filho (2000, p. 191), “não se exclui do objeto da prova o fato incontroverso admitido pelas partes, mas que o juiz criminal não está obrigado a admitir. Assim, a confissão, que se trata de prova importante, deve ser examinada pelo juiz”.

Ensina o ilustre doutrinador José Frederico Marques (2000, p. 332), que “o juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito”.

O juiz deve então, em face dos princípios de investigação oficial da verdade material, chegar à verdade dos fatos tal como realmente aconteceram e não como as partes gostariam que tivesse ocorrido.

Contudo, não precisam ser provados os fatos axiomáticos, ou seja, os fatos intuitivos ou evidentes, pois estes são lógicos, ou seja, a convicção já está formada, não necessitando de prova.

Ensina o ilustre doutrinador Fernando Capez (2003, p. 244):

Fatos axiomáticos ou intuitivos: Aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que o grau de certeza que se tem dos conhecimentos sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada, logo, não carece de prova.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 27):

Se o objetivo da prova é formar a convicção do julgador a respeito de um determinado fato, sua existência e realização, se fato é evidente, a convicção já está formada, dispensando, destarte, qualquer demonstração. Os fatos intuitivos ou evidentes, isto é, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento, não carecem de prova.

Entretanto, os fatos axiomáticos devem ser aqueles de conhecimento do homem médio, como por exemplo, se um corpo é encontrado em estado de putrefação, é evidente que aquele sujeito está morto e isto não necessita de prova.

Ainda independentem de prova, os fatos notórios que são aqueles chamados de verdade conhecida, que integra a cultura de um determinado meio social indicando uma verdade aceita pela maior parte de um povo. Sendo assim, não precisam ser provados, visto que dispensam demonstração por sua própria notoriedade. Para Fernando Capez (2003, p. 244), “fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade”.

Tais fatos não são objetos de prova quando sua evidência produzir imediata certeza. Aqueles que podem gerar dúvidas constituem sim, objeto de prova.

Nas palavras de E. Magalhães de Noronha (1997, p. 115):

Provar o evidente é algo, não apenas supérfluo, senão estúpido, ao menos para o direito... Se um fato é evidente, não pode o juiz desconhecê-lo, pois sua discricão na valorização da prova se exerce no terreno da dúvida e não se lhe pode admitir no da certeza... Nesse sentido, pode aceitar-se o princípio *notorium non eget probatione* (o notório não necessita de prova), isto é, o mesmo tem valor se a notoriedade coincide, e enquanto coincide, com a evidência.

O fato notório não deve ser confundido com o conhecimento do juiz. O fato de o juiz conhecer o caso não dá notoriedade a essa circunstância, porque neste caso, devem ser produzidas as provas. O juiz pode conhecer o fato, mas se as partes precisarem apelar, o Tribunal pode não saber da história.

Assim ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 251), que “não se confunde a notoriedade do fato com o conhecimento do juiz; um fato pode ser do conhecimento deste e não ser notório”.

Não se pode ainda, confundir fato notório com a voz pública, sendo esta o conhecimento dos fatos por um determinado número de pessoas, em uma determinada região.

Divaga o ilustre doutrinador E. Magalhães Noronha (1997, p. 115), que “não há confundir essa notoriedade com a opinião de um número indeterminado de

pessoas (voz pública); opinião que não constitui um meio nem um substitutivo de prova”.

Para Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 251), “difere também a notoriedade do clamor público, que é o brado, o estrépido, a indignação provocada pela prática do delito e que, na nossa legislação, p. ex., torna inafiançáveis os crimes punidos com reclusão (art.323,V do CPP)”.

O clamor público não é fato notório. O fato de uma determinada cidade, ou determinado bairro clamar por justiça, revoltar-se por um crime qualquer, não significa que seja um fato notório e desnecessite de provas.

Também não precisam de prova, os fatos presumidos que são aqueles que se tomam por verdadeiros em razão de uma regra geral.

Para Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 251), “presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em conta aquilo que em geral acontece”.

A presunção de tais fatos decorrem da própria lei ou da ordem normal das coisas. As presunções podem ser absolutas (*juris et de jure*), que são aquelas que não admitem prova em contrário, ou relativas (*juris tantum*) que são aquelas que se entendem por verdades, mas admitem uma contraprova.

Destarte, ensina o renomado doutrinador Vicente Greco Filho (1998, p. 197-198):

[...] desde logo pode adiantar-se que, se a lei dá como verdadeiro determinado fato, está a parte dispensada de prová-lo, em sendo a presunção absoluta. Em sendo a presunção relativa, a parte em favor de quem milita a presunção não precisa prová-lo, incumbindo À parte contrária o ônus de produzir, se for o caso, a prova contrária.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 28) também explica:

São conjecturas inferidas pela lei como uma conseqüência indireta da reiteração de fatos que, pelo seu suceder contínuo, levam a uma conclusão certa. Uma vez demonstrado o fato que serve como alicerce à presunção estabelecida pela lei, surge como provado o fato probando.

Assim, embora sendo necessária a prova de todos os atos pertinentes ao fato criminoso, alguns deles não precisam ser provados.

6 ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus vem do latim e significa fardo, carga, peso, etc. Por isso, ônus da prova significa a necessidade de se provar para ver reconhecido judicialmente um direito. A prova não é uma obrigação processual, e sim um ônus que as partes têm.

No entendimento de José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 8):

O ônus oferece uma alternatividade ao dispor do titular que poderá atendê-lo ou não e na última hipótese sofrerá o prejuízo decorrente de sua inação ou negação, enquanto a obrigação é um mandamento legal pelo qual o obrigado não pode escolher entre cumpri-lo ou não.

Por não ser uma obrigação, mas apenas uma faculdade das partes, o ônus significa para estas, apenas uma necessidade jurídica de atuarem de pronto para evitarem prejuízos e inconvenientes. Sendo assim, a não produção de provas não causa nenhuma nulidade no processo, sendo que a obrigação existente é apenas a de se defender ou ser defendido.

O ilustre doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 258) nos dá o conceito de ônus da prova:

Numa perspectiva subjetiva, ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal.

Quando se fala em ônus da prova, refere-se a quem deve provar e à consequência para aquele que deveria provar e não o fez ou fazendo-o, não o fez suficientemente.

Reza o artigo 156 do Código de Processo Penal:

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 dúvidas sobre pontos relevantes.

Ensina a melhor doutrina (Demercian; Maluly. 2005, p. 294):

Com base na regra inserta no mencionado artigo, à acusação incumbirá fazer prova da ocorrência do ilícito penal e de quem seja seu autor; à defesa, de outra parte, se o alegar, deverá demonstrar seu álibi ou eventual causa excludente da ilicitude de sua conduta (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Cabe analisar então, que no nosso ordenamento, a prova do fato deve ser feita por quem argüiu a tese. Assim sendo, quem apresenta uma pretensão, deve provar os fatos constitutivos e a quem oferece a exceção, cabe provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas.

Contudo, cabe ao acusador provar o fato e sua autoria, bem como fazer prova das circunstâncias que causam o aumento da pena. Ao acusado cabe o ônus de provar as causas excludentes de antijuricidade, de culpabilidade e de punibilidade, como também as circunstâncias de diminuição da pena ou que impliquem em concessão de benefícios penais.

Ao acusado, cabe ainda, a prova da inexistência do fato, o que pode levar à absolvição, conforme o artigo 386, inciso I do Código de Processo Penal, que diz:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I – estar provada a inexistência do fato.

Explica José Frederico Marques (2000, p. 347):

O art.386, nº I, do Código de Processo Penal, manda que se absolva o réu quando estiver provada a inexistência do fato. O ônus dessa prova pertence ao acusado.

Entretanto, o acusador ainda deve fazer prova dos elementos subjetivos do crime, como também a forma de inobservância de cuidado no crime culposos (imprudência, negligência, ou imperícia) e o dolo, que muitas vezes é presumido, sendo que neste caso o réu deve fazer contraprova.

Como bem ensina Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p. 11):

Com relação à culpabilidade a jurisprudência construiu uma curiosa interpretação: o dolo é presumido, emergindo desde que provadas a materialidade e a autoria, enquanto a culpa necessita ser demonstrada pela acusação.

[...] Quanto à culpa (*strico sensu*), deve ser sempre demonstrada pela acusação.

Destarte, a culpa não se presume, sendo necessária assim, a sua comprovação para que seja justificada alguma condenação.

Quanto ao ônus da prova da culpa (*lato sensu*), pronunciou-se E. Magalhães Noronha (1997, p. 117), dizendo que “relativamente ao elemento subjetivo da culpa compete ao Ministério Público sua demonstração, tanto que é requisito da denúncia a especificação de sua forma: negligência, imprudência ou imperícia. Diga-se o mesmo do dolo; todavia, força é convir que, no mais das vezes, ele é presumido: o acusado, em regra, é que se esforça por demonstrar não ter agido dolosamente”.

Dispõe o artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal:

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

[...]

VI – não existir prova suficiente para a condenação.

Para José Frederico Marques (2000, p. 347), “só se verifica haver prova suficiente para a condenação quando se demonstra a existência do crime na integridade de todos os seus elementos constitutivos”.

O acusado deve então provar o que argüir, porém, não é necessário que ele faça prova plena de sua defesa, bastando que ele suscite uma dúvida suficiente para que o juiz o absolva por insuficiência de provas.

Como bem ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 258):

Entretanto, com a adesão do Brasil à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-1992, vige no país a regra de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, 2, da Convenção). Dessa forma, atribuída à acusação o dever de provar a culpa do réu, impõe-se sua absolvição mesmo na hipótese de restar dúvida quanto à procedência das alegações da defesa.

Assim, prevalece no nosso sistema o princípio do *in dubio pro reo*, uma vez que, havendo dúvidas quanto à ilicitude ou quanto à culpabilidade da conduta do réu, o juiz deve absolvê-lo, ou seja, na dúvida deve-se favorecer o réu.

Mesmo sendo das partes o ônus da prova, o juiz tem a faculdade de produzir provas quando ainda restarem dúvidas sobre algumas questões, visando assim, a busca da verdade.

Bem salientou José Frederico Marques (2000, p. 349-350):

Não averiguada devidamente a matéria da acusação ou da defesa, e existindo fonte de prova que possa ser explorada, deve o juiz ordenar as diligências instrutórias que se fizerem necessárias. A prudência e cautela que o devem nortear em todo ato jurisdicional mostrarão o momento dessa intervenção e ainda em que amplitude ela deve operar-se, para que, assim, não desça o magistrado, ao terreno instrutório, como se fosse uma das partes em contenda.

Destarte, o juiz não é um mero expectador das provas que as partes produzirem e, sendo assim, ele pode determinar diligências de ofício para que sejam esclarecidas as dúvidas que o impedem de chegar à verdade real.

7 CLASSIFICAÇÃO

Há inúmeras apresentações de classificações na doutrina, em que pode se classificar a prova levando em conta os elementos objetivo e subjetivo encontrados na mesma.

7.1 Objeto

Como ensina Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p. 24), “o objeto da prova é o fato cuja existência deseja-se ver reconhecida”. Assim, quanto ao objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas.

A prova será direta quando ela, por si só demonstrar o fato, dando certeza dele.

Ensina o ilustríssimo doutrinador Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 206), que “prova direta é aquela que leva a certeza do fato apurado. Ocorre quando pela constatação impírica o juiz pode chegar, de modo imediato, àquela proposição de fato que deve servir de base a sua decisão”.

Portanto, se ao depor, uma testemunha afirmar que viu o réu com uma arma nas mãos retirando bens da vítima, haverá aí uma prova direta do roubo. Nesse caso, trata-se de um fato, cuja existência é a base da acusação.

Contudo, há prova indireta quando o fato é comprovado através de outro fato. Para Fernando Capez (2003, p. 254), “a prova é indireta quando alcança o fato principal, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro”.

Divaga ainda o ilustre doutrinador Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 207) que “nessa modalidade de prova, não se objetiva, como é lógico, a demonstração dos elementos constitutivos da figura penal, mas a de outros fatos probandos a que se chega por intermédio do raciocínio indutivo”.

Assim, esse tipo de prova demonstra outro fato, através do qual deduz-se o que se quer provar. Se então, uma testemunha depõe dizendo que viu apenas o

réu ser preso e que com ele foi encontrado o bem procurado pela vítima, tem-se aí uma prova indireta, pois para se chegar ao fato principal será necessário usar o raciocínio indutivo.

7.2 Sujeito

“Sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde promana a prova (ARANHA, 2006, p. 24)”. Quanto ao sujeito, as provas podem ser reais ou pessoais.

Há prova real quando um fato deixa vestígios e estes são provados por meio de exame ou perícia. Fernando Capez (2003, p. 254) ensina o que são provas reais, afirmando que “são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex.: o lugar, o cadáver, a ama etc.)”.

Nas palavras de Dei Malatesta (1960) apud Mossin (1998, p. 208), os vestígios reais consistem:

[...] nas modalidades de efeito que se apresentam com adesão à realidade inconsciente das coisas; e a coisa, enquanto na sua inconsciência faz perceber estas modalidades, dá lugar a uma espécie de prova denominada real.

As provas reais então consistem em bem exterior e distintas do ser humano, atestando, inconscientemente e sem influência do homem, os vestígios do fato.

Já as provas pessoais provêm do homem e consistem em afirmações pessoais e conscientes.

Afirma Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 252), que “são pessoais as que exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a alguém: o interrogatório, os depoimentos, as conclusões dos peritos etc”.

Para Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p. 25):

O homem testemunha, mediante uma afirmação pessoal e consciente, um fato por ele conhecido por ciência própria ou por meio de terceiros: é a

prova pessoal. É a revelação consciente feita por uma pessoa das impressões mnemônicas de um fato.

Sendo assim, aqui na prova pessoal, a pessoa é um dos sujeitos da prova, tendo-se em vista a atividade do indivíduo.

7.3 Efeito

Quanto ao efeito, as provas podem ser plenas ou não plenas.

A prova plena é aquela prova completa, convincente, que se exige para que haja a condenação, pois, sem a convicção exata do juiz, não é possível que se condene alguém.

Assim Paulo Lúcio Nogueira, conceitua a prova plena dizendo que ela “deve ser a prova de certeza exigida para a condenação, pois se houver dúvida o acusado deve ser favorecido, impondo-se o *in dubio pro reo*” (2000, p. 193).

A prova não plena é aquela em que há apenas uma probabilidade de procedência da alegação.

Com grande sabedoria, o conceito do renomado doutrinador Fernando Capez (2003, p. 254):

Trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Esta prova não pode ser base para a condenação, entretanto, a prova não plena pode ser suficiente para que o juiz possa praticar alguns atos dentro do processo. Ela indica algumas circunstâncias bastantes para algumas medidas processuais.

Neste contexto, deve-se ressaltar que a prova “*Prima Facie*” ou à primeira vista é aquela que deixa no juiz, imediatamente a convicção da verdade de um fato, porém, ela pode ser invalidada por outras provas. Esta prova não é plena. Como menciona Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 251):

[...] aquela que deixa desde logo no espírito do juiz a convicção da veracidade de um fato embora possa ser infirmada por outras provas [...] São elas indicadas na nossa lei como indício veementes, indícios suficientes, fundadas razões e outras expressões semelhantes.

Essa prova serve ainda para indícios veementes, que é o que se usa normalmente para a decretação da prisão preventiva, ou seja, quando há uma suspeita que faz recair sobre determinada pessoa de acordo com o seu modo operante.

7.4 Forma

Por último, há a classificação quanto à forma e neste caso a prova pode ser testemunhal, documental ou material.

Para Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p.25) “o pensamento humano exterioriza-se e transmite-se de duas formas: uma rápida, que é a palavra fônica, e outra permanente, por meio da palavra escrita ou gravada.”

A prova é testemunhal quando há depoimentos da vítima, de outras pessoas (testemunhas) que viram o fato, e do próprio acusado.

Heráclito Antônio Mossin vislumbrou essa classificação da prova quanto à forma (1998, p. 209) dizendo que “A prova testemunhal, é a que promana da pessoa humana. É a que se produz ou se forma pelo depoimento ou declaração das testemunhas”.

Há também a prova documental que é quando existem documentos relativos ao fato, ou seja, a prova é produzida através de documentos e estes podem ser escritos públicos ou particulares.

Ainda nas palavras de Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 209):

Prova documental é a que se estrutura por documento, ou a demonstração do fato alegado por meio de documento, isto é, papel escrito, onde o mesmo se mostra materializado. Assim, a prova documental é produzida por escritos, em cujo conteúdo se encontra a demonstração do fato alegado.

Já a prova material consiste em perícias, exames de corpo delito, instrumentos do crime, etc.

Conforme conceitua Adalberto José Q. T. Aranha (2006, p. 25), “a forma material, por sua vez, é a obtida por meio químico, físico ou biológico que sirva como veículo de percepção para se chegar ao fato probando”.

Explica também o ilustre doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 508), que prova material “é aquela consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando: o instrumento do crime, os *producta sceleris*, as coisas apreendidas, os exames periciais”.

Sendo assim, essa é a classificação conforme a doutrina majoritária.

8 MEIO DE PROVA

É sabido que no processo penal busca-se a verdade real dos fatos, o que faz com que o juiz e as partes tenham ampla liberdade para provarem suas teses e, para isso, dispõem dos meios de prova.

Segundo Demercian e Maluly (2005, p. 285) prova é tudo aquilo que pode ser utilizado para que se possa demonstrar os fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos essenciais para que seja comprovada a existência ou não da veracidade de um fato.

Meio de prova é tudo o que possa ser utilizado para a demonstração da ocorrência dos fatos alegados e perseguidos no processo. São os instrumentos necessários para comprovar a existência ou não da verdade de um fato.

Assim, meio de prova é tudo aquilo que serve para comprovar os fatos alegados pelas partes, de maneira que deve-se sempre buscar a comprovação da verdade real.

Porém, adverte Tornaghi, apud Mossin (1998, p. 210):

É preciso cuidado para evitar a confusão, muito frequente, de meio com sujeito ou objeto de prova. Assim, por exemplo, a testemunha é sujeito, e não meio de prova. O depoimento dela, este, sim, é meio de prova. O lugar inspecionado é objeto de prova; a inspeção do local é meio de prova. Meio é tudo aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido.

Os meios de prova podem ser históricos ou críticos. Os meios de prova históricos são aqueles que representam um fato, que pode ser o depoimento de uma testemunha ou um documento. Já o meio de prova crítico apenas indica, como é o que acontece com os indícios.

Os meios de prova podem ainda ser reais ou pessoais. Os meios reais são aqueles que são representados por uma coisa ou algo exterior ao homem, como por exemplo, um revólver utilizado para a prática de um delito. Os meios de prova pessoais, por sua vez, relacionam-se com a personalidade de um determinado sujeito, com a sua consciência e um exemplo é o depoimento pessoal.

Contudo, os meios de prova não são taxativos, ou seja, não precisam estar especificados pelo legislador de maneira exaustiva, bastando apenas que na lei não haja nenhum obstáculo ou restrição à produção daquela determinada prova. Como bem salientou Vicente Greco Filho (1998, p. 199), que “outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”.

Sendo a previsão legal apenas exemplificativa, essas provas que não estão previstas na legislação são as chamadas provas inominadas. Elas existem pelo fato de ser humanamente impossível prever todos os meios de prova existentes.

No processo penal o juiz tem amplos poderes para buscar a verdade dos fatos e os meios de prova servem para que haja a formação de sua convicção.

Costuma-se dizer que não há limitação nos meios de prova em busca da verdade real, sendo que a investigação deve ser a mais ampla possível, tendo como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime.

Assim ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 252):

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.

Porém, o princípio da liberdade probatória não é absoluto. O próprio artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece uma regra dizendo que no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas restrições à prova, estabelecidas na Lei civil. Então, a própria legislação já cria obstáculos, sendo que assim, o casamento, por exemplo, só será provado com a certidão de registro, como também a prova de que o acusado era menor ao tempo do crime, exige certidão de nascimento.

Tem-se ainda outra restrição que consta na Constituição Federal, que se trata da proibição das provas ilícitas.

Assim, a liberdade probatória não é absoluta, sendo que vamos encontrar restrições impostas pela lei para determinados casos.

8.1 Provas Proibidas

A prova proibida é aquela que é impedida que se faça pela lei e, sendo proibida, ela ofende o direito. Tal ofensa pode ser pelo modo como a prova foi colhida, opondo-se a uma norma de direito material ou quando a prova for introduzida no processo, molestando uma norma de cunho processual.

Bem define o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 253) que “a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material”.

Por proibir entende-se impedir que se faça e a origem etimológica da palavra vem de *prohibere*, que significava conservar à distância. Sendo assim, prova proibida é toda aquela que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico.

8.2 Provas ilícitas e provas ilícitas por derivação

Prevê o artigo 5º, LVI da Constituição Federal:

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

[...]

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O ordenamento jurídico limita a produção de provas quando estas violarem a lei. Se a prova for proibida, no caso de ter contrariado normas de direito material ou princípios constitucionais, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção, ela será ilícita.

Para Fernando Capez (2003, p. 246):

Serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.

Explica ainda Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 267):

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Por força de preceito constitucional, serão proibidas no processo penal, todas as provas cuja colheita tenha como origem um meio ilícito.

Sendo assim, uma sentença não pode ter fundamento em provas que violem princípios constitucionais ou normas infraconstitucionais, como violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente das conversas telefônicas (art.5º, XII, CF), entre outros.

Ensina Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 219):

É de cristalina evidência que muitas vezes por intermédio da prova não autorizada pelo direito se pode chegar à descoberta da verdade real, fim coliminado pelo processo, reconstruindo-se de modo nítido o fato histórico que é o *thema probandum*. Entretanto, *par vir legis*, somente são admissíveis as provas obtidas por meio lícito, ou seja, que não forem contrárias à moral e aos bons costumes e principalmente quando não forem atentatórias à dignidade e liberdade de expressão do indiciado ou réu.

Prova ilícita então, é aquela que é obtida violando o direito material. Porém, Adalberto José Q. T. Camargo Aranha (2006, p. 51) complementa esse conceito dizendo:

A violação a um princípio de direito material pode ser ampla, não se resumindo não oposição à lei; é possível ofender os bons costumes (exteriorizar segredo obtido em confissão), a boa-fé (usar gravador disfarçado), a moral (recompensar parceiro para conseguir a prova do adultério) etc.

Destarte, a confissão obtida mediante a prática de tortura, a apreensão de documento realizada mediante a violação de domicílio, a captação de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica, são alguns dos vários meios de provas ilícitas existentes.

Entretanto, não serão ilícitas as provas admitidas quando o interessado consentir na violação de seus direitos assegurados constitucionalmente ou pela legislação infraconstitucional, desde que tais direitos sejam disponíveis. Nestas hipóteses deixa de haver a ilicitude exigida na Constituição para que tal prova seja proibida.

A garantia constitucional de não aceitar a utilização de provas obtidas por meios ilícitos consagrou também a doutrina norte-americana do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) que prega que não só a prova ilícita, mas a que se origina desta não pode ser usada pelo julgador para que seja formada sua convicção, ou seja, uma árvore podre só pode dar frutos podres. Assim, quando a prova for lícita em si mesma, mas produzida a partir de um fato ilícito, ela será uma prova ilícita por derivação.

Acerca dessa posição, Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.257) discorreu que “na falta de regulamentação específica, vigora em nosso ordenamento jurídico a regra do direito americano revelada pela expressão *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que implica nulidade das provas subseqüentes obtidas com fundamento na original ilícita”.

Assim sendo, as provas originadas de outras provas ilícitas também não poderão ser usadas pelo juiz para a formação de seu convencimento.

Contudo, a ilicitude das provas originárias ou derivadas não comprometem a existência do processo se sua produção não tiver sido com base em violação à norma de direito processual como também não levam à absolvição do acusado se sua condenação foi proferida com fundamento em outras provas regularmente introduzidas no processo.

Ensina o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 283):

Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência a inadmissibilidade de todas

aquelas outras provas a elas subseqüentes. Será preciso, no exame cuidadoso de cada situação concreta, avaliar a eventual derivação da ilicitude.

Prevalece então a idéia da incomunicabilidade entre as provas, ou seja, a prova ilícita não irá contaminar as provas que dela não decorrerem.

8.3 Provas ilegítimas

Diferentemente das provas ilícitas, as provas ilegítimas são obtidas a partir de uma violação, não de norma de direito material, mas de norma de direito processual.

Ilegítimo é tudo aquilo “a que faltam qualidades ou requisitos exigidos pela lei para ser por ela reconhecido ou posto sob sua proteção” (conforme Dicionário jurídico brasileiro, José Naufel, e Dicionário de tecnologia jurídica, Pedro Nunes, “apud” Camargo Aranha (2006, p. 50).

Para Fernando Capez (2003, p. 261):

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, se, por exemplo, um documento for juntado na fase das alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, pois o art.406,§2º, do CPP proíbe a juntada de qualquer documento nessa fase do processo.

Assim, se a prova for produzida sem o amparo da lei processual não terá nenhum valor, uma vez que há a violação de um requisito exigido pela referida lei para que a prova seja colocada sob seu abrigo.

9 TEORIAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Existem cinco teorias diferentes na doutrina sobre haver ou não a possibilidade de se admitir a prova ilícita como válida e eficaz no ordenamento jurídico.

A única teoria que admite o uso da prova ilícita parte da premissa de que as únicas provas que podem ser rejeitadas no processo são as provas ilegítimas, ou seja, aquelas que violam uma norma instrumental, pois estas são as únicas em que a sanção é de natureza processual.

Como bem ensina Grinover apud Nogueira (2000, p. 230), “as provas colhidas, por exemplo, de uma violação arbitrária, devem ser admitidas, punindo-se apenas, penal ou disciplinarmente, o autor do ilícito”.

Uma norma material, ao ser violada traz uma sanção específica, que não é o afastamento do processo. Ao ser produzida uma prova ilícita, vê-se a ofensa ao direito material, sendo que aí deverá ser aplicada ao ofensor uma punição adequada, não podendo, porém, ser afastada do processo, uma vez que apenas as ofensas com sanções de natureza processual é que poderiam ser rejeitadas.

A expressão *male captum, bene retentum*, isto é, mal colhida, bem produzida, foi criada por um de seus seguidores.

Assim, a prova ilícita permanece no processo como válida, sendo que o ofensor do direito material será punido com uma sanção correspondente.

Explica José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 63-64):

Como os direitos material e processual são autônomos, cada qual com a sua sanção específica, sendo a prova questão de índole processual, somente podem ser afastadas as que ofendem o direito instrumental. Não se confundem o direito de ação e o direito material que tutela o bem ofendido.

Então, para esta corrente, a prova ilícita é válida, desde que ela não seja processualmente ilegítima.

Esta próxima teoria critica fortemente a teoria anterior.

Aqui se defende que o direito é uma coisa só e não composto de áreas separadas. Assim, se a prova é ilícita, ela estará ofendendo o direito em seu todo, não podendo se admitir no processo a norma violada.

Desta forma, a prova ilícita, quando reconhecida, contamina todo o direito.

Tal teoria já foi explicada acima, sendo ela conhecida como teoria dos frutos da árvore contaminada, ou seja, são as provas ilícitas por derivação.

A terceira teoria leva em consideração a moralidade dos atos praticados pelo Estado.

O Estado de Direito deve combater o crime mediante atos e princípios moralmente inatacáveis.

Ensina Paulo Lúcio Nogueira (2000, p. 230), que esta teoria “tem por base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado e o de que se a prova é ilícita ofende ao direito, não sendo, assim, admissível”.

Há uma presunção de que os atos do Estado são legais e morais, sendo assim, seus agentes não podem dispor de meios condenáveis para perseguir os criminosos.

Esta quarta teoria defende que toda prova ilícita ofende a Constituição Federal, pois atinge os direitos fundamentais do indivíduo.

Se a prova, ao ser colhida, ofender os direitos e garantias fundamentais do cidadão, a prova obtida será atingida pela inconstitucionalidade, não podendo ela, prevalecer em nenhum campo do direito.

9.1 Teoria da proporcionalidade

Apesar de ser regra a proibição das provas ilícitas (diretamente ou por derivação) e das provas ilegítimas, excepcionalmente poderão ser aceitas no processo por adoção do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, oriundo da Alemanha, lá denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, que visa buscar um

equilíbrio, fazendo com que nem sempre a prova ilícita ou ilegítima seja afastada do processo.

Esta quinta e última teoria busca atenuar a rigidez da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), tentando fazer com que haja um equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o indivíduo e os direitos fundamentais de cada um. Ela reconhece a ilicitude da prova, mas leva em conta o interesse predominante da sociedade, podendo assim, admitir a sua produção.

Defende o renomado doutrinador Paulo Lúcio Nogueira (2000, p. 231):

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito.

Aqui se defende que, em alguns casos, a prova obtida de forma ilícita pode ser admitida, aceitando-se assim o sacrifício de direitos individuais para a realização da justiça penal.

Neste sentido, explica Vicente Greco Filho (1998, p. 200-201):

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Assim, deve-se fixar uma proporção entre a infringência da norma no momento em que a prova foi colhida e os valores que são preservados pela sociedade e que a mesma prova visa proteger, fazendo com que prevaleça, no caso concreto, aquele princípio que for mais importante.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p.66), se as garantias individuais constitucionais conflitarem, haverá aí apenas um conflito aparente, uma vez que o sistema jurídico de determinada sociedade fará com que prevaleça o de maior relevância, havendo assim, uma harmonização.

Destarte, a função de tal teoria é impor uma mitigação ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Para ela,

uma prova, apesar de ilícita, pode ser admitida em alguns casos excepcionais, sopesando-se os valores em debate. Para esta teoria, os princípios constitucionais são meramente relativos e podem ser violados se estiver em jogo outro direito de maior valor.

Por fim, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 67) ainda discorreu:

O entendimento doutrinário entre nós é todo ele no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio do *favor rei*, admitindo-se tais provas desde que atuem em favor da defesa.

Portanto, cabe ressaltar, que a aceitação do princípio da proporcionalidade em favor do acusado é praticamente unânime, sendo que ele somente será aplicado *pro reo*, reconhecendo à defesa a possibilidade de utilização de provas ilícitas ou ilegítimas no processo penal. É a possibilidade que a defesa tem de argüir o princípio do *favor rei*.

Porém, nestes casos em que se torna possível a utilização da prova ilícita em favor do réu, esta somente poderá ser obtida ou realizada mediante autorização judicial, pois a autoridade policial não tem legitimidade para tomar providências que atentem contra os direitos e garantias individuais do cidadão no caso de uma simples suspeita.

Assim, será necessário analisar cada caso e a decisão final vai depender de qual direito o julgador entender mais importante. No próximo capítulo serão estudados os julgados para que seja possível entender o que deve prevalecer em cada caso: o uso ou não das provas ilícitas e das provas ilícitas por derivação.

10 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Como já dito, o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, proíbe a produção de provas ilícitas no processo.

Assim, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, apud Moraes (2002, p. 125),:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Percebe-se então que o Egrégio Supremo Tribunal Federal entende que a prova ilícita não pode permanecer no processo, pois vivemos em um Estado democrático de direitos, onde cada cidadão é revestido de direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal. Uma dessas garantias é a proibição de produção de provas ilícitas e sendo assim, deve ser respeitada para que não haja violação de nenhum princípio constitucional, mesmo que para isso a verdade seja prejudicada.

Neste sentido, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, apud Aranha (2006, p. 71):

Apreendida, no escritório do paciente, a documentação que deu origem ao processo criminal, sem as cautelas recomendadas no item XI, do art. 5º, da Constituição Federal, forçoso é reconhecer que se cuida de prova obtida por meios ilícitos, circunstância que afeta o procedimento (inciso LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal. Nulidade que se acolhe. *Hábeas Corpus* deferido (HC 3.912/RJ, Min. Willian Patterson, *DJU*, 8 abr. 1996, p. 10490).

No caso concreto acima, o Superior Tribunal de Justiça optou por não aceitar o uso da prova ilícita alegando que tal fato viciaria o procedimento, seguindo assim o entendimento, já comentado, do Supremo Tribunal Federal. Então, a documentação apreendida no escritório não terá valor nenhum, pois não foram observadas as formalidades legais, havendo assim a violação do domicílio da parte.

Ainda decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, apud Aranha (2006, p. 72), que “reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, cabe à parte o direito de vê-la desentranhada dos autos (Tribunal pleno, Min. Nery da Silveira, DJU, 20 jun. 1997, p. 28507)”.

Destarte, sendo identificado o caráter ilícito da prova, ela não poderá permanecer no processo e, conseqüentemente, a parte atingida não poderá ser prejudicada, sendo direito da mesma ter o desentranhamento de tal prova dos autos.

Assim, mesmo o Supremo Tribunal Federal não admitindo o uso das provas ilícitas, tal fato não pode acarretar a nulidade de todo o processo. Desse modo, a conseqüência do uso de uma prova ilícita deve ser delimitada, definindo se todas as demais provas dela resultantes serão contaminadas ou não.

A atual posição do Supremo Tribunal Federal em relação a este assunto é a de que a prova ilícita contamina as demais provas dela decorrentes, adotando então a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Neste sentido, dois acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, apud Moraes (2002, p. 128):

I - HC 72.588-PB, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa, 12 jun. 1996: “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA” - Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) -, o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina do “frutos da árvore envenenada”, concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, parágrafo único), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente ao qual se chegara exclusivamente em razão de escuta -, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria “contaminado” pela ilicitude da

prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octávio Galloti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiam o *habeas corpus*, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – deveria ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912-RS (DJ de 26-11-93), HC 73.351-SP (Pleno, 9-5-96; v. Informativo nº 30). HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12-6-96 – INFORMATIVO STF – Brasília, 10 a 14 de junho de 1996 – nº 35.

II - HC 73.351-SP – *habeas corpus*, Rel. Min. Ilmar Galvão, m. v., j. 9-5-96, INFORMATIVO STF nº 30 – EMENTA: *habeas corpus*. Acusação vazada em flagrante delito viabilizado exclusivamente por meio de operação de escuta telefônica, mediante autorização judicial. Prova ilícita. Ausência de legislação regulamentadora. Art.5º, XII, da Constituição Federal. *Fruits of the poisonous tree*. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inciso XII, da Constituição, não pode o juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que “a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta” (IBCCrim – Boletim – Jurisprudência – agosto de 1996).

Conclui-se então que as prova ilícitas e todas as outras provas que delas derivarem, são inadmissíveis no processo penal e devem, portanto, serem desentranhadas do processo. Porém, tais provas não têm o poder de anular um processo inteiro e as demais provas lícitas e autônomas permanecem válidas, prevalecendo a incomunicabilidade das provas ilícitas com as provas que dela não derivarem.

Ensina Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p. 70) que “no caso de uma prova ser aparentemente lícita, ela se tornará ilícita por contaminação, violando os princípios constitucionais se sua origem ou elemento gerador advirem de uma prova ilícita”.

Contudo, houve uma atenuação quanto à vedação das provas ilícitas visando corrigir distorções que a rigidez da exclusão poderia trazer. Essa atenuação tem base no Princípio da proporcionalidade e este traz hipóteses em que as provas ilícitas, em casos excepcionais, poderão ser utilizadas, pois nem toda garantia fundamental é absoluta de modo que possa derrubar uma outra de valor equivalente.

Neste sentido é o acórdão do *Habeas Corpus* 74.678/SP, relatado pelo Min. Moreira Alves (DJU de 15.08.97, no mesmo sentido: HC 75.611/SP, DJU de 17.04.98), apud Demercian e Maluly (2005, p. 289):

- *Hábeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuricidade.
- Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).

Referido julgado destaca que no caso, não há violação ao sigilo de comunicação telefônica, pois a gravação é realizada por um dos interlocutores, devendo tal fato ser apreciado também à luz do princípio constitucional da intimidade.

Assim, a Constituição Federal, ao consagrar a proibição das provas ilícitas, consagrou também outros direitos e garantias fundamentais que também não poderiam ser violados e, havendo confronto entre eles, deve-se ter em vista o interesse público a ser preservado e protegido para que assim seja decidido sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita.

11 POSIÇÃO DO ALUNO SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS E AS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

As provas servem para a formação do convencimento do juiz e é através delas que se busca a verdade no processo. A atividade probatória tem um papel relevante na sociedade, indicando que as decisões judiciais, sendo fundadas em provas, serão verdadeiras e, portanto, justas, fazendo com que assim, a decisão deixe de ser arbitrária.

Porém, defende-se hoje, com base no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que para sustentar uma decisão judicial, a prova deve ser obtida por meios lícitos, que não contrariem a moral e os bons costumes.

A corrente que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas alega que, ao contrariar as normas da Carta Magna, o ato processual se tornará ineficaz, havendo nulidade absoluta ou até a inexistência do mesmo.

Defende ainda, que a vedação das provas ilícitas tem por objetivo controlar a regularidade da atividade persecutória do estado, inibindo assim as práticas probatórias ilegais.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2002, p. 267):

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Há de se ressaltar o princípio da proporcionalidade, que veio para atenuar a vedação das provas ilícitas, fazendo com que, em casos excepcionais, a prova ilícita pudesse ser usada no processo. Todavia, esse princípio somente é usado a favor do réu, não existindo princípio da proporcionalidade *pro societate*.

Entretanto, é evidente que, muitas vezes, tanto pelas provas ilícitas, como pelas provas ilícitas por derivação, pode-se chegar à descoberta da verdade real, que é o fim perseguido pelo processo, só que em desfavor do réu.

Reza a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXV:

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

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, não é justo sacrificar o interesse da sociedade, uma vez que, cometido um delito, alguém foi prejudicado com isso e, sendo assim, é de interesse social ver o infrator ser processado por tal ato.

Ademais, ao se admitir as provas ilícitas no processo, antes de haver alguma condenação, o indivíduo terá direito ao contraditório e à ampla defesa, não podendo por isso, afirmar que seus direitos fundamentais estão sendo violados.

Contudo, se é através das provas que é possível a descoberta da verdade real, não há porque ignorar a prova ilícita, pois, apesar de seu caráter contrariar normas de caráter materiais, pode ser ela a única que seja capaz de demonstrar a realidade.

Neste sentido, o ilustre doutrinador Pedroso (1986), apud Demercian e Maluly (2005, p. 287):

Se o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real (na qual há fulcrar-se a própria realização do direito penal substantivo, pela aplicação ou não da pena), crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, há de ser aceita.

Destarte, como se busca a verdade real no processo penal, deve-se considerar que, em não havendo outras provas lícitas que poderão basear a sentença do magistrado, pode-se então dar valor às provas ilícitas, pois neste caso, somente elas poderão levar ao real desfecho da causa.

Seguindo este raciocínio, Pedroso, apud Pinho (2007), defende que se o fim principal do processo é descobrir a verdade real, deve-se aceitar que a prova obtida de modo ilícito seja admissível, se chegar a essa verdade. Entretanto, o Estado não deve se esquecer de dar continuidade à persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do acusado.

Não seria exato, portanto, defender os interesses apenas do acusado, esquecendo-se dos interesses da sociedade. Se a prova ilícita pode ser usada para a absolvição do réu, não há porque vedar o seu uso para uma eventual condenação.

Assim, se um delito foi cometido, a sociedade foi lesada e seus interesses não devem ser sacrificados em prol daquele que a prejudicou só pelo fato de que existem nos autos apenas provas obtidas ilicitamente e que podem levar à condenação, uma vez que, se fossem favoráveis ao réu, elas seriam utilizadas.

CONCLUSÃO

Não é possível o convívio em sociedade sem que haja conflitos de interesses entre os homens. Sendo assim, é dever do Estado interferir nas relações que não sejam passíveis de soluções pacíficas entre os sujeitos.

Para isso, foi criado o Poder Judiciário que tem o poder da intervenção, quando requerida, proferindo decisões para o deslinde da causa para que assim seja assegurada a paz social.

Contudo, para que o Magistrado possa chegar a uma solução correta e justa, devem ser observadas por ele, algumas regras, tais como o princípio do livre convencimento motivado que, por disposição do texto constitucional, diz que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas.

As provas têm papel importante na motivação do juiz, pois é nelas que se basearão as sentenças, sendo impossível que alguém seja condenado sem que haja elementos probatórios.

Neste contexto entra a importância das provas ilícitas, já que elas são vedadas pelo artigo 5º, LVI da Constituição Federal de 1988.

Destarte, a teoria da proporcionalidade sempre deverá ser invocada pelo magistrado, para que em algum caso, onde há discussão sobre a ilicitude ou não da prova, possa chegar-se a um equilíbrio dos bens que estão em conflito.

Nenhum direito ou garantia constitucional é absoluto, podendo haver o sacrifício de um em relação ao outro.

Não são aceitas também pelo ordenamento jurídico, salvo nos casos em que se aplica o princípio da proporcionalidade, as provas obtidas através de outras provas ilícitas, ou seja, as provas ilícitas por derivação, que são aquelas que são lícitas em si mesmas, porém derivam de outra prova que foi ilicitamente colhida.

Neste caso é aplicada a teoria da árvore dos frutos envenenados, pois uma prova obtida através de meios ilícitos, pode contaminar outra prova, ainda que de caráter lícito.

Assim, conclui-se que a inadmissibilidade do uso das provas obtidas ilicitamente deve ser examinada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo então, haver um abrandamento em situações de excepcionalidade, como sendo medida de justiça.

BIBLIOGRAFIA

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. v. 2. Campinas: Millenium, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Breve ensaio das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal**. Disponível em: < http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=34917>. Acesso em: 08 fev. 2008.

PAVARINA, Eduardo Ribeiro. **Prova ilícita no processo penal brasileiro**. 2004. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.