

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JENIFFER BELTRAMIN SCHEFFER

**A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E
A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ**

CURITIBA

2009

JENIFFER BELTRAMIN SCHEFFER

**A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E
A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Direito para obtenção do título de
Bacharel em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Professor orientador: Rolf Koerner Junior.

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

JENIFFER BELTRAMIN SCHEFFER

A UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Rolf Koerner Junior.

Primeiro Membro: João Gualberto Garcez Ramos

Segundo Membro: Priscilla Placha Sá

Àqueles que nunca deixaram de me questionar.
Àqueles que sempre me escutaram.
Àquele que chegou já ao final, mas fez tudo mudar.

RESUMO

A licitude da prova no processo é essencial para o entendimento do processo penal e para sua aplicação na ordem jurídica vigente. Não há consenso nacional sobre a utilização da prova ilícita. O presente trabalho contém um breve apanhado doutrinário sobre os sistemas processuais penais existentes, o sistema adotado pelo processo penal no Brasil, bem como sobre a utilização da prova no processo penal brasileiro e a liberdade probatória de iniciativa do magistrado brasileiro. Explora ainda, de forma sucinta, a legislação brasileira desde 1832, com o Código de Processo Criminal do Império, passando pelo Código de Processo Penal vigente, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, até o anteprojeto de código processual penal transformado em projeto de Lei do Senado, n.º 156, de 2009. Posteriormente, são listados alguns julgados em matéria de prova processual penal do último século dos tribunais superiores nacionais e, por fim, quais as mudanças de entendimento em decorrência da nova lei de n.º 11.690, de 2008.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS | 3 |
| 2.1. Sistemas processuais penais existentes | 3 |
| 2.2. O sistema processual penal brasileiro..... | 8 |
| 3. DA PROVA..... | 11 |
| 3.1. Conceito de prova | 11 |
| 3.2. Ônus da prova..... | 17 |
| 3.3. Princípios que regem as provas | 21 |
| 3.4. Prova ilícita..... | 27 |
| 3.5. Prova ilícita por derivação | 31 |
| 3.6. Sistemas de avaliação da prova..... | 34 |
| 3.7. Atividade probatória do Juiz | 37 |
| 4. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROVA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA COM FOCO NA ADMISSIBILIDADE DA PROVA E FUNÇÃO PROBATORIA DO JUIZ..... | 39 |
| 4.1. Código Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 | 39 |
| 4.2. Código Processo Penal de 1941 | 39 |
| 4.3. Anteprojeto do Código de Processo Penal de 1963..... | 40 |
| 4.4. Projeto de lei n.º 633 de 1975 | 41 |
| 4.5. Anteprojeto do Código de Processo Penal de 1981 | 41 |
| 4.6. Lei n.º 11.690 de 2008 | 42 |
| 4.7. Anteprojeto do Código de Processo Penal de 2009 | 43 |
| 5. OS JULGADOS BRASILEIROS ACERCA DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL | 47 |
| 5.1. Supremo Tribunal Federal..... | 47 |
| 5.2. Superior Tribunal de Justiça..... | 55 |
| 6. MUDANÇAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS PROVOCADAS PELA LEI N.º 11.690 DE 2008 | 58 |
| 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 62 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 64 |

1. INTRODUÇÃO

*"(...) a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas."
(J. Bentham) ¹*

O papel desempenhado pelas provas, no processo penal, é o de apurar os fatos preparando o processo para o julgamento; contudo, não só utilizadas pelo juiz, as provas desenvolvem-se em um ambiente social complexo e manipulado por inúmeras pessoas, atribuindo àquelas fatores políticos, sociais, econômicos, religiosos, etc.

A licitude da prova no processo é essencial para a compreensão do processo penal e para sua aplicação na ordem jurídica vigente, pois dela pode depender tanto a absolvição quanto a condenação do acusado. *"Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o meio importante de toda ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual". ²*

As provas quando são ilícitas também são relevantes para o universo jurídico, dado que não há consenso nacional sobre sua utilização. E a fundamentação das decisões judiciais em provas verdadeiras tem desempenho persuasivo sobre a sociedade.

A aplicação da legislação sobre a prova não é tarefa fácil para o juiz, primeiro porque há uma indeterminação legal quanto ao assunto, ou seja, não há normas claras quanto ao que seja uma prova lícita ou não, mesmo com o advento da nova lei³. Em segundo lugar porque há grande confusão quanto aos limites da atividade cognitiva do juiz. Ambas as questões são tratadas de forma extremamente subjetiva na legislação brasileira e o impacto social da confusão jurisprudencial é gritante, e tanto o é que podemos notar a disparidade das decisões dos tribunais superiores nacionais sobre as mais variadas ações penais, em curso ou recém julgadas.

¹ **Jeremy Bentham** (15 de fevereiro de 1748 – 6 de junho de 1832) foi um filósofo e jurista inglês. Juntamente com John Stuart Mill e James Mill, difundiu o utilitarismo, teoria ética que responde a todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade." Trecho retirado de http://pt.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 251.

³ A expressão "nova lei" será, no presente trabalho, utilizada como referência à Lei n.º 11690 de 2008, que altera os artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Código de Processo Penal.

Um breve exemplo das divergências legislativas sobre o assunto é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, que em seu artigo 12 estabelece que *“ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação”* e o artigo 4.º da lei n.º 9.296 de 24 de julho de 1996 que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal, que versa: *“O pedido de interceptação de comunicação telefônica contera a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.”* A seguinte pergunta pode ser lançada: o termo *necessário* não é arbitrado pelo juiz? Ou seja, qual a justificativa dessa necessidade?

Varias outras questões surgirão no decorrer da realização desta monografia, e é com o intuito de chegar a algumas respostas, e somente a algumas, que escolhi o tema deste trabalho.

Os primeiros capítulos deste trabalho limitam-se a um apanhado doutrinário sobre os sistemas processuais penais existentes, o sistema adotado pelo processo penal no Brasil, bem como sobre a utilização da prova no processo penal brasileiro, casos de ilicitude probatória e a liberdade probatória de iniciativa do magistrado brasileiro.

Num segundo momento pretende-se explorar a legislação brasileira desde 1832, com o Código de Processo Criminal do Império, passando pelo Código de Processo Penal vigente, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, e suas posteriores alterações, chegando finalmente ao anteprojeto do Código de Processo Penal transformado em projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, e quais as mudanças trazidas especificamente em matéria de prova, utilização da prova e atividade probatória do magistrado.

Os capítulos seguintes dignam-se a recolher alguns julgados em matéria de prova processual penal dos tribunais superiores nacionais comparando as decisões anteriores ao advento da nova lei com as posteriores a ela.

Por fim, será realizada uma abordagem doutrinária e jurisprudencial acerca das mudanças já ocasionadas pela promulgação da nova lei.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1. Sistemas processuais penais existentes

Os sistemas processuais penais são classificados conforme a atividade probatória das partes envolvidas nos litígios.

No primeiro sistema, as funções essenciais de julgar, acusar e defender eram atribuídas à mesma figura, ou seja, ao juiz. Assim, aquele detinha todos os poderes no processo, que era predominantemente oral e cujo acusado não tinha praticamente chance alguma de defesa.

O segundo sistema apresentado, conhecido como sistema de acusação, é o utilizado até hoje na maioria dos sistemas processuais, cujas funções jurisdicionais são repartidas entre juiz (julgador), promotor (acusador) e o réu, que tem a possibilidade agora de instituir patrono que o defenda. Este sistema objetiva principalmente a imparcialidade do juiz.

O terceiro sistema é um misto entre os dois anteriormente apresentados.

2.1.1. Inquisitivo ou inquisitório

Nesse sistema, o magistrado tem plena liberdade probatória, além de unir em si todas as funções de um julgamento, ou seja, é ele quem julga, acusa e defende. Segundo Capez, esse sistema *“É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto neste sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão”*.⁴

Esse sistema perdurou por alguns séculos na Europa continental.

*Na Itália, os processos **per denuntiationem et per inquisitionem** desenvolveram-se tamanhamente que, até hoje, em numerosas cidades do país, como Roma e Veneza, dentre outras, podem ser vistas, em algumas praças, esculturas com formato de cara de leão, com a boca aberta, ‘bocas da verdade’ (Boccas della Verità), destinadas a receber as denúncias secretas dos alcagüetes e **digiti duri**.*⁵

⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 41.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. pág. 85.

Antes da implantação dessa forma de processo, o procedimento canônico vigorava e a acusação era apresentada aos canônicos como bispos, arcebispos ou oficiais que se encarregavam de exercer a função jurisdicional; contudo, em meados do século XV “estabeleceu-se o procedimento *inquisitivo*, com denúncias anônimas e foram abolidas a acusação e a publicidade do processo”.⁶

Na Alemanha, ao final do século XV, vigorava o sistema inquisitivo cuja principal codificação era a Lei Imperial de 1503, conhecida como *Constitutio Criminalis Carolina*. O Tribunal da Santa Punição (*Vehmgericht*) utilizou-a ao extremo punindo ofensores à religião, paz e honra públicas. Todos os atos praticados na vigência do sistema inquisitivo eram secretos – não se conheciam os juízes, os acusadores, ou ainda os veredictos.

A França, bem como os países anteriormente citados, adotou o sistema inquisitivo e fez surgir a *Ordennance sur la procédure criminelle*. Esse manual de processo previa três fases processuais, que eram todas escritas, secretas e não previam forma de contraditório.

Esse sistema, no entanto, não durou mais do que três séculos. Já no século XVIII houve um movimento de combate ao sistema.

*Montesquieu condenava as torturas, elogiava a Instituição do Ministério Público, uma vez que fazia desaparecer os delatores. Beccaria proclamava que o direito de punir nada mais era senão o direito de defesa da sociedade e que, por isso mesmo, devia ser exercido dentro dos limites da justiça e da utilidade.*⁷

Esse sistema sempre foi muito criticado, dado que o Juiz, por agrupar todas as funções jurisdicionais que envolvem o processo, não consegue permanecer imparcial.

Sin embargo, contra esta configuración del proceso existen serios inconvenientes: por un lado, em el proceso inquisitivo, el juez no es imparcial, sino que se siente preponderantemente um órgano de la persecución penal y, por outro lado, el

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 38.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. pág. 87.

*inquirido está prácticamente indefeso; no puede defenderse de modo suficiente.*⁸

Essa imparcialidade se dá principalmente na instauração do procedimento, pois se é do juiz a prerrogativa para dar início ao procedimento penal contra o acusado, ele somente o fará se houver algum interesse em condenação, pois não há garantia alguma de neutralidade na intenção inicial do magistrado.

*Tanto no processo penal como no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz.*⁹

2.1.2. Acusatório

Para melhor explanação do sistema processual penal conhecido como acusatório, a completa definição de Tourinho, a saber:

*No processo acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, são traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (**ne procedat judex ex officio**); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois 'non debet licere actori, quod reo non permittitur'; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.*¹⁰

⁸ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2.^a ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003, pág. 86.

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 58.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.^a ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. pág. 90.

Note-se que o sistema acusatório, na sua forma mais pura, atribui a acusação a qualquer cidadão do povo, e não só a um órgão do Estado. No entanto, na prática, o sistema acusatório predominantemente estatal só funciona porque há duas esferas estatais de atuação, a acusação e o magistrado, caso contrário seria considerado um sistema privado de persecução penal.

Desta forma defende Claus Roxin: *“Este sólo puede suceder si el Estado asume tanto la tarea del acusador como la del juez, separando esa función em dos autoridades estatales distintas-una autoridad de acusación y el tribunal.”*¹¹

O sistema acusatório é conhecido por ser um sistema cujas provas são todas apresentadas pelas partes, e somente por elas. O juiz limita-se à análise das provas, não podendo solicitar a produção delas. Nesse sistema não é a busca pela verdade dos fatos que vigora, mas sim a imparcialidade do julgador, que se torna um simples instrutor do processo. Por sua vez, Capez assim define esse sistema:

*“É contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos”.*¹²

Em assim sendo, não há que se falar em imparcialidade dos juizes que julgam sob este sistema.

*Como argutamente observa Gianpaolo Poggio Smaio, em seu **Criminologia e juizado especial criminal** (São Paulo, Atlas, 1997, pág. 51 e 53), esse modelo processual não padece das mesmas críticas endereçadas aos juizados de instrução, no sentido de que o juiz, ao participar da colheita da prova preliminar, teria sua parcialidade afetada.*¹³

O magistrado não atua como sujeito ativo na produção probatória, permanecendo longe de suspeição.

¹¹ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2.^a ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003, pág. 86.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 40.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 40.

2.1.3. Misto

O sistema processual penal misto reúne características de ambos os sistemas anteriormente mencionados. Há separação entre pessoas distintas das funções do julgamento, ou seja, existe um juiz que faz somente o papel de juiz. No entanto, o juiz tem alguma liberdade probatória, pois, na busca da verdade dos fatos, ele pode determinar a produção de provas. É o magistrado que permite ou proíbe que determinada prova seja produzida ou levada aos autos, é ele quem julga a validade dessas provas.

Também conhecido como sistema acusatório formal, esse sistema surge na França, após inúmeras tentativas de eliminação do sistema inquisitório, e espalha-se por toda a Europa continental. *“Há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.*¹⁴

Enquanto no sistema inquisitório todas as fases eram secretas, o sistema misto permaneceu com as duas primeiras fases secretas e não-contraditórias, mas tornou pública a terceira fase e entregou as diversas funções jurisdicionais de acusar, defender e julgar a pessoas distintas.

*Esse sistema misto, que se espalhou por quase toda a Europa continental, no próprio século em que surgiu, começou a sofrer sérias modificações, dada a tendência liberal da época, exigindo fossem aumentadas as garantias do réu (...) Na França, essa tendência chegou ao seu ponto culminante em 1933. Entretanto, de 1935 pra cá, cedeu lugar à tendência autoritária, restaurando-se, assim, o processo do tipo misto, tal como surgira, e que, atualmente, à semelhança do que ocorre na França, domina várias legislações da Europa e até América Latina.*¹⁵

Apesar de cada sistema apresentado ter suas características marcantes e definidas, não existe experiência conhecida que apresente um sistema isolado puramente. Ou seja, em todas as situações de implantação de sistema processual penal algumas características de outros sistemas acabam remanescendo. Exemplo desse fato é o próprio sistema processual penal

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 41.

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. pág. 94.

brasileiro que, apesar de ser considerado como acusatório, possui visíveis características inquisitoriais.

2.2. O sistema processual penal brasileiro

A legislação processual penal pátria espelha um sistema processual acusatório. A iniciativa de acusação, na grande maioria das vezes, pertence ao Ministério Público, órgão não subordinado a nenhum dos poderes do Estado. As exceções são as ações de iniciativa privada, cuja vítima tem a titularidade da persecução penal.

No entanto, nem sempre foi assim. As bases da legislação brasileira no início da colonização foram implantadas nos moldes da legislação Portuguesa. Existiam os processos chamados “devassas”, onde não havia previsão da presença do acusado.

*Unificada a legislação processual penal com a Constituição de 1934 e com o advento da Carta Constitucional de 1937, providenciou-se a promulgação do atual Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689, de 30-10-1941), que entrou em vigor em 1.º-1-1942. Foi promulgado também o Decreto-lei n.º 3.931, de 11-12-1941, com o nome de Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, a fim de adaptar ao novo estatuto processual os processos pendentes. O novo Código manteve o inquérito policial e o arcaico procedimento escrito e burocrático, mas instalou a instrução contraditória e a completa separação das funções julgadora e acusatória, restringiu a competência do Júri, e eliminou, quase por completo, o procedimento **ex officio**.¹⁶*

Existem opiniões doutrinárias muito divergentes acerca do assunto. Apesar de ser pacífico o entendimento sobre o sistema acusatório vigente no Brasil, os pormenores desse sistema, principalmente acerca da função instrutória do juiz, são pontos controversos na doutrina brasileira.

Para Mirabete, o sistema processual brasileiro é predominantemente acusatório, nas palavras do doutrinador: “A doutrina tem procurado distinguir certos princípios característicos do processo penal moderno, principalmente no que se refere ao sistema acusatório. Tais princípios, porém, não são exclusivos

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 40.

desse sistema e a ausência ou atenuação de alguns deles não o descaracterizam”.¹⁷

No entanto, o posicionamento acima citado não é uníssono. Há quem acredite que os detalhes do sistema, como a atividade probatória do juiz, o definem como um sistema misto.

*O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (...). Ocorre que nosso processo penal (...) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado pela nítida ótica inquisitiva.*¹⁸

Já para Fernando da Costa Tourinho Filho, apesar de ainda não existir a figura do Juiz instrutor - já presente no anteprojeto de Código Processual Penal - o processo penal brasileiro tem indícios inquisitórios.

Há a fase preparatória, onde não está presente o contraditório, instruída pela atividade policial. Posteriormente o órgão acusador dá início à instauração do processo através da denúncia. Passada essa fase, o processo torna-se eminentemente contraditório e público.

*Contudo, diga-se de passagem, o nosso processo penal não é um processo penal acusatório ortodoxo. Há uma gama de atos conferidos ao Juiz que em rigor deveriam competir às partes: requisitar inquérito, ser destinatário da representação, decretar, de ofício, prisão preventiva, conceder **habeas corpus**, sem provocação da parte, determinar a prova que bem quiser e entender, ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, quebrando, assim, o princípio acusatório...*¹⁹

Da mesma forma Fernando Capez acredita que o processo acusatório não pode ser de todo visualizado no processo penal brasileiro, dado que “Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real,

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 44.

¹⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: Método, 2009, pág. 117.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.^a ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. pág. 95.

de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de frustrar o interesse estadual na justa aplicação da lei.”²⁰

Se o sistema processual penal nacional fosse puramente acusatório, o juiz não poderia, em hipótese alguma, fundamentar uma sentença em provas produzidas na fase de inquérito, que não necessitam subordinar-se aos princípios do contraditório e devido processo legal.

No entanto, uma alteração significativa trazida pela nova lei ao artigo 155 do Código de Processo Penal proíbe que o juiz baseie-se **exclusivamente** em prova produzida em inquérito para fundamentar sua sentença, ou seja, o juiz pode sim utilizar-se de provas não submetidas ao crivo da defesa para fundamentar decisão, desde que não seja a única prova.

“Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção.”²¹

Portanto, pode-se dizer que o objetivo da instauração de um sistema processual penal acusatório é a garantia da imparcialidade do juiz, e não a busca da verdade real. E quando essas duas aspirações se unem num sistema como o brasileiro, esse não pode ser considerado acusatório, visto que a busca da verdade real muitas vezes permite ao magistrado utilizar-se de alguns métodos inquisitórios acima já descritos.

“Nosso sistema é ‘inquisitivo garantista’, enfim misto”.²²

²⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 263.

²¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: Método, 2009, pág. 118.

²² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: Método, 2009, pág. 118.

3. DA PROVA

3.1. Conceito de prova

A prova é o meio utilizado pelas partes, ou ainda pelo juiz, para cobrir de verdade a alegação de um determinado fato interessante à resolução do conflito penal.

Para o Min. Amaral Santos, *“A prova visa, como fim último, incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado”*.²³

O mestre Hélio Tornaghi sintetiza o conceito de prova da seguinte forma: *“(...) ela designa, em primeiro lugar, a atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção deste último (julgador)”*.²⁴

O termo *prova* origina-se do latim *probatio*, e dentre os muitos significados encontram-se verificação, exame, confirmação, experimentação. Há ainda vários sentidos interpretativos para a palavra prova.

Um deles é vulgarizado a ponto de se reconhecer como prova tudo o que leva ao conhecimento de um determinado fato ou circunstância. Juridicamente interpretada, a prova seriam somente os atos e meios utilizados pelas partes e reconhecidos pelo juiz para dar veracidade a fatos alegados pelos mesmos.

A prova, meio utilizado para averiguação dos fatos, corresponde a somente uma das fases de um procedimento judicial, a averiguação dos fatos. A outra fase encontra-se na determinação do direito aplicado ao caso concreto. Essa segunda fase encontra-se vastamente discutida, analisada e estudada pelos doutrinários do direito. Qualquer dúvida sobre a aplicação de determinada regra jurídica que o juiz possa ter poderá ser facilmente sanada pela doutrina, julgados, etc.

O mesmo não ocorre com as questões de fato. Limitada é a literatura acerca da prova do fato concreto, da aceitação de determinada prova, da forma

²³ *Prova judiciária e comercial*, v. 1, p. 15. in ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 5.

²⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987. pág. 265.

como ela deve ser produzida, do conflito entre as partes acerca de determinada prova, ou seja, tudo que envolve o fato ilícito e a sua forma de averiguação.

Segundo Tourinho Filho, a prova tem por finalidade *“tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira”*.²⁵

Já para Fernando Capez, as provas

*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. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.*²⁶

Mirabete conceitua o termo provar como *“produzir um estado de certeza, na consciência e 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”*.²⁷

Imprescindível para um resultado justo e satisfatório do processo penal a produção das provas pelas partes e sua averiguação pelo juiz são os objetivos maiores do processo, significam a própria busca da verdade. E isso só pode ser concretizado com a apresentação de provas idôneas e que tragam resultado útil para a busca desta verdade.

Assim, é inevitável abrir-se pequeno espaço para algumas definições de “verdade”.

O Professor Guilherme de Souza NUCCI utiliza-se da experiência do mestre Enrico Malatesta²⁸ em sua definição da verdade, a saber:

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 523.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 251.

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 274.

²⁸ **“Errico Malatesta** (Santa Maria Capua Vetere, 14 de dezembro de 1853 — Roma, 22 de julho de 1932) foi um teórico e ativista anarquista italiano. Malatesta passou os últimos anos de sua vida na Itália e, durante o regime fascista, correspondeu-se com Makhno e criticou duramente a Plataforma Organizacional dos Comunistas Libertários. Foi mantido em prisão domiciliar, morrendo em 22 de julho de 1932. Tal era o medo que inspirava às autoridades da época que, ao morrer, seu corpo foi jogado em uma vala anônima, para impedir que seu

*Valemo-nos da lição de Malatesta, para quem a **verdade** é a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto **certeza** é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva (**A lógica das provas em matéria criminal, v. 1, p. 22**).²⁹*

Contudo, essa conformidade com a realidade é uma intenção utópica. Isso porque tanto a verdade quanto os fatos em si são vistos de muitas formas diferentes pelo sujeito espectador. Portanto, cada um terá uma certeza diferente sobre uma mesma verdade.

Além disso, o direito à atividade probatória decorre do exercício do princípio intrínseco ao direito de ação, chamado de princípio da ampla defesa, que deve permitir a qualquer das partes num processo, principalmente ao acusado, uma defesa, não só no termo técnico da acepção, mas também uma defesa efetiva, proveniente do permissivo de produção de qualquer prova relevante à apuração factual.

Somente a alegação do fato não é suficiente para o convencimento do juiz, assim, *“A alegação, por mais enfática e impressionante que possa vir a ser, em si própria, não constrói nada, sem o substrato probatório. Quem bate às portas do Poder Judiciário supõe, ou espera ter, efetivamente, um amparo legal”*.³⁰

Ensina-nos Eugênio Pacelli de Oliveira que o objetivo da atividade probatória é *“a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, **tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo**. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade”*.³¹

Portanto, de acordo com os conceitos, finalidades e objetivos da prova, pode-se afirmar que a prova pode ser vislumbrada em três momentos da sua

túmulo se transformasse em um símbolo e ponto de partida para as agitações dos dissidentes.”, trecho retirado de http://pt.wikipedia.org/wiki/Jeremy_Bentham.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 388.

³⁰ CHIMENTO, Francesco. **O processo penal e a verdade material: Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 95.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 251.

existência processual. No primeiro momento, a prova é vista como um meio, instrumento pelo qual as informações acerca de um fato são materializadas no processo. Em segundo instante, a prova assume o papel instrutório, sendo ela um conjunto de atos atribuídos ao juiz e às partes com finalidade de reconstrução dos fatos alegados. No terceiro estágio, a prova torna-se o meio de convencimento do juiz, ou o próprio “*resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato*”.³²

Contudo, não é toda e qualquer prova que poderá ser utilizada para formar a convicção do juiz. A prova tem que ser legítima e lícita, ou seja, não violar normas de direito processual bem como de direito material.

Fatos que impedem a prova classificados por Fernando Capez:

Fatos axiomáticos ou intuitivos: *aqueles que são evidentes. A evidencia nada mais é que o grau de certeza que se tem dos conhecimentos sobre algo (...)*

Fatos notórios *(aplica-se o princípio notorium non eget probatione, ou seja, o notório não necessita de prova). É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência, ou que a água molha e o fogo queima (...)*

Presunções legais: *porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas (...)*

Fatos inúteis: *princípio frustra probatur quod probandum non relevat. São fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real.*³³

Acerca dos fatos que ensejam dilação probatória, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que:

*Somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova. Deste modo excluem-se os fatos notórios. Provar a notoriedade é tarefa de louco, já se disse. Tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato.*³⁴

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 388.

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 252.

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 507.

Sendo assim, os fatos notórios são aqueles capazes de serem conhecidos pelo homem médio, entenda-se cidadão de cultura média de sua sociedade.

No entanto, Mirabete leciona que o fato incontroverso não deve ser automaticamente excluído do objeto probatório, dado 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 e suspeito*”.³⁵

No mesmo sentido, Tornaghi afirma que:

*Pouco importa que o réu, abrindo mão da defesa, admita procedente uma acusação ou que o acusador acolha uma afirmação do acusado como verdadeira. A transigência das partes, nesta matéria, não autoriza o juiz a concordar com elas. Apesar da convergência delas, deve o juiz pesquisar e descobrir a verdade. (...) Por isso mesmo é absolutamente irrelevante que o fato não seja controverso.*³⁶

As provas também podem ser classificadas como diretas ou indiretas. As primeiras são as que se relacionam imediatamente com o fato que se pretende provar, a exemplo da testemunha que presenciou o fato, chamada de testemunho *de visu*. A prova indireta é aquela que remete a um fato de forma mediata, como uma testemunha que diz ter visto um suspeito saindo de determinado local, e nesse local foi encontrada uma vítima. Essa testemunha é considerada uma prova indireta, pois o que pode provar é somente a presença do suspeito no local do crime.

Outra classificação utilizada é a da prova pessoal ou prova real. A prova pessoal é aquela afirmação consciente que busca dar fé à afirmação de um fato, e nessa classificação são encontradas as provas testemunhais, interrogatórios e declarações.

Segundo Tourinho, a prova é real quando “*a prova emerge do próprio fato: a mutilação de um membro, a exibição de uma arma, uma fotografia.*”³⁷

Há ainda a classificação em razão do efeito produzido pela prova. A prova plena, exigida para o convencimento decisório do juiz, deve ser completa, suficiente para a certeza da veracidade do fato alegado. A prova não

³⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 275.

³⁶ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987. pág. 267.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 508.

plena, ou *prima facie* é “aquela que deixa desde logo no espírito do juiz a convicção da veracidade de um fato, embora possa depois ser infirmada por outras provas”.³⁸

O Código de Processo Penal faz uma breve classificação das provas que podem ser utilizadas no processo do artigo 158 ao artigo 250; contudo, essa classificação não exaure os meios de prova que podem ser utilizados.

Como não há dispositivo na lei processual penal que permita a utilização de outros meios de prova que não os elencados nos artigos anteriormente citados, deve-se utilizar a regra do Processo Civil para permissão de todos os meios legais. Da mesma forma nos ensina Tourinho, a saber:

*Pode-se, pois, dizer, à semelhança do que se dá no cível, que ‘Todos os meios legais, ainda que não especificados neste Código, são admissíveis para provar a verdade dos fatos, e, quanto ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil’. Em princípio, há, pois, uma liberdade na procura da verdade real, quer na fase de investigação policial, como se infere dos incs. IV, V, VI, VII, VIII, IX do art. 6.º do CPP, com especial ênfase para o inc. III, onde fala de ‘todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias’, quer na fase instrutória, como se deduz pela redação do art. 155 do mesmo estatuto.*³⁹

Existem, ainda, restrições constitucionais à atividade probatória, como os meios que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, a exemplo da prova conseguida mediante tortura, ou até o conhecido “soro” da verdade ou *truth serum*, que é uma substância química chamada de droga psicoativa, cujo procedimento chama-se narcoanálise, injetadas no corpo da pessoa para que essa fique sonolenta e responda à qualquer pergunta que lhe é feita. Procedimentos como esses agredem demasiadamente o íntimo humano, “*implica profundo desprezo ao ser humano; violenta, por meio oblíquo, o direito constitucionalmente garantido de ninguém ser obrigado a declarar contra si mesmo*”.⁴⁰

³⁸ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. pág. 271.

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 510.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 511.

Portanto, a prova é todo meio lícito e legítimo, que não atente a nenhum princípio constitucional, pelo qual as partes, ou mesmo o juiz, utiliza-se para cobrir de verdade os fatos alegados.

3.2. Ônus da prova

A prova consiste em uma faculdade da parte que pretende preencher de veracidade um fato alegado, e não em obrigação.

A produção de determinada prova cabe a quem interessa a veracidade do fato a ser provado. A prova produzida pela parte deve servir beneficentemente a quem alega o fato e produz a prova.

Sendo assim, a prova é uma atividade da parte em seu proveito próprio, sendo sempre um ônus e não obrigação. *“É claro que as partes não estão obrigadas a fazer prova do que alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que alegam”.*⁴¹

A possibilidade da apresentação de provas não deve confundir-se com a obrigatoriedade da defesa. O acusado em um processo penal é obrigado a se defender, seja através de um advogado privado, seja através da nomeação de um defensor dativo. Daí o dispositivo constitucional que permite a todos a solicitação de um advogado subsidiado pelo Estado, geralmente representado pela Defensoria Pública, seja ela Estadual ou Federal.

A defesa do acusado é uma obrigação processual, cuja ausência importa na nulidade absoluta do processo. Contudo, a não produção de provas não importa na falta de defesa do acusado, pois a prova é somente um ônus da parte.

João Monteiro sabiamente expôs seu pensamento acerca do ônus probatório nos seguintes termos:

A prova incumbe a quem articula um fato do qual pretende induzir uma relação de direito. Portanto, assim como o autor, para apoiar a ação, precisa provar os fatos sobre que esta se funda, assim também o réu, para que proceda a defesa, tem o ônus de provar a sua intenção. A razão é porque, tendo a alegação de cada um dos litigantes por fim modificar ou destruir a posição jurídica do adversário, não o devera

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 517.

*conseguir sem que prove a verdade do fato capaz daquele resultado.*⁴²

A lei processual penal identificou o ônus probatório de forma simples, e por assim o ser, não engloba inúmeras situações conflituosas, tal seja, “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Contudo, como saber quem deverá alegar determinado fato? Carnelutti responde a questão nesses termos: “Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, a quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas”⁴³.

Sendo assim, o artigo 156 pode ser interpretado da seguinte forma: as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva devem ser provadas pela acusação, e as alegações que se referem aos fatos impeditivos ou extintivos da pretensão punitiva devem ser provadas pelo acusado, ressalvando as disposições que invertem o ônus da prova.

Da mesma forma, Mirabete leciona: “Litigando estas é justo não impor a uma só o ônus da prova: do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito; do réu apenas aqueles em que se funda a defesa”.⁴⁴

O fato constitutivo da pretensão punitiva diz respeito à tipicidade da ação ou omissão bem como à autoria do fato ilícito. Ou seja, ao órgão acusador cabe a prova da existência de um fato contrário à ordem jurídica existente e a execução desse fato ilícito pelo acusado.

Os fatos impeditivos a serem provados pelo acusado são aqueles cujos efeitos do fato ilícito não podem ser considerados, como os que independem da vontade do acusado para serem realizados. Exemplo clássico é o da coação irresistível, que consiste na prática de um fato ilícito por um indivíduo que está sob a ameaça de um terceiro.

Os fatos extintivos são aqueles que destroem a relação jurídica discutida no processo penal, assim como a prescrição punitiva. Já os fatos modificativos

⁴² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 9.

⁴³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 283.

são aqueles que importam na exclusão de antijuridicidade, como a legítima defesa.

Note-se que o acusado não precisa necessariamente provar a sua inocência, mas, segundo Francesco Chimento,

*deverá fazê-lo porque nisso tem interesse direto quanto aos efeitos que podem advir. Diante da abstenção, da inércia, ou indolência probatória do réu, o processo pode ser conduzido a um entendimento errôneo, que pode levar o juiz a um julgamento contrário a realidade. Não é esse o intuito da lei! É da conveniência processual, tanto para a acusação quanto para a defesa, que cada um prove seus direitos.*⁴⁵

No entanto, a prova da defesa pode ser uma mera colocação de dúvida acerca de autoria, materialidade do fato ou causas excludentes de ilicitude. *“Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria -, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa”.*⁴⁶

Necessária se faz uma pequena abordagem sobre a prova da culpa ou dolo do acusado de cometer um fato ilícito.

O entendimento jurisprudencial e da doutrina brasileira é de que o dolo é presumido. Ou seja, provada a autoria e o fato, o dolo é consequência, devendo ser rebatido pela defesa do acusado caso esse não tenha agido dolosamente.

*Por isso, a prova do dolo (também chamado de dolo **genérico**) e dos elementos subjetivos do tipo (conhecidos com dolo **específico**) é auferida pela via do conhecimento **dedutivo**, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas, e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece. É a via da racionalidade. Assim, quem desfere três tiros na direção de alguém, via de regra quer produzir ou aceita produzir o resultado morte.*⁴⁷

⁴⁵ CHIMENTO, Francesco. **O processo penal e a verdade material: Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 96.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 393.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 258.

Já a culpa, elemento subjetivo que caracteriza se o acusado agiu com imprudência, imperícia ou negligência, deve ser provada pela acusação, já que é parte integrante e necessária da denúncia.

Da mesma forma entende Mirabete que a acusação “*deve comprovar a forma de inobservância da cautela devida no crime culposo: imprudência, negligência ou imperícia*”, já o dolo “*é presumido diante da experiência de que os atos praticados pelo homem são conscientes e voluntários, cabendo ao réu demonstrar o contrário*”.⁴⁸

Cabe ainda ao réu demonstrar se existiram elementos subjetivos dos quais ele pode se beneficiar, como a violenta emoção ou o relevante valor moral.

A presunção do dolo acima citada é acertadamente explicada por Tornaghi nos seguintes termos:

*Quando alguém mata outrem, o que se presume é que o fez injustamente, porque isso é o que geralmente acontece e as presunções se baseiam em **id quod plerum que accidi**. Esse, aliás, é o sentido de certas presunções, como, por exemplo, a presunção de dolo, a presunção de culpa (**strito sensu**). Qual é o sentido da máxima **facta lesione praesumitur dolo donec probetur contrarium**? Há certos crimes em que comum é o dolo e raro, o excepcional, é a culpa; enquanto outros geralmente são culposos e excepcionalmente dolosos. Se um motorista atropela alguém, a presunção é de que o fez por culpa. Não é assim habitualmente? Se, pois, apesar disso, em determinado caso concreto a acusação sustenta que houve dolo, deve prová-lo.*⁴⁹

Contrário é o entendimento proposto por Tourinho Filho, que afirma ser ônus da acusação a prova tanto do dolo como da culpa, observando assim o princípio da presunção de inocência, a saber:

*Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer **a parte objecti**, quer **a parte subjecti**, deve ficar a cargo da acusação.*⁵⁰

⁴⁸ *Processo penal*, p. 252. in ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10.

⁴⁹ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. pág. 307.

⁵⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 517.

3.3. Princípios que regem as provas

3.3.1. Princípio do Contraditório:

O princípio do contraditório garante a bilateralidade no processo, ou seja, permite que todas as partes envolvidas tenham acesso a todas as provas levadas ao processo, bem como às peças processuais que a compõem.

Contraditório significa oportunidade igual para ambas as partes do processo. *“O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir outra; somente assim se dará a ambas possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.”*⁵¹

Resumidamente, o contraditório, no processo penal, tem duas fases principais, a primeira é a informação às partes da novidade no processo, a segunda é a reação que cada parte pode ter, pois em sendo um direito disponível, pode a parte interessada simplesmente não agir. *“Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *auditor et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a idéia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária.”*⁵²

*Pelo princípio da audiência contraditória, toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte (princípio do contraditório). Diante desse princípio, a prova emprestada não pode gerar efeito contra quem não tenha figurado como uma das partes do processo originário.*⁵³

A afirmação acima é colocada de outra maneira por Tourinho, em palavras: *“Contudo, vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa ‘prova emprestada’ fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório.”*⁵⁴

⁵¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 55.

⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 21.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 286.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 509.

3.3.2. Princípio da Oralidade:

O princípio da oralidade tem como maior objetivo combater a morosidade da justiça, buscando a celeridade processual. Um exemplo da aplicação prática deste princípio é o art. 400 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº. 11.719 de 2008, que instituiu a audiência unificada.

De acordo com o princípio da oralidade, deve haver predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates), mas essa predominância não é sensível em nosso direito processual penal. Como consequência do princípio da oralidade busca-se concentrar toda a produção da prova em audiência (princípio da concentração).⁵⁵

3.3.3. Princípio da Comunhão da Prova:

Também conhecido como princípio da aquisição processual, determina que uma vez produzida a prova, independentemente de quem a requereu ou produziu, deve servir a qualquer das partes, e aos interesse da justiça na investigação da verdade.

*“A regra **testes et documenta per productionem fiunt communia** (testemunhos e documentos, uma vez produzidos, tornam-se comuns), embora só faça alusão a testemunhos e documentos, aplica-se, na realidade, a qualquer meio de prova”.⁵⁶*

3.3.4. Princípio da liberdade dos meios de prova:

Pode-se definir tal princípio como o direito que têm as partes, dentro do processo, de provar através de qualquer meio de prova, todos os fatos relevantes ao processo, desde que respeitados os limites de licitude já expostos. Nesse sentido, se entende então por liberdade de prova, a faculdade que têm as partes de provar tudo e mediante qualquer meio lícito.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 286.

⁵⁶ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. pág. 269.

O princípio da liberdade probatória, no entanto, não é absoluto. O artigo 155, Parágrafo único do CPP determina que “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”.

Exemplo desta restrição é a Súmula 74 do STJ: “*Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil*”. Entenda-se por “*documento hábil*”, qualquer documento registrado em cartório, como certidão de nascimento ou registro de identidade.

*“No Código de Processo Penal, vislumbram-se, dentre outras, as seguintes limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova: art. 155, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas..., art. 158, que exige o exame de corpo delicto para as infrações que deixarem vestígios (não transeuntes), não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado”.*⁵⁷

3.3.5. Princípio da auto-responsabilidade das partes:

Este princípio determina que as partes devem assumir toda e qualquer consequência advinda do ato probatório que cometerem. Responsabilidade significa, etimologicamente, capacidade de responder, possibilidade de se comprometer, isto é, a capacidade de habitualmente assumir um compromisso.

Sendo assim, se uma das partes alega um fato, terá o ônus de prová-lo, tal como a outra parte tem o ônus de contradizer, de impugnar os fatos alegados pela outra parte.

3.3.6. Princípio da Imparcialidade do juiz:

Com o processo penal pretende-se atingir a justiça. E a justiça somente pode ser almejada quando o julgamento dos cidadãos é feito por um órgão imparcialidade e independente. Sendo assim, o juiz, personificação do órgão julgador, deve estar acima e entre as partes, nunca pendendo para algum dos lados da lide.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pág. 263.

*“Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, não houvesse imparcialidade do Juiz.”*⁵⁸

3.3.7. Princípio da verdade real:

Este princípio determina que o juízo penal deve perseguir a verdade dos fatos acontecidos, e não meramente aceitar a verdade apresentada pelas partes no processo, como ocorre com o juízo do processo civil.

*“Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, **ex officio**, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal”.*⁵⁹

A verdade real é defendida por muitos doutrinadores como um princípio absoluto. A exemplo de Fernando da Costa Tourinho Filho que afirma *“A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes”.*⁶⁰

Ainda, o autor acima afirma que a verdade real é sacrificada quando aparecerem novas provas que concludentemente condenariam o acusado, em processo cujo trânsito em julgado se deve à sentença absolutória, e esta não pode ser revisada.

*“Excepcionalmente, o juiz penal curva-se à verdade formal, na dispondo de meios para assegurar o império da verdade. Vejam-se, a propósito, a impossibilidade de revisão pro societate, as hipóteses que admitem a transação segundo a Lei n.9.099/95 e as várias restrições impostas à prova, como as previstas nos arts. 155, parágrafo único, 206 e 207 do CPP.”*⁶¹

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 18.

⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 47.

⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 37.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 17.

Esta posição pode ser considerada um tanto quanto radical, tendo por base a posição de outros doutrinadores logo em seguida dispostas e ainda, o risco de se atingir bruscamente outros princípios inerentes ao processo penal, principalmente aqueles que protegem o acusado, justificado pela busca da verdade real dos fatos.

No entanto o próprio autor acima citado admite a dificuldade de aplicação prática da verdade real.

É certo, ademais que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de 'verdade processual', ou 'verdade forense', até porque, por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale (ah! as testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma 'falsa verdade real', e por isso mesmo Ada P. Grinover já anotava que 'verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele' (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, RF, 347/6).⁶²

Sendo assim, a partir do final do século XIX, os poderes do juiz foram aumentados, passando de instrutor passivo para a posição ativa. A partir desse momento, o juiz não só impulsiona o andamento da causa, mas também determina a produção de provas.

Ainda para proteger o princípio da não utilização da prova ilícita no processo penal, afirma Roxin que *"la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el próprio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado."*⁶³

Existem ainda duas correntes doutrinárias que analisam a ponderação entre a verdade real e o princípio da não utilização da prova ilícita, como cita Moreira:

De acordo com a primeira tese devem prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 17.

⁶³ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2.^a ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003, pág. 191.

*que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.*⁶⁴

O princípio da verdade real é tão arriscado ao sistema processual considerado acusatório, cuja imparcialidade do magistrado é a sua maior garantia, que alguns autores o chamam de princípio de instrução ou inquisitivo. Roxin afirma que *“en el proceso penal rige el principio de investigación, también llamado principio de la verdad material o principio de instrucción o principio inquisitivo”*.⁶⁵

Portanto, o princípio da verdade real não deve atropelar outros princípios como o da imparcialidade do juiz e o da não admissibilidade da prova ilícita.

3.3.8. Princípio do direito ao silêncio ou da não auto-incriminação:

O direito ao silêncio, garantia constitucional, determina que o acusado não está obrigado a emitir declaração em juízo ou ainda no período de investigação sem sua vontade.

*Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda investigação ou mesmo em Juízo, como impede que seja ele compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.*⁶⁶

Há quem interprete tal princípio na sua literalidade, defendendo que ele protege o acusado somente com relação à sua manifestação verbal. No entanto, acredito ser mais coerente com os outros pilares constitucionais a interpretação de Sylvia Helena Figueiredo Steiner, ao dizer que *“o direito ao silêncio diz mais do que o direito de ficar calado. Os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem à certeza de que o acusado não pode*

⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 109.

⁶⁵ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2.ª ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003, pág. 99.

⁶⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pág. 18.

ser, de qualquer forma, compelido a declarar contra si mesmo, ou a colaborar para a colheita de provas que possam incriminá-lo”.⁶⁷

3.4. Prova ilícita

Ilícitas são as provas que, por algum vício processual ou material, não podem ser utilizadas no processo penal, ou seja, não podem atribuir veracidade a fatos ou atos a que se referem. Mirabete conceitua da seguinte forma: “Em resumo, a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material”.⁶⁸

Tais provas podem ser classificadas quanto ao direito infringido, ou seja, podem ser infratoras de direito material ou processual. Quando a natureza da proibição tiver caráter processual, ela pode ser denominada prova ilegítima.

Prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada ilegítima. Assim, se, por exemplo, um documento for juntado na fase de 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 nesta fase do processo.⁶⁹

Já as provas que desrespeitam preceitos de direito material são chamadas de provas ilícitas propriamente ditas.

Prova ilícita. Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, 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. Outrossim, pode ocorrer de a prova não ser obtida por realização de infração penal, mas considerada ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso de uma gravação telefônica que exponha o outro interlocutor a um

⁶⁷ A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 125. *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 530.

⁶⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18.ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 253.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 254.

*vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas.*⁷⁰

No entanto, essa classificação foi abolida pela nova lei que alterou o art. 157 do Código de Processo penal, que agrupou as provas ilegítimas e ilícitas em somente um termo, o próprio termo *prova ilícita*.

*“Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais”.*⁷¹

As provas ilícitas constitucionais são aquelas que agredem todo e qualquer preceito constitucional de proteção principalmente do acusado no processo.

Apesar de parecer simples, a delimitação de ilicitude probatória acima apresentada, a doutrina e a jurisprudência não têm, na ilicitude probatória, ponto pacífico de entendimento. Fácil parece a conceituação, mas a determinação no caso concreto da ilicitude da prova é tarefa um tanto quanto complicada aos magistrados, dado o pouco desenvolvimento doutrinário acerca do assunto, bem como a limitação da legislação.

O sistema processual penal brasileiro contém dispositivo constitucional de proibição da utilização das provas ilícitas. O artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal preceitua que *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*.

Esse dispositivo veio para dar razão à corrente doutrinária que não admitia a utilização dessas provas no curso da ação penal.

São, portanto, proibidas de serem levadas aos processos as provas obtidas com violação de correspondência; a captação, não judicialmente autorizada, de conversa telefônica (desde que nenhum dos interlocutores autorize ou até realize a captação); as provas obtidas com violação de domicílio (exceto nas hipóteses de flagrante delito, ou para prestar socorro); as provas que violam a intimidade; aquelas que utilizam de abuso de poder, como a tortura; e todas as outras que violam preceitos tanto constitucionais quanto processuais e materiais legais infraconstitucionais.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 254-255.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 391.

Poder-se-ia afirmar que a proibição da utilização da prova ilícita no processo penal seria uma grande afronta ao princípio da verdade real; no entanto, como já referindo anteriormente, no tópico dos princípios que regem a atividade probatória, o princípio da verdade real não pode se sobressair aos princípios constitucionais individuais, principalmente àqueles que protegem o acusado ainda não considerado culpado.

No entanto, se houver consentimento do titular do direito violado, a prova não é considerada ilícita e pode ser levada aos autos, ainda desde que o direito violado seja um direito disponível, ou seja, um direito que pode ser abdicado.

Permite-se também a gravação de conversa entre duas pessoas, por terceiro, desde que aquela se dê em local público.

Existe ainda a possibilidade de captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ou seja, a captação de som ou imagem de forma ambiental, ou a infiltração no meio supostamente criminoso de agentes da polícia ou inteligência em tarefas de investigação, desde que autorizados judicialmente.

Apesar das várias proibições constitucionais e infraconstitucionais à utilização de provas ilícitas, há novas correntes doutrinárias que defendem o uso de ponderação de princípios ou direitos protegidos para a permissão de provas ilícitas em determinados casos.

Se o direito protegido pela prova for maior que o direito atingido por ela no momento da produção, deve-se preponderar os valores a fim de admitir a prova ilicitamente colhida. Pelo princípio da proporcionalidade, torna-se possível escolher, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes em confronto, na tentativa de evitar julgamentos injustos e desproporcionais. Daí a denominação de teoria dos interesses preponderantes.

*“A proporcionalidade vale-se da ‘teoria do sacrifício’, segundo o qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante”.*⁷²

Quando, em detrimento do direito fundamental da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, alguma prova é admitida no processo penal, com fulcro na aplicação de outro princípio, como o da dignidade humana, ou até o direito fundamental à vida, aplica-se a teoria da proporcionalidade.

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006, pág. 254.

Esse denominado princípio da proporcionalidade pode dividir-se em vários outros princípios, a exemplo do princípio da adequação, que determina que os meios adotados para a produção da prova sejam apropriados aos objetivos pretendidos. Sendo assim, não se deve permitir uma grande produção probatória, muito cara ao Estado na maioria das vezes, na persecução de crimes menores ou crimes de bagatela.

Ou ainda, o princípio da necessidade, ou proibição do excesso, que determina que não deva haver medida menos restritiva que a adotada senão aquela deve ser substituída por esta.

Há também, e esta é a principal ramificação do princípio em questão, a proporcionalidade em sentido estrito, que deve buscar garantir uma proporcionalidade na distribuição do ônus, devendo-se averiguar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma.

A utilização da teoria da ponderação em desfavor do réu, no entanto, não é unânime.

O mestre Tourinho Filho ressalta que a liberdade do indivíduo e a dignidade humana constituem valores absolutos e, por isso, devem prevalecer em relação ao interesse estatal de punir. Para ele, *“Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele”*.⁷³

Além da ponderação de valores, existe outra situação em que a prova considerada ilícita pode ser utilizada, tal seja quando favorável ao próprio acusado.

“E por uma razão muito simples. A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como conceber a idéia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente”.⁷⁴

Da mesma forma entendia Tourinho em 2006, a saber:

Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade. É que entre a liberdade e o direito de terceiro sacrificado deve pesar o bem

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 532.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 294.

*maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do favor libertatis.*⁷⁵

Contudo, Tourinho parece ter mudado sua opinião, pois na 11.^a edição de seu Manual de Processo Penal formulou a frase anterior de forma diversa:

*Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado.*⁷⁶

No entanto, a questão mais polêmica acerca da prova ilícita envolve as provas derivadas da prova ilícita.

3.5. Prova ilícita por derivação

Provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas a partir de outra prova ilícita.

A doutrina brasileira ainda não aprofundou, suficientemente, a questão das provas ilícitas por derivação, tanto que, hoje, aplica-se a doutrina americana do *Fruits of the poison tree*.

Já absorvida pela nova lei, presente no artigo 157, §§ 1.^o e 2.^o do Código de Processo Penal, a teoria dos frutos da árvore envenenada consiste em determinar a ilicitude de todas as provas que sejam frutos de uma prova ilícita.

Nas palavras do Mestre João Gualberto Garcez Ramos, um dos primeiros casos norte-americanos admitindo a ilicitude da prova derivada.

*Em Boyd desenvolveu-se a idéia de que uma prova produzida licitamente, mas oriunda da infração de alguma das regras ou cláusulas, ou com violação de algum dos direitos garantidos pela Constituição, deveria ser excluída do processo, a fim de que não tivesse qualquer efeito na determinação do fato criminoso e de sua autoria.*⁷⁷

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 27.

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 532.

⁷⁷ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 122.

No entanto, ainda não há entendimento jurisprudencial pacífico acerca da aplicação prática dessa teoria.

Há julgados, como o seguinte, que acabaram por permitir a utilização de prova de interceptação telefônica sem autorização judicial como meio para obtenção de outras provas, ou seja, não só a prova derivada seria lícita, mas também a própria prova sem autorização.

*A interceptação telefônica ocorrida por ocasião do Inquérito Policial, sem autorização judicial, é prova lícita à comprovação do crime de extorsão, quando produzida com objetivo único de coleta de provas, incidindo em matéria de natureza processual, uma vez que a constituição não admite a prova obtida por meio ilícito, porém, não veda a produção indireta, que é utilizada no aspecto processual e tem sua relevância em casos eventuais de responsabilização penal.
(TACrimSP – Rel. Oldemar Azevedo – RJTACrim 39/474)⁷⁸*

Como exemplo de desentendimento jurisprudencial anterior ao advento da nova lei, podemos citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em 1994, no julgamento do HC 69.912-0, em que decidiu pela não-anulação de todo o processo, com base na inexistência de previsão de inadmissibilidade da prova derivada da ilícita na Constituição brasileira. Dessa forma, consignou que a prova inadmissível não repercutia sobre as demais, sendo, portanto, válidas as provas derivadas de outras ilícitas, indeferindo a ordem por seis votos a cindo.

Ocorre, todavia, que houve novo julgamento devido ao impedimento de um dos ministros, no qual a ordem foi deferida, em razão de o empate favorecer o paciente.

*É de se ressaltar que o STF tem entendido que, na falta de regulamentação específica, vigora em nosso ordenamento jurídico a regra do direito americano revelada pela expressão **fruits of the poison tree** (frutos da árvore envenenada), que implica nulidade das provas subseqüentes obtidas com fundamento na original ilícita.⁷⁹*

⁷⁸ PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. 2.ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, pág. 46.

⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 282.

Cabe ressaltar que essa teoria tem suas exceções. A primeira delas é a prova conseguida por fonte independente da prova ilícita, quando a relação entre as duas provas for muito tênue.

Esta primeira exceção apareceu pela primeira vez no caso americano conhecido como *Silverstone* e foi desenvolvida no caso *Nardone*.

*Segundo a exceção representada pela fonte independente, se a acusação puder determinar que a prova inquinada de ilegal tenha sido obtida por uma fonte independente daquela cuja ilegalidade foi declarada, não se a exclui.*⁸⁰

A segunda exceção diz respeito à prova derivada que seria *cedo ou tarde* descoberta, ou produzida, chamada exceção da descoberta inevitável.

Há, no entanto, muitas dúvidas quanto à aplicação desta terceira exceção, dado a dificuldade de prever a possibilidade de colheita da prova derivada de outra forma que não a anteriormente considerada ilícita.

Notadamente, se esse já é o posicionamento adotado pelos tribunais brasileiros, e essa teoria já é muito aceita entre os estudiosos do direito pátrio, a nova lei absorveu a teoria dos frutos da árvore envenenada ao inseri-la no Código de Processo Penal, no artigo 157, a saber:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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.

§ 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.

Da mesma forma, a prova emprestada de outro processo só poder ser válida se for submetida ao contraditório, e isso geralmente só é possível se as partes que formam o processo originário forem as mesmas partes do processo que posteriormente utilizará a prova.

O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito,

⁸⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 124.

de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas. ⁸¹

Exemplo de admissibilidade da prova emprestada é a inquirição da mesma testemunha sobre o mesmo fato em dois processos diferentes. Se no processo do qual se pretende emprestar a prova testemunhal as partes forem as mesmas do processo posterior pode-se somente copiar a prova, se assim não o for há necessidade de nova inquirição daquela testemunha.

Há ainda quem defenda que a prova emprestada só poderá ser legítima se, além da igualdade das partes, o processo for presidido pelo mesmo juiz. *“Ada Pellegrini Grinover exige também que tenha sido produzida perante o mesmo juiz, concluindo que, na ausência desses dois requisitos, a prova emprestada é ilegítima [...]”.* ⁸²

Portanto, a admissibilidade das provas ilícitas deve seguir um curso sempre protetivo ao acusado, pois é ele é o único que pode se beneficiar de uma prova ilícita ao mesmo tempo em que, em nenhuma situação, pode ser prejudicado por ela.

3.6. Sistemas de avaliação da prova

Depois de produzidas e admitidas as provas, sendo elas lícitas ou não, ao juiz cabe ponderar o valor que cada prova atribui à verdade nela representada, para assim formar sua convicção sobre o todo. E como forma de avaliação, o Direito já apresentou soluções diversas para a apreciação das provas, essas ligadas às convicções, costumes e regimes políticos locais.

3.6.1. Sistema das provas legais ou tarifadas:

Sistema que surge no caminho completamente oposto ao sistema anterior.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 390.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 282.

*O Juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais ou quais fatos se provassem dessa ou daquela maneira, sendo que, às vezes, previa-se o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos.*⁸³

Ou seja, a cada prova era dado um valor. Por exemplo, em alguns países duas testemunhas eram suficientes para ensejar condenação.

O sistema das provas tarifadas tem base no rigorismo e formalismo do direito germânico à época das invasões bárbaras e perdurou pela Europa Ocidental enquanto se acreditava na intervenção divina, a exemplo do texto bíblico encontrado em Deuteronômio (XVII): *“Pela boca de duas testemunhas, ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto”*.

*“O juiz tornava-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção.”*⁸⁴

Havia imensos perigos nesse sistema, a ponto de negar-se a verdade porque proferida porque por somente uma testemunha, ou cometer uma grande injustiça por ser alguém acusado por duas testemunhas.

Esse sistema não é mais utilizado em nenhuma legislação processual penal. No entanto, pode-se dizer que a determinação do artigo 158 do CPP é um resquício do sistema tarifário, assim *“demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão”*.⁸⁵

3.6.2. Sistema da íntima convicção ou da prova livre:

“O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo prova nos autos”.⁸⁶

⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 519.

⁸⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987, pág. 52.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 395.

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 519.

Sendo assim, a direção que as provas indicam em cada caso não assegura resultado algum. Este sistema vigora ainda no Tribunal do Júri, cuja convicção de cada jurado se dá no seu íntimo, e não na avaliação direta das provas, pois não há necessidade de justificativa.

Esse sistema tem origem no direito romano, que pretendia dar ao juiz total liberdade de apreciação de provas.

3.6.3. Sistema da livre convicção ou persuasão racional:

A livre convicção previne o acusado de uma sentença arbitrária, como acontecia no sistema da prova livre, e ainda evita que se criem provas tarifadas como o sistema das provas legais, com o objetivo final de absolver ou até condenar.

*“De modo geral, admitem-se todos os meios de prova. O Juiz pode desprezar a palavra de todas as testemunhas e proferir sua decisão com base em depoimento de uma só. Inteira liberdade tem ele na valoração das provas. Não pode julgar de acordo com conhecimento que possa ter extra-autos”.*⁸⁷

O Juiz deve julgar baseado nas provas do processo, justificando sempre sua decisão. Contudo, o valor e veracidade que atribui a cada prova são determinados pelo seu íntimo, que deve estar arraigado de imparcialidade e conhecimento jurídico.

Acerca da utilização do sistema da persuasão racional pelo processo penal brasileiro, pronunciou-se o Min. Amaral do Santos:

*Se, assim, do ponto de vista lógico, é o sistema de persuasão racional o que conduz ao mínimo de possibilidade de erro, em face da necessidade que se impõe ao juiz da motivação da convicção – e já se encara a questão do ponto de vista político – sem dúvida fica assegurada, ainda, a redução daquelas possibilidades pelo fato de se submeter a apreciação judicial à crítica da sociedade, satisfazendo-se o requisito da sociabilidade da convicção, o que corresponde ao máximo de garantia da excelência da verdade declarada na sentença.*⁸⁸

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 520.

⁸⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987, pág. 55.

Contudo, esse sistema deve ser utilizado com muita cautela pelo magistrado, dado que suas convicções pessoais podem ser motivo para uma acusação de parcialidade ou de suspeição. *“A liberdade de apreciação da prova (art. 155, caput, CPP) não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova”*.⁸⁹

3.7. Atividade probatória do Juiz

Ao magistrado foi dada a ordem de mediação do conflito penal. E é no sistema inquisitório que essa mediação se vê levada ao extremo, pois o juiz tem liberdade total de produção de prova. *“O sistema inquisitório propicia uma pesquisa mais depurada dos fatos, tendo em vista o acervo de poderes conferidos à autoridade encarregada do procedimento e do processo, em sentido técnico”*.⁹⁰

Ocorre que, no sistema acusatório puro, a atividade probatória de ofício pode ser considerada nula, pois a busca da verdade real não vigora e o contraditório é mandante do procedimento, sendo o juiz proibido de manifestar-se com relação às provas não trazidas ao processo.

No entanto, como já visto anteriormente, o modelo processual brasileiro não é de todo acusatório, sendo a nova lei um exemplo do caminho que o processo penal brasileiro está percorrendo na busca de um sistema interventor, ou seja, de um sistema que permita ao juiz determinar a produção de provas *ex officio*, chegando assim mais cada vez mais perto do sistema inquisitório de procedimento penal.

*“Em homenagem à **verdade real**, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso”*.⁹¹

Portanto, é a busca da verdade sobre o fato imputado ao acusado que permite ao magistrado a produção de provas sem a provocação de nenhuma

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 395.

⁹⁰ CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 36.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 394.

das partes. No entanto, sob a égide da utópica busca da verdade real não se pode permitir arbitrariedades forenses. Ou seja, a busca da verdade real não pode, em momento algum, prevalecer sobre outros princípios processuais penais, principalmente o da presunção de inocência do réu e do contraditório.

*O que se vislumbra no atual modelo misto, adotado pela nossa lei judicial penal, é uma desproteção ao indivíduo e ao interesse social; seja pela falta de meios materiais, seja pelo vexo, de mal servir à coletividade, deixando, portanto, de entendê-la, como seria devido.*⁹²

*Parece-nos, contudo, que o sistema acusatório **imposto** pela Constituição Federal de 1988, onde se delimitam as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da **imparcialidade** que deve nortear a atuação judicial.*⁹³

Deve-se ressaltar, no entanto, que a atividade probatória permissiva ao juiz deve ser sempre aquela que não cabe a nenhuma das partes do processo; o juiz não pode servir de suplemento de acusação.

*Pensamos ser perfeitamente possível construir uma linha divisória entre o que seja **iniciativa probatória** e **iniciativa acusatória** do juiz penal. Esta, a **iniciativa acusatória**, estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória **de iniciativa** da acusação. E mais. Que tal atividade se revele **substitutiva** ou mesmo **supletiva** daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, CPP).*⁹⁴

Sendo assim, a nova lei processual penal, que alargou as estradas probatórias do magistrado, deverá ser aplicada em prol da balança entre interesse coletivo e proteção do acusado perante o Estado, sob o risco de transformar o processo penal brasileiro em persecução inquisitória desmedida.

⁸⁹ CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 36.

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 259.

⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pág. 260.

4. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROVA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA COM FOCO NA ADMISSIBILIDADE DA PROVA E FUNÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ

4.1. Código Processo Criminal de Primeira Instância de 1832⁹⁵

O primeiro Código de Processo Penal da história brasileira tratou da prova no processo de forma sucinta e limitada. O Capítulo VI do respectivo código menciona somente a prova testemunhal, sem ressalva alguma para utilização de provas colhidas ilicitamente no processo, pois não havia preocupação alguma com termos processuais mais específicos.

Há, curiosamente, no art. 92, uma proibição de utilização de cartas particulares sem autorização dos seus autores, excepcionando aquelas cartas que fazem prova contra os próprios autores. Ou seja, a carta só era admitida, sem autorização do autor, que fizesse prova contra ele mesmo.

Ainda, a confissão era considerada a Rainha das provas, pois o art. 94 determinava que a confissão do réu em juízo competente fazia prova suficiente para ensejar condenação do acusado.

4.2. Código Processo Penal de 1941

A redação original dos artigos acerca de ônus probatório e poderes probatórios do juiz do atual Código de Processo Penal é a seguinte:

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. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Antes das alterações trazidas pela nova lei, o atual Código de Processo Penal não fazia distinção alguma entre prova lícita e ilícita. Os dispositivos atuais do art. 157 acerca da admissibilidade da prova não existiam.

⁹⁵ **CODIGO DO PROCESSO DO IMPERIO DO BRASIL.** Compilado por Araujo Filgueiras Junior. TOMO I e II. RIO DE JANEIRO: Em casa dos Editores-Proprietários EDUARDO & HENRIQUE LAEMMERT. 1873. apud PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas.** Bauru: Jalovi, 1983, pág. 226.

O CPP não faz restrição dessa natureza, porém não limita os meios de prova. Logo, não há nenhum impedimento à produção de outras provas além daquelas indicadas nos arts. 158 a 250 do estatuto processual penal. A prova emprestada é um exemplo. Não foi prevista, mas é admissível. O veto às provas que atentem contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de princípios constitucionais, e, por isso mesmo, não pode ser olvidado.⁹⁶

Somente em 2008, com a publicação da nova lei, foram inseridos dispositivos acerca da proibição de provas ilícitas e ilegítimas. O artigo 156 foi profundamente alterado, delimitando as situações permissivas de atividade probatória do julgador.

4.3. Anteprojeto do Código de Processo Penal de 1963

Em 20 de julho de 1961 foi publicado o Decreto n.º 51.005, que criou um serviço temporário denominado Serviço de Reformas de Códigos, cuja atribuição era elaborar projetos para vários Códigos, dentre eles o Código de Processual Penal. O Decreto n.º 1.490, de 8 de novembro de 1962, do Conselho de Ministros, por sua vez, autorizou o Serviço de Reformas de Códigos a contratar especialistas para elaboração de anteprojetos dos códigos.

O Prof. Hélio Tornaghi foi encarregado da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Penal. Concluído em 1963, o Anteprojeto nunca foi apresentado.

Os acontecimentos que se seguiram à renúncia do Presidente Jânio Quadros e a deposição do Presidente João Goulart, que a aquele sucedera, tornaram a sua aprovação inviável, e, nem mesmo o empenho do Ministro da Justiça Milton Campos, durante o primeiro governo revolucionário do Presidente Humberto Castelo Branco, conseguiu salvá-lo.⁹⁷

O artigo 245 do Anteprojeto determinava o ônus probatório da seguinte forma:

⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 155.

⁹⁷ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalóvi, 1983, pág. 169.

Art. 245 - A prova dos fatos constitutivos cabe a quem os alega; a dos fatos extintivos ou impeditivos àquele a quem se beneficiam.

§ 1º - Inverte-se o ônus de prova se a lei presume o fato até a prova em contrário;

§ 2º - O juiz poderá determinar diligências para dirimir sobre ponto relevante;

§ 3º - Ninguém está obrigado a produzir prova que o incrimine.

Esse dispositivo, diferente da redação original do atual Código, inseriu o permissivo de negação probatória do acusado. Dispositivo igual não foi mais alocado na lei processual penal. Contudo, encontramos equivalente na Constituição Federal no artigo 5.º, inciso LXIII, que determina que o acusado poderá permanecer calado quando assim o entender.

Há quem defenda que esta permissão é única e exclusivamente para não responder perguntas de forma verbal. No entanto, acredito ser mais coerente a interpretação mais benéfica para o réu, de que o inciso constitucional acima citado seria idêntico ao artigo 245, §3º do Anteprojeto de 1963.

4.4. Projeto de Lei n.º 633 de 1975

O projeto de lei de 1975 esclareceu, com relação ao Anteprojeto anterior, quando o juiz poderia determinar a produção de provas, e de que forma, sendo a redação do artigo seguinte a correspondente ao artigo 156 do Código de Processo Penal atual:

Art. 295 – A prova da alegação incumbirá a que ela aproveita; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

4.5. Anteprojeto do Código de Processo Penal de 1981

O anteprojeto de 1981 manteve idêntico ao projeto anterior o dispositivo do ônus probatório. A saber:

Parágrafo único, art. 267 – A prova da alegação incumbirá a que ela aproveita; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou

antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

4.6. Lei n.º 11690 de 2008

A nova lei alterou os artigos 155, 156 e 157 do Código de Processo Penal.

Relevante alteração recebeu o artigo 155, que passou a determinar que o juiz só pode basear a sentença em provas produzidas em contraditório com a ressalva das provas cautelares e não repetíveis.

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.

O *caput* do artigo 156 recebeu nova redação, que determina de quem é o ônus probatório e a ele foram inseridos novos dois incisos.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
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;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O inciso I contém o permissivo de produção probatória antecipada quando em casos de relevância e urgência e ainda observados os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Na verdade, os critérios anteriores são os mesmos critérios adotados pela Teoria da Ponderação para permitir a utilização de provas antes consideradas ilícitas no processo penal.

Além disso, a nova lei também alterou substancialmente o artigo 157 do Código de Processo Penal. A sua nova redação evidencia que a legislação pátria abraçou a doutrina americana da admissibilidade probatória, chamada de teoria dos frutos da árvore proibida.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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.

§ 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Há ainda quem considere um problema a terminologia adotada pelo *caput* do artigo acima, pois utiliza a denominação *provas ilícitas e normas legais*.

No entanto, apesar de concordar que, quando a lei utiliza termos jurídicos técnicos esses devem ser interpretados em seu sentido estrito, é evidente a intenção do legislador em proibir tanto a utilização da prova ilícita quanto a da prova ilegítima, bem como entender que “normas legais” quando a lei se refere à “*violação a normas (...) legais*”, tratam-se de normas de caráter material.

4.7. Anteprojeto do Código de Processo Penal de 2009

“O Código de processo penal atualmente em vigor – decreto-lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado decreto-lei n.º 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável.”⁹⁸

Essa observação, retirada da exposição de motivos do referido Anteprojeto, pode não caber de forma muito justa na matéria do presente trabalho, dadas as alterações provocadas pela nova lei. Contudo, observando a afirmação acima de forma ampla e generalizada, ela é coerente com o momento legislativo atual, dado que o país necessita urgentemente de modernização legislativa, especialmente no que diz respeito à persecução penal.

⁹⁸ Projeto de Lei do Senado n.º 156, de 2009, Exposição dos Motivos.

Vejam os a seguir as maiores alterações e inovações prometidas pelo Anteprojeto atual, focando sempre na admissibilidade das provas ilícitas e derivadas de ilícitas e na atividade probatória do magistrado.

Já na exposição dos motivos há uma crítica ao Código Processual Penal atual, a saber: *“Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais”*.⁹⁹

A colocação acima se refere à exposição de motivos do Código em vigor, que afirmava serem as leis processuais penais anteriormente vigentes ineficazes e retardatárias, pois continham demasiadas garantias individuais. O que é incongruente diante do imenso e necessário rol de garantias e direitos individuais e coletivos elencados na Constituição vigente.

Ou seja, a persecução penal deve ser eficaz e eficiente. Eficaz porque deve garantir ao acusado todas as oportunidades possíveis de defesa e afastar qualquer arbitrariedade. Eficiente no sentido de movimentar ao mínimo a máquina estatal, cara a todos os cidadãos, diminuindo o tempo necessário à duração do processo penal, e descartando aqueles procedimentos declaradamente ineficientes por não trazerem benefício público algum.

Ainda na exposição de motivos, o legislador deixa bem claro a necessidade de imparcialidade do magistrado. *“A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão **transindividual**, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”*.¹⁰⁰

A imparcialidade mencionada na frase anterior é também determinada pela Constituição quando reserva à autoridade judiciária a permissão de autorizar o suprimento de algumas garantias individuais, como o afastamento da inviolabilidade do domicílio. A prerrogativa do juiz tem como objetivo a proteção do indivíduo frente ao poder de polícia, e não a melhor investigação dos casos.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Projeto de Lei do Senado nº. 156, de 2009, Exposição dos Motivos.

Sendo assim, e sendo o juiz além de julgador também um protetor do cidadão do Estado de Direito, deve manter-se distante da atividade acusatória, sob risco de tornar-se um inquisitor.

Ocorre que o processo penal brasileiro tende a atribuir ao juiz cada vez mais liberdade probatória, com a possibilidade até de produção cautelar probatória, antes mesmo da instrução do processo.

O Anteprojeto de 2009 apresenta uma solução aparentemente eficiente ao problema acima mencionado. A proposta de criação de dois juízos, um de instrução e outro de julgamento, chamados *juiz das garantias e simplesmente juiz*, parece garantir o distanciamento do juiz julgador do órgão de acusação ou defesa. Contudo, creio que haveria uma grande dificuldade organizacional para a implantação desses dois juízos.

No entanto, a proposta parece coerente, dado que esse juiz das garantias não será criado para garantir sucesso na investigação criminal, mas sim para garantir os direitos individuais do indiciado.

O art. 15 do Anteprojeto prescreve:

Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário, competindo-lhe especialmente:

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

Há uma possível alegação de que a separação entre os juízos seja uma afronta ao princípio do juiz natural. No entanto, as decisões tomadas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, podendo este rever todo e qualquer ato anteriormente praticado, conforme determinação do artigo seguinte:

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§1º. Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§2º. As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

Ainda acerca da proteção do acusado contra qualquer arbitrariedade, seja da autoridade policial, seja do próprio magistrado, o Anteprojeto pretende deliberadamente proibir a substituição da acusação pelo juiz quando este participa da produção probatória.

Art. 4.º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Essa é uma precaução importantíssima, devido à tendência já exposta de tornar o processo penal um processo mais inquisitório que acusatório. Colocada como princípio processual, a imparcialidade do juiz deve ser e permanecer como pedra fundamental do procedimento penal.

Da mesma forma, o artigo seguinte determina que a atividade probatória é exclusiva das partes, ou seja, retira do juiz a possibilidade de produzir prova no processo, trazendo ao processo penal seu caráter predominantemente acusatório.

*Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.
Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4.º.*

Acerca da utilização da prova ilícita, o Anteprojeto não admite a teoria dos frutos da árvore proibida, sendo toda e qualquer prova obtida por meio ilícito inadmissível para instruir o processo.

*Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.
Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.*

Diante de todo exposto, a tentativa do Anteprojeto de 2009 de tornar o Processo Penal Brasileiro menos inquisitivo é evidente. A proteção do acusado em relação ao Estado parece estar mais equilibrada em relação à sede de persecução punitiva da sociedade do que o Código Processual Penal atual.

5. OS JULGADOS BRASILEIROS ACERCA DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Faz-se, a seguir, um apanhado jurisprudencial dos dois tribunais superiores do país acerca do tema relacionado no presente trabalho. Note-se que os julgados foram escolhidos com conotação para as situações que mais evidenciavam a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e as mudanças ocasionadas pela nova lei já percebidas pelos magistrados do país.

5.1. Supremo Tribunal Federal

Prova considerada ilícita antes da edição da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5.º da Constituição Federal.

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5.º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5.º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5.º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5.º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5.º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do

processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (HC 72588, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08-2000 PP-00003 EMENT VOL-01998-02 PP-00289 RTJ VOL-00174-02 PP-00491)

A seguir, um caso semelhante em que a prova foi considerada lícita, mesmo antes da edição da lei acima referida, evidenciando a falta de critério para admissibilidade da prova ilícita.

“Não merece prosperar o pedido de anulação do processo e o trancamento da ação penal sob o fundamento de que a prisão em flagrante derivou de prova ilícita se a escuta telefônica foi autorizada pela justiça, ainda que a autorização tenha se dado anteriormente a vigência da Lei 9.296/1996.”
(STJ – Rel. William Patterson – RT 754/569).¹⁰¹

A decisão a seguir proíbe a utilização de cópias de documentos obtidos sem autorização da empresa a qual pertencem, mesmo com autorização judicial. Ou seja, o juiz não pode “autorizar” a utilização de prova ilícita.

EMENTA: PROVA. Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5.º, LVI, da CF, e aos arts. 152, § único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público.
(HC 82862, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-02 PP-00348 REVJMG v. 59, n. 184, 2008, p. 378-380 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 353-360)

A validade de prova ilícita em favor do réu é pacífica nos tribunais brasileiros.

¹⁰¹ PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. 2.ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, pág. 50

“A quebra do sigilo bancário, não observado o disposto no art. 38, §1, da Lei n.º 4.595/1964, não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar a sua defesa.”
(STF – Rel. Francisco Rezek – RT 743/548).¹⁰²

Recentemente, o STF determinou que é lícita a gravação clandestina realizada por um dos interlocutores em favor próprio.

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5.º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

(RE 402717, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-04 PP-00650 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 507-515)

Contudo, se a gravação for realizada por terceiro, é considerada prova ilícita para efeitos processuais penais.

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5.º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na

¹⁰² PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. 2.ª ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, pág. 54.

representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.

(HC 80948, Relator (a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2001, DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00309)

A quebra de sigilo bancário é considerada ilícita quando fundada em acusações genéricas.

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FATOS CONCRETOS - FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA - INADMISSIBILIDADE - CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE - CONSEQÜENTE INVALIDAÇÃO DO ATO DE "DISCLOSURE" - INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. A QUEBRA DE SIGILO - QUE SE APÓIA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO INDICA FATOS CONCRETOS E PRECISOS REFERENTES À PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO - CONSTITUI ATO EIVADO DE NULIDADE. - A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República. Precedentes. Doutrina. [...]

(MS 25668, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2006, DJ 04-08-2006 PP-00027 EMENT VOL-02240-03 PP-00410 RTJ VOL-00200-02 PP-00778 RCJ v. 20, n.º 129, 2006, p. 55-66)

A prova emprestada não pode ser admitida sem o respeito ao princípio do contraditório.

[...] A PROVA EMPRESTADA, ESPECIALMENTE NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO, TEM VALOR PRECARIO, QUANDO PRODUZIDA SEM OBSERVANCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITORIO. EMBORA ADMISSIVEL, E QUESTIONAVEL A SUA EFICACIA JURÍDICA. INOCORRE, CONTUDO, CERCEAMENTO DE DEFESA, SE, INOBTANTE A EXISTÊNCIA DE PROVA TESTEMUNHAL EMPRESTADA, NÃO FOI ELA A ÚNICA A FUNDAMENTAR A SENTENÇA DE PRONUNCIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-

CULPABILIDADE - GARANTIA EXPLICITA DO IMPUTADO -
CONSEQUENCIAS JURIDICAS. [...]

(HC 67707, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, PRIMEIRA
TURMA, julgado em 07/11/1989, DJ 14-08-1992 PP-12225
EMENT VOL-01670-01 PP-00178: RTJ VOL-00141-03 PP-
00816)

Abaixo, o caso “Banestado” se utilizou prova emprestada da CPMI dos
Correios.

[...] QUARTA PRELIMINAR. PROVA EMPRESTADA. CASO
"BANESTADO". AUTORIZAÇÃO DE COMPARTILHAMENTO
TANTO PELA COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE
INQUÉRITO COMO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
LEGALIDADE. O acesso à base de dados da CPMI do
Banestado fora autorizado pela CPMI dos Correios. Não
bastasse isso, o Presidente do Supremo Tribunal Federal
deferiu o compartilhamento de todas as informações obtidas
pela CPMI dos Correios para análise em conjunto com os
dados constantes dos presentes autos. Não procede,
portanto, a alegação de ilegalidade da prova emprestada do
caso Banestado.(...)

(Inq 2245, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal
Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007
PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT VOL-
02298-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-02 PP-00473)

Outro processo com prova emprestada, mas entre processo judicial e
procedimento administrativo.

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação
telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção
para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos
cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos
em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo
disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos
administrativos teriam despontado à colheita dessa prova.
Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem.
Inteligência do art. 5.º, inc. XII, da CF, e do art. 1.º da Lei
federal n.º. 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados
obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em
escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção
de prova em investigação criminal ou em instrução processual
penal, podem ser usados em procedimento administrativo
disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em
relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores
cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa
prova.

(Inq 2424 QO-QO, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO,
Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-
08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055
EMENT VOL-02286-01 PP-00152)

A jurisprudência a seguir difere prova ilícita obtida com invasão domiciliar e flagrante delito provocado por denúncia anônima.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. Sidney Sanches, 1.^a Turma, DJ 13.09.1996). 3. Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revólver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 86082, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00240)

A doutrina americana dos frutos da árvore proibida, agora absorvida pelo direito brasileiro em razão da nova lei processual penal, é aplicada no caso seguinte.

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5.º, 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. 5.º, 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. 5.º, 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. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5.º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4.º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5.º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). 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. 5.º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1.º), 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 POIS ONOUS 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 - DOUTRINA - 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.

(RHC 90376, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n.º 136, 2007, p. 145-147)

5.2. Superior Tribunal de Justiça

Gravação telefônica realizada por um dos interlocutores é prova lícita.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. VEREADOR. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. CONDENAÇÃO. FITA CASSETE. PROVA. LICITUDE.

1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada por um dos interlocutores que se vê envolvido nos fatos em tese criminosos é prova lícita e pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal.

2. Contrariando a tese defensiva, as instâncias ordinárias afastaram de modo veemente a alegação de que a fita fora produto de "montagem". Assim, a pretensão de desqualificar a força probante da fita colacionada nos autos demanda, indistintamente, o reexame de prova, o que, como é sabido e consabido, não se coaduna com a via eleita.

3. Se não bastasse, vê-se claramente – tanto na sentença condenatória como no acórdão que a confirmou em sede de apelação – que a mencionada gravação não foi o único elemento de convencimento do Juízo, que se valeu ainda de provas testemunhais.

4. Ordem denegada.

(HC 36545/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2005, DJ 29/08/2005 p. 374)

A sentença de pronúncia fundada em prova ilícita não é válida.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. PROVA. OBTENÇÃO POR MEIO ILÍCITO. INVALIDADE. DESPRONÚNCIA.

- Dentre as garantias inseridas na Carta Magna pertinentes a proteção do indivíduo submetido a um processo judicial merece destaque aquela que proclama a imprestabilidade de provas admitidas por meios ilícitos, como tais as coletadas em inquérito policial realizado com abuso de autoridade.

- Ressente-se de validade jurídica sentença de pronúncia fundada em provas obtidas em diligências policiais realizadas de modo ilícito.

- Recurso especial conhecido. Despronúncia decretada.

(R Esp 246.577/PE, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2000, DJ 04/06/2001 p. 266)

Provas obtidas mediante tortura são evidentemente ilícitas.

RHC - CONSTITUCIONAL - PROCESSUAL PENAL - PROVA
- MEIO ILICITO DE OBTENÇÃO - NULIDADE - A

PRODUÇÃO DE PROVAS PRECISA OBEDECER O PROCEDIMENTO LEGAL. DAI A CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA EXPRESSAR A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILICITOS (ART.5.º LVI). NÃO PRODUZEM EFEITO CONFISSÃO E TESTEMUNHO RESULTANTES DE TORTURA FISICA E PSICOLÓGICA. DECORRE NULIDADE. NÃO ACARRETA ABSOLVIÇÃO. ENQUANTO NÃO INCIDENTE A PRESCRIÇÃO, E ADMISSIVEL A PRODUÇÃO DA PROVA.

(RHC 2.132/BA, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 31/08/1992, DJ 21/09/1992 p. 15706)

A jurisprudência a seguir permite que haja condenação baseada também em provas colhidas em inquérito.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PEDIDO QUE EXTRAPOLA O CONTIDO NA DECISÃO AGRAVADA – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – FURTO QUALIFICADO – CONDENAÇÃO QUE SE BASEOU EM ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL – NULIDADE DO ÉDITO CONDENATÓRIO – INOCORRÊNCIA – PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO QUE CORROBORARAM A VERSÃO APRESENTADA PELA ACUSAÇÃO – AUSÊNCIA DE AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO – ORDEM DENEGADA – AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NEGO PROVIMENTO.

1. O agravo regimental se presta unicamente para discutir os fundamentos da decisão monocrática agravada, motivo pelo qual não é dado ao agravante nele inovar, deduzindo pedidos não relacionados com os fundamentos daquela decisão.

2. É vedado ao Magistrado proferir sentença condenatória baseada exclusivamente em elementos de convicção colhidos nos autos do inquérito policial. Inteligência do artigo 155 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 11.690/2008).

3. Por outro lado, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, nego provimento.

(Ag Rg no HC 118.761/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009)

Sobre a atividade probatória do magistrado.

HABEAS CORPUS. CRIMINAL. ESTUPRO. PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. PERÍCIA. ASSISTENTE TÉCNICO PARA ACOMPANHAMENTO DE

PERÍCIA. MODALIDADE NÃO PREVISTA NO PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXAME APROFUNDADO DO MÉRITO E DA PROVA NO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA.

PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

O Código de Processo Penal faculta ao Magistrado a produção de provas de ofício.

Se as partes tiveram acesso a documentos juntados aos autos, antes das alegações finais, afasta-se o cerceamento de defesa.

O processo penal não prevê a modalidade de assistência técnica para o acompanhamento de perícias em geral, já que estas são realizadas pelo Instituto de Criminalística, órgão idôneo oficial, ou, na sua ausência, por pessoas idôneas nomeadas pelo Magistrado.

O habeas corpus não comporta exame aprofundado da prova e do mérito da imputação.

A palavra da vítima é de alta relevância nos crimes de estupro, cometidos na clandestinidade. (Precedentes).

Ordem denegada.

(HC 100.321/MT, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 22/04/2008)

6. MUDANÇAS PROVOCADAS PELA LEI N.º 11.690 DE 2008

O sistema do livre convencimento do juiz sobreviveu às alterações trazidas pela nova lei, e assim diz o novo artigo 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.”*

Há quem lamente, no entanto, a utilização da expressão adverbial *exclusivamente*, que não constava no texto original entregue pela Comissão presidida por Ada Pelegrini Grinover e que deu origem ao Projeto de Lei 4.205/2001, que por sua vez transformou-se na nova lei objeto do presente trabalho.

A nova lei, ao invés de proibir a utilização de qualquer elemento colhido em fase de investigação não contraditória como queriam seus redatores, prescreve que o magistrado não deve utilizar somente elementos colhidos naquela fase de investigação, possibilitando assim ao juiz proferir sentença baseado inclusive em alguns elementos não levados ao contraditório, o que poderia ser considerada uma afronta constitucional.

*“A meta, em nosso entendimento, não foi atingida a contento. Inserindo a relativização da regra, por meio do termo ‘exclusivamente’, tudo vai permanecer como sempre foi”.*¹⁰³

Qualquer decisão baseada em elementos da fase inquisitiva de investigação é gravada de inconstitucionalidade, pois tais elementos não foram submetidos ao controle contraditório.

*“A reforma introduzida pela Lei 11.690/2008, em lugar de corrigir essa distorção, acentuou-lhe o caráter, tornando-a explícita”.*¹⁰⁴ Caráter esse de inquisitorialidade do sistema.

Note-se que as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas devem se submeter ao contraditório prévio, salvo absoluta impossibilidade, como no caso da realização urgente de um exame de corpo de delito; nesta última hipótese, difere-se o contraditório para a fase judicial.

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 397

¹⁰⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: Método, 2009, pág. 119.

Os dispositivos do Código de Processo Penal alterados pela nova lei nos deixam a impressão de que o processo penal brasileiro tem a máscara do procedimento puramente acusatório, como afirma a Juíza Andreyra Alcântara Ferreira Chaves, em artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEJF. A saber:

“Os arts. 155 e 157 definem expressamente o caráter acusatório do processo penal ao estabelecerem que a livre convicção do juiz, para o julgamento, pode ter fundamento apenas na prova produzida em “contraditório judicial” e ao eliminarem a possibilidade de admissão de provas ilícitas ou derivadas das ilícitas. Embora a redação seja, aparentemente, apenas explicativa, na verdade é dispositiva para o juiz: limitar-se ao “contraditório judicial”. Aliás, o termo “contraditório judicial” dá a entender que o projeto de lei 4.209/01, que trata da investigação criminal, abre a possibilidade do contraditório também nessa fase. O art. 156 estabelece que o ônus da prova incumbe à parte, quanto às suas alegações, e faculta ao juiz ordenar, de ofício e antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas urgentes e relevantes e, de ofício e durante a instrução, a produção de diligências necessárias a “dirimir dúvida sobre ponto relevante”. A redação é dispositiva: a produção da prova é obrigação da parte, e não do juiz; ao juiz é apenas ‘facultado’ determinar a produção de algumas provas, mesmo assim somente nas duas hipóteses discriminadas.¹⁰⁵

Discordo, contudo, da posição da referida juíza, pois, como já afirmado anteriormente, o artigo 155 não determina que a convicção do juiz deva ser baseada em prova produzida apenas em contraditório, mas sim que ele não pode fundamentar sua decisão apenas em elementos colhidos em fase não contraditória.

Sobre os incisos do artigo 156, é evidente o poder agregado ao juiz, que pode se utilizar dos requisitos de relevância, urgência e ponderação para determinar a produção antecipada de provas, mesmo que essas não passem pelo crivo do contraditório.

Os mesmos requisitos são utilizados para ponderar os interesses para utilização de uma prova ilícita. Sendo assim pode-se dizer que a teoria da ponderação, ou proporcionalidade da utilização da prova, foi ampliada à produção probatória do próprio juiz. Ou seja, o que antes se poderia

¹⁰⁵ CHAVES, Andreyra Alcântara Ferreira. **Reforma do Código de Processo Penal**. Artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEJF. Retirado de: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/reforma_cod_proc_penal.pdf

argumentar para fazer uso de uma prova colhida ilicitamente num processo, pode o juiz agora também argumentar para produzir esta prova, para que esta prova não seja disponibilizada ao contraditório.

Diante disso, no sentido contrário ao da Magistrada acima citada, as mudanças advindas da nova lei transformaram o processo penal brasileiro em pouco mais inquisitório do que já o era.

Já a determinação do artigo 157 parece tornar mais efetivo o dispositivo constitucional do inciso LVI, artigo 5.º, proclamando a inadmissibilidade das provas ilícitas, bem como das provas derivadas das ilícitas, e determinando seu desentranhamento do processo.

No entanto, não creio ser tarefa fácil à doutrina pacificar o entendimento com relação aos parágrafos do artigo 157, e quase nada foi escrito acerca deles até o presente momento.

Além disso, não será tarefa fácil para o magistrado determinar claramente se houve ou não nexos de causalidade entre a prova ilícita e a derivada. Afinal, se não há nexos de causalidade, a prova posterior não é nem considerada derivada, e sua ilicitude não seria questionada.

Ainda, como poderia o juiz prever a situação do parágrafo 2.º do artigo 157, que determina que a prova derivada de outra prova colhida ilicitamente, se tivesse uma fonte independente da primeira prova, não seria considerada ilícita?

*“A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta pela ilicitude existente em prova correlata.”*¹⁰⁶

Um exemplo dessa situação, apesar de parecer um tanto quanto absurdo, seria de uma escuta clandestina, que revela a localização de um documento que contém indícios de autoria e materialização de algum ato ilícito, ocorre que uma testemunha concomitantemente depõe acerca da localização do mesmo documento. Sendo assim, a prova é considerada lícita, pois pode advir de fonte independente de ilícita.

No entanto, creio que tal admissibilidade seja muito perigosa, pois, ao encontrar uma prova por meio ilícito, poder-se-ia forjar uma denúncia anônima para “limpar” a prova.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 391.

Acredito que as situações acima citadas são tão complexas na realidade que a simples cópia da legislação americana acerca do tema não surtirá os efeitos práticos positivos que pretende.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da vigência da Constituição Federal tem-se que todas as provas obtidas de forma ilícita, ou seja, com violação das regras de direito material, ou as consideradas provas ilegítimas, aquelas colhidas com violação de regra de direito processual, são completamente inadmissíveis no processo penal.

Se porventura alguma prova fosse admitida num processo, essa não poderia ser valorada pelo juiz, sendo imediatamente desentranhada dos autos, nos termos do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

O advento da nova lei trouxe um diferencial que, contrário à norma maior, admite a utilização de algumas provas ilícitas no rol probatório, através da teoria da ponderação/proporcionalidade, bem como da conversão da prova derivada da ilícita em lícita, desde que se enquadre em alguma das situações dos parágrafos 1.º ou 2.º do artigo 157 do Código de Processo Penal. Há quem defenda que o dispositivo constitucional deve ser mitigado, pois sua rigidez pode impedir a utilização da teoria da proporcionalidade.

Outra situação é a produção probatória ilícita pela própria defesa, cujo entendimento segue no sentido de se configurar hipótese excludente de antijuridicidade.

Além disso, percebe-se que o direito processual brasileiro está caminhando na busca de um sistema interventor, dado que ao juiz foi alargada a produção probatória de ofício em algumas situações. Situações essas que necessitam de justificativas exclusivamente subjetivas, de fácil argumentação, chegando assim cada vez mais perto do sistema inquisitório de procedimento penal.

Percebe-se, portanto, que a proibição constitucional de utilização de prova ilícita tem sido abrandada e, justificado pela busca da verdade real, o juiz tem cada vez mais poderes inquisitórios.

Contrário à tendência mencionada encontra-se o Anteprojeto de Código de Processo Penal, impedindo a atuação supletiva do magistrado na acusação, bem como proibindo qualquer utilização da prova ilícita em procedimentos penais.

Necessário, portanto, extrema cautela no abrandamento da vedação constitucional da admissibilidade de prova ilícita e na utilização da prova de ofício pelo juiz, já que não se pode conceber exacerbado apego à busca da

verdade real, ultrapassando em função disso todos os valores pertinentes às liberdades públicas.

Há um grande perigo à democracia social quando um Estado, envolto pela legitimidade que lhe é concedida pelo cidadão, com o objetivo utópico de restaurar a ordem social violada por qualquer um de seus indivíduos, atropela garantias individuais anteriormente conquistadas.

Os meios mais eficientes de repressão de delitos tendem à supressão do espaço de liberdade do cidadão, causando regimes despóticos. O Estado, na pessoa do magistrado, não pode estar onipresente em todas as situações dignas de serem levadas a juízo.

No entanto, generalizar a admissão de provas colhidas sem observância de preceitos constitucionais poderia atingir indevidamente muitos homens de bem, tornando regra aquilo que a Lei Maior preconiza como exceção e dando ensejo a uma relação autoritária entre o Estado e os indivíduos.

Ou seja, o próprio processo penal não pode se afastar das garantias constitucionais devidas ao cidadão justificado pela própria razão de ser, tal seja a busca da justiça.

Nesse sentido, trecho retirado de sentença proferida pelo Juiz Federal Flavio Antônio da Cruz, no processo de n.º. 2003.70.00.047435-9/PR do dia 12 de agosto de 2009.

*A arguição criminal deve ser compreendida e conduzida não apenas como mecanismo de responsabilização, mas sobretudo como instrumento de tutela das Liberdades Públicas; importa dizer: da liberdade de todos os potenciais acusados. Submete-se, por conta disto, a uma concepção dialógica da verdade, haurida a partir do embate dos contendores e limitada pelas provas colhidas validamente sob contraditório e documentadas nos autos.*¹⁰⁷

¹⁰⁷ AP 2003.70.00.047435-9/PR, Juiz Flavio Antonio da Cruz, 2 VFCRIMINAL E SFN DE CURITIBA, Sentença do dia 12 de agosto de 2009. Pág. 65

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARNELUTTI, F. **Das provas no processo penal**. Tradução de Vera Lúcia Bison. Campinas/SP: Editora Impactus, 2005.

CHAVES, Andrey Alcântara Ferreira. **Reforma do Código de Processo Penal**. Artigo apresentado no III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEF. Retirado de: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/reforma_cod_proc_penal.pdf

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: Teoria da Prova**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CODIGO DO PROCESSO DO IMPÉRIO DO BRASIL. Compilado por Araujo Filgueiras Junior. TOMO I e II. RIO DE JANEIRO: Em casa dos Editores-Proprietários EDUARDO & HENRIQUE LAEMMERT. 1873.

DA SILVA, César Dario Mariano. **Provas Ilícitas**. 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PINTO, Ronaldo Batista. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. 2.^a ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 2.^a ed. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2003.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.