



JUSLIBERTATIS

MATERIAL DIDÁTICO DE APOIO Prof. Euler Paiva

PROVAS NO PROCESSO PENAL – PARTE 1

1. Teoria geral da prova

1.1. Conceito de Prova:

- Prova como atividade probatória: é o ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção da entidade decidente sobre a existência ou não de uma circunstância fática. Possuímos o direito à PROVA (é um desdobramento do direito de ação).
- Prova como resultado: consiste no produto ou item que demonstra a existência ou não de uma situação fática, formulada no processo.
- Prova como meio: são os instrumentos aptos a formar a convicção do juiz quanto a existência ou não de uma situação fática.

1.2. Destinatário da Prova:

ENTIDADE DECIDENTE – Órgão Jurisdicional

OBS: Alguns doutrinadores afirmam que o MP é destinatário da prova também.

1.3. Sujeitos da Prova

São as pessoas responsáveis pela produção da prova.

- Ex: o ofendido, as testemunhas, os peritos, etc.

1.4. Fonte da Prova

É tudo que indica algum fato ou informação que necessita de prova. Em outras palavras, são as pessoas ou coisas das quais se pode conseguir a prova.

- Ex: a denúncia, a testemunha, o laudo.

1.5. Forma da Prova

É o modo pelo qual a prova é produzida:

- Oral: depoimento da testemunha.
- Documental: prova escrita.
- Material: tudo que deriva do objeto do crime

Ex: uma faca, um revólver.

1.6. Meios de Prova

São instrumentos aptos a formar a convicção do juiz quanto a existência ou não de uma situação fática.

No Direito Brasileiro não vigora o princípio da taxatividade das provas, mas sim o da liberdade das provas. Daí a diferença:

- Provas Nominadas: são aquelas previstas no CPP (art. 158 a 250).
- Provas Inominadas: não elencadas no CPP.

No Brasil vige o princípio da liberdade das provas significando que, no processo penal, podem ser utilizados quaisquer meios de prova, ainda que não especificados na lei. Desde que não sejam inconstitucionais, ilegais ou imorais.

- Ex: vídeo da Emissora “Globo” mostrando conversa entre Richthofen e advogado, foi desentranhada dos autos.

Exceções ao princípios da liberdade das provas:

- Art. 207, CPP – sigilo funcional.
- Art. 479, CPP – prova juntada aos autos com antecedência de 3 dias úteis e com conhecimento da outra parte.
- Prova do estado das pessoas sujeito às restrições estabelecidas na lei civil (Art. 155, único).
- Súmula 74, STJ.
- Exame de corpo de delito nos crimes materiais, cujos vestígios tenham desaparecido (Art. 158, CPP).
- Questão prejudicial heterogênea relativa ao estado civil das pessoas (Art. 92, CPP). Ex: bigamia.

OBS:

MEIOS DE PROVA ≠ MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Meios de prova refere-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes.

Meios de obtenção de prova são certos procedimentos, em geral, extraprocessuais regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não seja o juiz. Busca e apreensão, por si só, é um meio de obtenção de prova, assim como a interceptação de telefone. Nos meios de prova há contraditório. Nos meios de obtenção não há contraditório imediato.

1.7. Objeto de Prova (*thema probandum*)

São os fatos que interessam à solução da causa.

O que precisa ser provado	O que não precisa ser provado
- deve ser provado o fato alegado, seja pela acusação, seja pela defesa;	- Fatos notórios;
- os costumes;	- Fatos intuitivos;
- Regulamentos e Portarias, quando a portaria for complemento de uma norma penal em branco, presume-se que o juiz a conheça (Portaria 344 da ANVISA);	- Fatos evidentes;
- o direito estrangeiro, estadual e municipal;	- Fatos inúteis;
- confissão – fatos não contestados ou incontroversos também devem ser provados;	- Presunções Legais – presunção é a afirmação da lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independente de prova ABSOLUTA, menoridade penal/RELATIVA – estupro de vulnerável)

1.8. Prova Direta/Prova Indireta

- **Prova Direta** é aquela que recai sobre o fato probando.
- **Prova Indireta** é aquela que para alcançar uma conclusão sobre o fato probando parte-se de um outro fato do qual se induz o primeiro. Prova indireta, desde que composta por elementos coesos e robustos autoriza um decreto condenatório.

1.9. Indícios

É usada com dois significados diversos no CPP:

- 1) Como prova indireta (art. 239).
- 2) Também é usada no código como Prova Semiplena, que é uma prova com menor valor persuasivo (art. 312 – indício suficiente de autoria).

1.10. Prova Emprestada

É aquela introduzida no processo apesar de ter sido produzida em um outro processo. É possível, desde que seja observado a contraditório em relação ao mesmo acusado em ambos os processos.

Posso usar elementos colhidos por meio de interceptação telefônica em P.A.D.?

É perfeitamente possível o uso de prova emprestada de investigação em P.A.D. desde que tenha sido autorizado pelo juízo criminal e observado no âmbito administrativo o devido processo legal (STJ, RMS 16429).

2. Princípios Relacionados à Prova

2.1. Princípio da Busca da Verdade pelo Juiz

(Princípio da Verdade Material) ≠(Verdade Formal)

No processo penal, por estar em jogo um direito individual indisponível, pode o juiz atuar subsidiariamente na busca de provas. Hoje esse princípio é cada vez mais questionado pela doutrina por conta da neutralidade do Juiz.

2.2. Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*

O acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, item II, letra g. Um dos desdobramentos desse princípio, o DIREITO AO SILÊNCIO está previsto na CF, art. 5º, inciso LXIII.

Por “preso”, deve ser compreendido não apenas quem está preso, mas também o cidadão suspeito, indiciado, acusado ou mesmo condenado.

OBS: A testemunha, enquanto testemunha, tem a obrigação de dizer a verdade. Se da resposta da testemunha puder resultar uma autoincriminação, ela estará protegida pelo direito ao silêncio.

Abrangência do Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere*:

- Direito ao Silêncio (é a manifestação passiva da defesa) – Com a reforma trazida pela Lei 11.689/08, a presença do acusado não é mais obrigatória.
- Direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo. Ex: reconstituição do crime, fornecer material para exame grafotécnico (no caso do reconhecimento é possível a sua realização).

OBS: Supremo entende que o Direito ao Silêncio não abrange o direito de falsear identidade.

- Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva corpo humano do acusado: Lei 9.503/97, CTB, art. 306, §1º, inciso I.

PROVAS INVASIVAS≠PROVAS NÃO INVASIVAS

- **Provas Invasivas**: são aquelas que envolvem o corpo humano e implicam na utilização ou extração de alguma parte dele.

- Provas Não Invasivas: consistem numa inspeção ou verificação corporal, não implicando na extração de nenhuma parte do corpo humano.

OBS: Uma coisa é a produção forçada da prova contra o acusado, outra coisa é a prova produzida de maneira voluntária pelo acusado para outra finalidade.

Ex1: coleta da placenta da cantora mexicana Glória Trevi (Reclamação nº 2.040). STF entendeu que a coleta da placenta descartada não foi invasiva.

Ex2: apreensão da bituca de cigarro pode ser recolhida e usada como prova.

Ex3: lixo no interior no domicílio não pode ser usado, mas se estiver fora da casa pode ser usado.

Ex4: gravações de confissões feitas pelo acusado ou gravação informal de conversa do preso com policiais sem a formal advertência ao direito ao silêncio, torna a prova ilícita por violação ao artigo 5º, LXIII, da CF (HC 80949 STF).

3. Análise das alterações no CPP trazidas com a Lei 11.690/08

3.1. Art. 155 do CPP

a) Sistemas de Valoração da Prova:

a.1) Sistema da Intima Convicção do Juiz (Certeza Moral do Juiz) – Tribunal do Júri:

O Juiz tem ampla liberdade na valoração da prova, porém não é obrigado a fundamentar seu convencimento.

a.2) Sistema Tarifário de Provas – exames periciais em crime material, prova do estado das pessoas:

O legislador atribui determinado valor à prova, cabendo ao Juiz simplesmente obedecer ao disposto na lei.

a.3) Sistema da Livre Convicção Fundamentada do Juiz (persuasão racional do Juiz):

O Juiz tem ampla liberdade na valoração das provas, mas é obrigado a fundamentar seu convencimento (at. 93, IX, CF – adotado pelo Brasil).

*Efeitos do Sistema do Livre Convencimento:

- não existe prova com valor absoluto (toda prova tem valor relativo);
- o Juiz é obrigado a valorar todas as provas produzidas no processo;
- somente são válidas as provas constantes no processo, ou seja, não são válidos conhecimentos privados do Juiz em relação aos fatos.

b) Elementos Informativos X Provas

Elementos Informativos são aqueles obtidos na fase investigatória, sem a participação das partes. São importantes para a fundamentação de medidas cautelares e também para a formação da *opinio delicti* do titular da ação penal.

Provas estão ligadas ao contraditório, ou seja, são produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a supervisão do Juiz (princípio da identidade física do Juiz).

OBS: Provas cautelares??? Provas não-repetíveis??? Provas antecipadas???

OBS: PROVA ATÍPICA ≠ PROVA ANÔMALA

Prova atípica é aquela que não está presente no ordenamento jurídico e para a qual não há procedimento probatório específico (prova inominada). Ex: reconhecimento pela internet.

Prova anômala é aquela utilizada para fins diversos daqueles que lhe são próprios, com características de outra prova típica. Há meio de prova expressamente previsto para a colheita da prova. No entanto, ignora-se esse meio de prova típico, usando-se de outro meio de prova. Ex: interrogar testemunha por telefone.

A prova atípica é admitida no processo penal (princípio da liberdade probatória). Já a prova anômala não pode ser aceita.

Sobre o termo “exclusivamente” do artigo 155

Elementos informativos isoladamente considerados, não são aptos a fundamentar uma condenação, no entanto, não devem ser ignorados, podendo se somar à prova produzida em juízo servindo como mais um elemento na formação da convicção do Juiz (RE 287658/RE 425734 – STF)

OBS:

- Provas Cautelares: são aquelas em que existe um risco de desaparecimento em razão do decurso do tempo. O contraditório é diferido (não ocorre no momento da produção da prova, mas depois do processo). Ex: Interceptação telefônica.
- Provas Não-Repetíveis: são aquelas que não têm como ser novamente coletadas ou produzidas, em virtude do desaparecimento ou destruição da fonte probatória. Contraditório é diferido. Ex: exame de lesões corporais.
- Provas Antecipadas: são aquelas produzidas em juízo com a observância do contraditório real, antes de seu momento processual oportuno e até mesmo antes de iniciado o processo, em razão de sua urgência e relevância. Ex: vítima de tentativa em grave estado. Como é produzida na presença do Juiz, há também contraditório real (art. 225, CPP – depoimento *ad perpetuam rei memoriam* e art. 366).

3.2. Art. 156 do CPP

a) Ônus da Prova: é o encargo que a parte tem de provar a veracidade do fato por ele alegado.

O que precisa ser provado	O que não precisa ser provado
- deve ser provado o fato alegado, seja pela acusação, seja pela defesa;	- Fatos notórios;
- os costumes;	- Fatos intuitivos;
- Regulamentos e Portarias, quando a portaria for complemento de uma norma penal em branco, presume-se que o juiz a conheça (Portaria 344 da ANVISA);	- Fatos evidentes;
- o direito estrangeiro, estadual e municipal;	- Fatos inúteis;
- confissão – fatos não contestados ou incontroversos também devem ser provados;	- Presunções Legais – presunção é a afirmação da lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independente de prova ABSOLUTA, menoridade penal/RELATIVA – estupro de vulnerável)

Sobre o ônus probante do MP:

- Uma primeira corrente afirma que em virtude da teoria da *ratio cognoscendi* (teoria da indiciabilidade) se o fato é típico, presume-se que seja ilícito, por isso o MP só precisa provar o fato típico.
- Uma segunda corrente diz que em virtude do princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), cabe ao MP a prova da existência de um fato típico, ilícito e culpável. Essa segunda corrente ganha reforço com a nova redação do artigo 386, VI, pois se houver dúvida sobre uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade, deve o Juiz absolver o acusado.

b) Juiz Inquisidor

3.3. Art. 157, CPP

a) Prova Ilegal: é ilegal toda vez que a sua obtenção caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Prova ilegal é o gênero, cujas espécies são:

a1) Prova Ilícita: é obtida com violação da norma de direito material. Ex: confissão mediante tortura.

a2) **Prova Ilegítima:** é obtida com violação de norma de direito processual. Ex: exibição de documentos no plenário do júri que não tenha sido juntado aos autos com três dias úteis de antecedência.

OBS: em regra, a prova ilícita é obtida fora do processo, enquanto que, a prova ilegítima é obtida no curso do processo. Em relação à prova ilícita, surge o direito de exclusão (“exclusionary rule”), materializando-se através do desentranhamento. Em relação à prova ilegítima resolve-se pela teoria das nulidades.

***ATENÇÃO** para o conceito de prova ilícita constante do artigo 157, caput, pois possui duas possibilidades:

1ª) Quando menciona “provas ilícitas”, quis a lei se referir às provas ilegais.

2ª) com a nova redação do artigo 157, como a lei não distingue se a norma legal é material ou processual, qualquer violação ao devido processo legal conduzirá à ilicitude da prova (e ocasionará desentranhamento).

b) Prova Ilícita por Derivação: meios probatórios que não obstante produzidos validamente em momento posterior encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite contaminando-os por efeito de repercussão causal.

Surgiu dos fatos dos precedentes americanos nos casos Silverthorne Lumber CO Vs United States (1920) – Nardone Vs United States – (“The fruits of poisonous tree”).

OBS: Miranda Vs Arizona (1966) – Suprema Corte Americana definiu: nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia sem que antes tenha sido informada de 1) que tenha o direito de não responder; 2) que tudo o que disser poderá ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito a defensor escolhido ou nomeado (Miranda Rights).

No Brasil, ao julgar o HC 80.949, o STF considerou ilícita a gravação feita por policiais de confissão do acusado sem que houvesse advertência formal quanto ao direito ao silêncio. Dessa forma o Supremo definiu a obrigatoriedade do item 1.

c) Limitações/Exceções à Prova Ilícita por Derivação (também oriundas do direito americano):

c1) **Teoria da Fonte Independente:** se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve legitimamente novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, pois não são contaminados pelo vício de ilicitude originária. Surgiu no Julgado BYNUM Vs United States (1960). É adotado no Brasil, vide RHC 90376 e HC 83921, STF.

c2) **Limitação da Descoberta Inevitável (Inevitable Discovery):** oriunda do caso NIX Vs Willians – Willians II (1984).

Será aplicável caso se demonstre que a prova seria produzida de qualquer maneira, independentemente da prova ilícita originária. Essa teoria não pode se basear em meros elementos especulativos, sendo imprescindível a existência de dados concretos que demonstrem que a descoberta seria inevitável, ou seja, não basta um juízo do possível, mas sim um juízo do provável, fundado em elementos concretos de prova. Não há julgados no Brasil adotando essa limitação, mas a lei a especifica no § 2º do artigo 157. Nele, o legislador citou a teoria da fonte independente, porém trouxe o conceito da limitação da descoberta inevitável.

c3) **Teoria do Nexo Causal Atenuado (Purged Taint – Mancha Purgada):** ocorre quando um ato posterior, totalmente novo, afasta a ilicitude originária. O início da ilicitude originária é atenuado em virtude do espaço temporal decorrido entre a prova primária e a secundária ou em virtude de circunstâncias supervenientes e diferentes na cadeia do conjunto probatório. Oriunda do julgado WONH SUN Vs United States (1963).

A (preso ilegalmente) delata B que delata C = os três foram soltos, depois de algum tempo o C confessou.

Não há precedentes no STF. Para alguns doutrinadores, essa limitação está no §1º do artigo 157.

c4) Teoria do Encontro Fortuito de Provas: ocorre nas hipóteses em que a autoridade policial no cumprimento de uma diligência casualmente encontra provas que não estavam na linha natural de desdobramento das investigações. Caso a obtenção da prova resulte de um desvio de finalidade, essa prova não será válida; se, no entanto, essa prova for encontrada de maneira casual, será considerada válida.

OBS: uma vez autorizada a interceptação telefônica na investigação de crime punido com reclusão, eventuais elementos de prova obtidos em relação à delitos conexos poderão funcionar como *notitia criminis* para a instauração de novas investigações (HC 83515 STF/INQ 2725 STF).