

SEM REVISÃO

Prova no Processo Penal

José Francisco Cagliari

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: I. Introdução. 1. Prova. 2. Instrução probatória. 3. Objeto da prova. 4. Fontes, meios e elementos de prova. 5. Classificação das provas. II. Direito à prova. 6. Ação e defesa – A ampla defesa e o contraditório. 7. Contraditório, ampla defesa e direito à prova. 7.1 Contraditório, ampla defesa e direito à prova. 7.2 A presença das partes. 7.3 Prova emprestada. 8. Ônus da prova. 8.1 Poderes instrutórios do juiz. 9. Apreciação ou valoração da prova. III. Prova ilícita. 10. Limites ao direito à prova. 11. Provas ilícitas. 12. A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. 13. A teoria da proporcionalidade e a prova ilícita pro reo. 14. Provas ilícitas por derivação. Bibliografia.

I. Introdução

1. Prova

O vocábulo prova origina-se do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, formar juízo de. “Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”.⁽¹⁾

A demonstração dos fatos em que se assenta a pretensão do autor, e daquilo que o réu alega em resistência a essa pretensão, é o que constitui a prova. “O processo”, leciona Magalhães Noronha, “é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litúgio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa” (...) “Essa demonstração é o que constitui a prova. Florian escreve que “provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si, e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato”.⁽²⁾

Vê-se, para logo, que a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. Como resume Tourinho Filho, “o objetivo ou finalida-

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

de da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é 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 forma”.⁽³⁾

A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. É ela, como resume Moacyr Amaral Santos, “a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.⁽⁴⁾

2. Instrução probatória

“Instrução”, segundo o magistério de Carnelutti, citado por Frederico Marques, “vem de *in-struere*, que alude à provisão de meios para *com-struere*”. “Dá-se, assim, poder instrutório ao juiz, para que ele construa sua decisão”.⁽⁵⁾

Leciona, ainda, o nosso insigne processualista que “no complexo dos atos processuais que integram a instância penal condenatória, dá-se o nome de atos de instrução àqueles destinados a recolher os elementos necessários para a decisão da lide. Dividem-se eles em atos de prova e alegações”(…) “Há, portanto, um conceito genérico de instrução, que abrange a prática de atos probatórios e as alegações das partes. Como a sentença, por sua construção lógica de forma silogística, contém na premissa maior a norma legal aplicável, e na premissa menor os fatos que dão contorno à situação jurídica litigiosa, o preparo da decisão pressupõe, como explica o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a instrução do juiz na premissa maior e na premissa menor do silogismo. Todavia, entende-se, sempre, o juiz instruído quanto ao Direito aplicável: *narra mihi factum, dabo tibi jus; jura novit curia*. Por isso mesmo, a instrução propriamente dita, ou instrução em sentido estrito, é a instrução probatória, a instrução sobre os fatos da premissa menor em que logicamente se estrutura a sentença”(…) “Ao lado do conceito lato de instrução, existe, pois, um conceito estrito, que é o de instrução probatória. Esta se define como o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio”.⁽⁶⁾

Não se confundem instrução probatória e prova. Como afirma Paulo Cunha, citado por Frederico Marques, “entre instrução e prova há afinidade de conceitos, mas não identidade. São noções vizinhas. Instrução e prova não são uma coisa só: a instrução está para a prova assim como o instrumento está para a obra que por meio dele se consegue”.⁽⁷⁾

3. Objeto da prova

“Objeto da prova, ou *thema probandum*”, escreve Frederico Marques, “é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo” (...) “Como o juiz se presume instruído sobre o direito a aplicar, os atos instrutórios só se referem à prova das *quaestiones facti*. O juiz deve conhecer o Direito, obrigação essa que é elementar para o exercício da jurisdição (*jura novit curia*). Donde se segue que, abstratamente falando, constitui objeto de prova tão-só o que diz respeito às questões de fato surgidas no processo”.⁽⁸⁾

Excepcionalmente, porém, também o direito pode ser objeto de prova. Não o direito federal, mas o estadual, o municipal, o estrangeiro e o consuetudinário devem ser provados, se assim o determinar o juiz, pela parte a quem lhe aproveita.

Objeto da prova, portanto, são os fatos. Nem todos, porém. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, pelo que devem ser excluídos do âmbito da prova em concreto, e ter a sua prova recusada pelo juiz, sob pena de desenvolver-se atividade inútil.

Além de pertinentes, só devem ser objeto de prova os fatos relevantes, por estes entendendo-se aqueles “que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa”.⁽⁹⁾ Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes.

Diversamente do que se verifica no processo civil, a falta de controvérsia sobre um fato não dispensa a prova. “No processo penal, não se exclui do objeto da prova o chamado fato incontroverso ou fato admitido. Na investigação criminal – como ensina Fenech – “*el julgador debe llegar a la verdad de los hechos tal como ocurrieran historicamente, y no tal como quieran las partes que aparescan realizados*”.⁽¹⁰⁾ Assim, a confissão, por exemplo, que elimina a controvérsia sobre a autoria, não dispensa a necessidade de outras provas sobre ela e que, aliás, deverão corroborá-la.

Os fatos evidentes e os notórios dispensam prova, segundo a máxima *notoria vel manifesta non egent probatione* (o notório e o evidente não precisam de prova). Sem embargo, porém, se tais fatos notórios corresponderem a elementares do tipo penal deverão ser objeto de prova. Não é porque a morte de alguém seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito.

Ao lado dos fatos notórios estão as chamadas máximas da experiência ou regras da experiência, que também dispensam prova. São elas as noções e

conhecimentos ministrados pela vida prática e os costumes sociais, ou como escreve Moacyr Amaral Santos, “juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média”. E explica o renomado Professor: “em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por uma experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica ou dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*. É certo, por outro lado, que essa *communis opinio* pode variar, conforme o lugar, o tempo, o progresso da ciência ou da técnica, as transformações políticas, sociais, religiosas etc., mas não deixa de ser também certo que as afirmações nela fundadas, por qualquer membro da esfera social, em que se formou, adquirem autoridade que a afirmação individual não pode ter, porque aquela traz consigo e resulta da crítica e da apuração coletiva”.⁽¹¹⁾

4. Fontes, meios e elementos de prova

“Meios de prova são, segundo a lição de Pontes De Miranda, “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios”.⁽¹²⁾

Distingue-se, porém, entre fontes e meios de prova. Ensinam Grinover, Scarance e Gomes Filho que fontes de prova são “os fatos percebidos pelo juiz” e meios de prova “são os instrumentos pelos quais os mesmo se fixam em juízo”.⁽¹³⁾ Já os elementos de prova, conforme o magistério de Manzini, são “todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do juiz”.⁽¹⁴⁾

“Meios de prova”, conceitua Greco Filho, “são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”.⁽¹⁵⁾

O Código de Processo Penal especifica vários meios de prova (arts. 158 a 250), que constituem os chamados meios legais de prova. A enumeração, entretanto, não é taxativa. Outros meios de prova se admitem, mas desde que compatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana – são as provas inominadas, na expressão de Carnelutti.⁽¹⁶⁾

5. Classificação das provas

Apresentam os doutrinadores inúmeras classificações da prova, segundo diversos critérios. Moacyr Amaral Santos, acolhendo o sistema proposto por Malatesta, classifica as provas segundo três critérios: o do objeto, o do sujeito e o da forma.⁽¹⁷⁾

a) Objeto da prova é o fato a provar-se e, quanto a ele, as provas são diretas ou indiretas. Referem-se as primeiras, direta e imediatamente ao fato a ser provado. As segundas dizem respeito a outro(s) fato(s) que, por sua vez, se liga(m) ao fato a ser provado. São provas indiretas as presunções e indícios. A prova indireta é também chamadas de circunstancial, assim definida por João Mendes Júnior: “prova circunstancial é, pois, aquela que se deduz da existência de um fato ou de um grupo de fatos, que, aplicando-se imediatamente ao fato principal, levam a concluir que este fato existiu”.⁽¹⁸⁾ A essa classificação corresponde a proposta Por Canelutti, que denominou de históricas as provas diretas, e de críticas as indiretas.

b) Sujeito da prova é a pessoa ou coisa de quem ou de onde dimana a prova; a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência do fato probando. Prova pessoal é toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados, como a testemunha que narra o fato que presenciou. Prova real de um fato consiste na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu. Reais, por exemplo, são o lugar, a arma, o cadáver, a ferida etc. Vicente de Azevedo prefere falar em “meios de prova objetivos e meios de prova subjetivos”.⁽¹⁹⁾

c) Forma da prova é a modalidade ou maneira pela qual se apresenta em juízo. Em relação à forma a prova é testemunhal, documental ou material. Prova testemunhal, em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral, compreendendo as produzidas por testemunhas, declarações da vítima e do réu. Documental é a afirmação escrita ou gravada. Diz-se material a prova consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

A tais critérios de classificação acrescenta-se outro, também referido por Moacyr Amaral Santos e por Frederico Marques, e que leva em consideração a preparação da prova, dividindo-as em causais e preconstituídas. Por causais, também chamadas de simples se consideram as provas preparadas no curso da demanda. São causais as provas testemunhais, os exames periciais etc. Preconstituídas, em sentido amplo, são as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futura demanda. Em sentido estrito dizem-se *preconstituídas* as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares, representativos de atos jurídicos que pelos mesmos se constituem.⁽²⁰⁾

II. Direito à Prova

6. Ação e defesa – A ampla defesa e o contraditório

O direito de ação está garantido no texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), inclusive ao próprio Estado como titular do *jus puniendi*. Vedada a

autotutela, também ao Estado, como sujeito de direito, garante-se a tutela jurisdicional. Mas essa mesma garantia – de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – também se estende àquele contra quem se age, vale dizer contra quem se propõe a ação. Afinal, também ele, o requerido ou réu, só por essa condição, já sofre uma ameaça a direito seu. Se o *jus puniendi*, ofendido pelo crime, não pode ser subtraído à apreciação do Poder Judiciário, também o *jus libertatis* do infrator, ameaçado pela pretensão punitiva do Estado, recebe igual proteção. É o fenômeno da bilateralidade da ação: conferido o direito de ação, reconhece-se, igualmente, o correlato direito à defesa.

Ação e defesa, são pois, verso e reverso da mesma medalha. Ao garanti-los, não se limita a Constituição a permitir o acesso aos tribunais. Mais que isso, o texto constitucional dá conteúdo a esses direitos, assegurando um conjunto de garantias que, como lecionam Grinover, Scarance e Gomes Filho, “de um lado, tutelam as partes quanto ao exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição: trata-se das garantias do “devido processo legal” (CF, art. 5º, LIV)”.⁽²¹⁾

O princípio-garantia do devido processo legal, de sua vez, vem desdobrado no próprio corpo da Constituição que, também assegura “aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV).

O contraditório e a ampla defesa estão umbilicalmente ligados e acabam se confundindo. Aquele não seria senão a exteriorização desta. Como leciona Frederico Marques, com apoio em Joaquim Canuto Mendes De Almeida, “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los, impõe o contraditório que se dê às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, de modo especial, para cada qual externar seu pensamento em face das alegações do adversário. Ora, tudo isso está implícito nos meios e recursos essenciais ao direito de defesa”.⁽²²⁾ Em verdade, é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação, que se materializa na citação do réu) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como direito correlato ao de ação – que garante o contraditório. “A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório”, como bem sintetizam Grinover, Scarance e Gomes Filho.⁽²³⁾

7. Contraditório, ampla defesa e direito à prova

“O contraditório”, escreve Marco Antonio Marques da Silva, “impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de con-

dições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente”.⁽²⁴⁾

E por ampla defesa se deve entender, prossegue o ilustre Professor, “o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções: ora traduzir-se-á na inquirição de testemunhas, ora na designação de defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento. É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá se insurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito de contra-agir processualmente, contraditar, contradizer e contraproduzir”.⁽²⁵⁾

Disso se deduz que a defesa, vista como exteriorização do contraditório, mas também por ele garantida, não deve ser concebida apenas no sentido negativo de oposição ou resistência à pretensão do autor (*in casu* do Estado, titular do *jus puniendi*), senão também, e principalmente, deve ela ser entendida em sua dimensão positiva, como o direito de participar, influenciar, incidir ativamente sobre o desenvolvimento do processo, objetivando o seu resultado.

Nessa ordem de idéias, insere-se, entre os recursos e meios inerentes à ampla defesa, o direito à prova, e que também é assegurado ao Estado, enquanto *litigante*, a quem se também confere o direito ao contraditório. Por isso salientam Grinover, Scarance e Gomes Filho “o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas”.⁽²⁶⁾

Dessa linha de pensamento não se tem afastado nossa jurisprudência, valendo transcrever, pela precisão, V. Acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“O respeito ao princípio constitucional do contraditório – que tem, na instrução probatória, um dos momentos mais expressivos de sua incidência no processo penal condenatório – traduz um dos elementos realizadores do postulado do devido processo legal” (SFT – HC – Rel. Min. Celso de Mello – j. 18.2.1992 – RTJ 140/856).

Mas, se o direito à prova é decorrência do contraditório, um dos meios por que este se manifesta, não se deve olvidar que o contraditório exerce, por outro lado, limitações à formação e produção das provas, que assim são resumidas por Grinover, Scarance e Gomes Filho:

a) proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;

b) proibição de utilização de provas formadas fora do processo, ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;

c) obrigação do juiz, quando determine a realização de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, que devem ainda participar de sua produção e ter oportunidade de oferecer contraprova.

Em suma, como sintetizam os autores, “tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes” (...) “A concomitante presença de ambos – juiz e partes – na produção das provas é essencial à sua validade”.⁽²⁷⁾

7.1. A presença do juiz

Condição de validade da prova é que tenha se produzido em presença do juiz. Quer isso dizer que não poderá este utilizar-se para a formação de seu convencimento, exclusivamente de provas que hajam sido produzidas em procedimentos prévios, de cunho administrativo, sem a garantia do contraditório. Por isso é que, consoante tranqüila orientação jurisprudencial, não basta à condenação, a prova exclusiva do inquérito policial. Assim já proclamou o Egrégio STF: “Basear-se a sentença, para condenar, em prova colhida exclusivamente em inquérito policial implica em descumprir a garantia do contraditório, estabelecida no art. 153, § 16, da CF” (STF, RT 614/369). Em igual sentido: STF, RTJ 67/74, 145/802; TJSP, RT 666/274; TACrimSP, RT 479/358, 547/356; RJD 2/137, 16/132, 30/268, 32/275.

Todavia, encontrando a prova colhida no inquérito policial algum suporte na fase judicial, se tem reconhecido a sua validade. Nesse sentido: STF, RT 740/527 TJSP, RT 601/302, 611/353, 621/290, 622/276, 719/400.

7.2. A presença das partes

É também pacífico o entendimento de que inválida é a prova colhida sem a presença das partes. Mas a garantia não se cinge apenas ao direito de assistir à produção da prova, senão também de intervir em sua elaboração, e de contrariá-la. Confira-se, a propósito, os seguintes julgados:

“Para que a prova se produza de maneira a servir ao convencimento do juiz, às partes se deve assegurar efetiva participação na audiência de instrução, nomeando-se defensor ao réu que não o tiver, bem como requisitando-o se

preso estiver, sob pena de nulidade do ato” (TACrimSP – Ap. n.º 1.038.361/0 – 8ª C. – j. 9.1.1997 – Rel. Juiz Ericson Maranhão – RJD 35/112).

“Toda a prova que tenha sido produzida à revelia do adversário é, em regra geral, ineficaz. O sistema de regras do processo probatório é um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer o seu direito de fiscalização. O princípio dominante nesta matéria é que toda prova deve produzir-se com a interferência e com a possibilidade de oposição pela parte à qual se possa prejudicar” (TJSP – Ap. n.º 104.924-3/6 – 6ª C. – j. 30.10.1991 – Rel. Des. Márcio Bártoli – RT 689/330).

“Consubstancia desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa o indeferimento de pedido de realização de exame de DNA, formulado por réu denunciado por crimes contra a liberdade sexual, considerada como prova essencial para a negação de autoria” (STJ – HC – Rel. Min. Vicente Leal – DJU de 19.12.1997, pág. 67.534).

“A não concessão de prazo para a localização ou substituição de testemunha, nos termos do art. 405 do CPP, ofende o princípio da ampla defesa e implica nulidade do processo” (TJSP – Ap. n.º 89.019-3 – 5ª C. – j. 19.9.1990 – Rel. Des. Celso Limongi – RT 673/312).

“Ao magistrado não é dado dispensar testemunhas arroladas pelas partes, sob o argumento de que seria suspeitas de parcialidade sob pena de ocorrência de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade do feito, a partir de tal fato” (TACrimSP – Ap. n.º 638.729/9 – 4ª C. – j. 18.2.1991 – Rel. Juiz Passos de Freitas – RJD 11/68).

Nesse mesmo sentido: TACrimSP, RT 670/302 e 723/620.

7.3. Prova emprestada

Problema intimamente relacionado à questão do contraditório na produção das provas diz respeito à chamada prova emprestada. Por esta se deve entender aquela que é colhida em um processo e, depois, transportada documentalmente para outro, com a finalidade de, neste, produzir efeitos.

Como as provas em geral, também a chamada prova emprestada submete-se aos princípios constitucionais que regem a matéria. “Por isso mesmo”, escrevem Grinover, Scarance e Gomes Filho, “o primeiro requisito constitucional de admissibilidade da prova emprestada é o de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes ou, ao menos, em processo em que tenha figurado como parte aquele contra quem se pretende fazer valer a prova. Isso porque o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter

contado, naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário”.⁽²⁸⁾

Outro não tem sido o reiterado magistério de nossa jurisprudência:

“Havendo indícios de que a produção de provas não foi realizada sob a presidência do Juiz do processo, em ato do qual não participaram as partes, com patente inobservância do devido processo legal e do contraditório, a prova emprestada deve ser qualificada como ilícita, desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta, insusceptível de ser sanada por força da preclusão” (STJ – REsp – Rel. Min. Vicente Leal – RT 743/589).

“A prova emprestada somente poderá surtir efeito se originariamente colhida em processo entre as mesmas partes ou no qual figure como parte quem por ela será atingido. Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário” (TJSP – Ap. n.º 84.806-3 – 6ª C. – j. 21.11.1990 – Rel. Des. Reynaldo Ayrosa – RT 667/267).

8. Ônus da prova

A disciplina jurídica do *onus probandi*, segundo reconhecem os doutrinadores, constitui um dos problemas fundamentais do processo. Quem deve provar? Quais as conseqüências de não desicumbir-se a parte desse ônus, ou de fazê-lo de maneira insuficiente? Sobre essas questões assenta-se todo o problema do *onus probandi*, sobre o qual se tem debruçado os estudiosos ao longo dos séculos, formulando teorias e orientações diversas.

Sem pretender o retrospecto histórico do tema, incompatível com o escopo deste estudo, e limitando-nos ao exame da matéria no campo processual penal, partimos da regra inserta no art. 156 do Código de Processo Penal, que dispõe: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante”.

A regra, critica Greco Filho, “é manifestamente insatisfatória”. Por isso prefere o ilustre Professor a adoção do critério acolhido pelo Código de Processo Civil, “de que à acusação cabe a prova do fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito, que são as elementares do tipo e a autoria”.⁽²⁹⁾

Dispõe o art. 333 do nosso CPC que “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

Ora, a pretensão punitiva do Estado tem por fundamento um fato delituoso que se atribui a determinada pessoa, o acusado. Transportada aquela

regra ao processo penal, ter-se-á que ao Estado incumbirá a prova da existência do fato criminoso e de sua autoria, que embasam o *jus puniendi*. Ao acusado, de sua vez, caberá a demonstração de outros fatos que possam impedir, modificar ou extinguir aquele *jus puniendi*, como, por exemplo, as causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade.

Discorrendo sobre o tema, e analisando o dispositivo do art. 156 em combinação com o do art. 386, ambos do Código de Processo Penal, escreve Frederico Marques: “segundo estatui o texto legal por último citado, o réu será absolvido quando não houver prova da existência do fato (artigo 386, n° II), ou quando não existir prova de ter concorrido para a infração penal (artigo 386, n° IV). Deduz-se de ambos os preceitos que à parte acusadora incumbe fornecer os necessários meios de prova para a demonstração da existência do *corpus delicti* e da *autoria*. Daí se segue que todos os elementos constitutivos do tipo devem ter sua existência provada, ficando o *onus probandi*, no caso, para a acusação. Cabe a esta demonstrar, não só a chamada materialidade do crime (o que é função do auto de corpo de delito), como ainda os elementos subjetivos e normativos do tipo”.⁽³⁰⁾

Assim também se manifesta Tourinho Filho, segundo quem, “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”.⁽³¹⁾

Cumprido observar que, conquanto a prova do fato constitutivo do direito (*jus puniendi*) incumba à acusação, nem por isso se pode inferir não tenha o réu interesse em fazer contraprova desse fato constitutivo, ou prova de sua inexistência, alegando, por exemplo, um *álibi*. Volvendo à lição de Frederico Marques, “o artigo 386, n° I, do Código de Processo Penal, manda que se absolva o réu quando estiver provada a inexistência do fato. O ônus dessa prova pertence ao acusado. Certo é que o Ministério Público deve demonstrar a existência do fato; mas, por isso mesmo, o artigo 386, n° II fala em absolvição por “não haver prova da existência do fato”. Desde, porém, que o réu pretenda absolvição com base no citado artigo 386, n° I, que grandes reflexos têm sobre a responsabilidade civil (Código de Processo Penal, artigo 66), dele é o *onus probandi*”.⁽³²⁾

Ao réu também incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão punitiva do Estado, isto é, de fato que, a despeito da existência do fato constitutivo do *jus puniendi*, tem, no plano material, o condão de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão – são as excludentes.

Como sintetiza Tourinho Filho, “se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor...* Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade”.⁽³³⁾

Disso não decorre, entretanto, que não se desincumbindo o réu satisfatoriamente desse ônus, deva ser condenado. Havendo dúvida quanto à ilicitude ou quanto à culpabilidade de seu comportamento, ainda assim será absolvido, “por não existir prova suficiente para a condenação”, consoante prescreve o art. 386, inciso VI, do CPP. Como leciona Greco Filho, “o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor”.⁽³⁴⁾

Em igual sentido o magistério de Frederico Marques, com apoio em Robert Vouin: “ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido *secundum jus*. Não lhe cumpre, porém, como lembra Robert Vouin, trazer “uma prova plena e completa em apoio a sua defesa”, porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição “*pour la raison que le doute profite à l’inculpé*”, ao reverso do que se dá com a acusação, que somente pode ser procedente com provas decisivas, “*pour la raison que l’inculpé est presumé innocent*”.⁽³⁵⁾

8.1. Poderes instrutórios do juiz

De tudo quanto se expôs sobre o ônus da prova, não se infere, como escreve Magalhães Noronha, “que o juiz seja, no processo, um convidado de pedra, que a tudo assiste imóvel e inerte”.⁽³⁶⁾ Faculta-lhe, a segunda parte do art. 156 do CPP, durante a instrução e antes da sentença, determinar diligências para dirimir dúvidas sobre pontos essenciais.

Não quer isso dizer que inexistam, no processo penal, *onus probandi*. Exame atento do dispositivo evidencia que a lei atribui, primeiramente, a iniciativa probatória às partes, e, somente depois, em caráter supletivo ao juiz, para o fim de esclarecimento sobre dúvida relevante. Não é excessivo lembrar que o sistema adotado pela legislação pátria é o acusatório, e não inquisitivo. Daí os poderes instrutórios do juiz encontrar limites em sua obrigatoriedade imparcialidade, no contraditório e na equidistância em relação às partes. Como sintetiza Greco Filho, “postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não deve tornar-

se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou defesa”.⁽³⁷⁾

9. Apreciação ou valoração da prova

O direito à prova compreende, evidentemente, o direito à sua apreciação, ou valoração, pelo julgador, no momento da sentença. Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas pelo contraditório, devem ser objeto de análise e avaliação pelo juiz, sob pena de infringência ao mencionado princípio.

A apreciação ou valoração das provas, através da história, passou por diferentes fases. Dos sistemas idealizados, três merecem destaque: a) sistema da livre apreciação ou íntima convicção; b) sistema das provas legais; c) sistema da persuasão racional.

Consoante o primeiro sistema – da livre apreciação ou da convicção íntima – tem o juiz ampla liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independentemente do que conste dos autos, e sem a obrigação de fundamentar seu convencimento. Pode, por isso mesmo, valer-se de conhecimento particular que tenha sobre o caso, mesmo não havendo prova correspondente nos autos. Eis o inconveniente do sistema, e que enseja o arbítrio e a insegurança. Ainda hoje vigora, entre nós, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri, porquanto não fundamentam os jurados as razões de seu convencimento, tampouco importa como formam sua convicção. Aliás, sequer se conhece o conteúdo do voto de cada jurado.

O segundo sistema – das provas legais – é diametralmente oposto ao anterior. Cada prova tem seu peso e valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas. Na evolução história do processo, esse sistema representou a reação extremada ao sistema da convicção íntima, que se constituiu em instrumento de arbítrio, porque de nada valia a prova consistente e produzida corretamente se, ao depois, podia o juiz decidir *secundum conscientiam*. É desse sistema – das provas legais – a conhecida máxima *testis unus testis nullius*.

Desses dois sistemas evoluiu-se para um terceiro – o da persuasão racional –, livre do perigo do arbítrio judicial que o sistema da convicção íntima ensejava, e sem coarctar os movimentos do juiz no sentido de investigar a verdade, como se verificava no sistema das provas. Por este sistema, também conhecido por do livre convencimento, ou da livre convicção, mantém-se ao juiz a liberdade de apreciação e valoração das provas, mas vincula o seu con-

vencimento ao material probatório constante dos autos, e o obriga a fundamentar sua decisão.

Assim, por esse sistema, confere-se ao juiz a liberdade de apreciação das provas, isto é, não tem estas um valor predeterminado nem peso legal. Cada circunstância de fato será apreciada no contexto das demais provas e pode valer mais ou menos segundo o entendimento não preestabelecido do juiz (CPP, art. 157). Mas, de outro lado, o sistema limita esse convencimento a apreciação dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, segundo a máxima *quod non est in actis non est in mundo*. Com isso, tendo o juiz conhecimento pessoal dos fatos, deverá providenciar, com os poderes que tem (CPP, art. 156) a complementação da prova produzida pelas partes, submetendo-a (essa complementação) ao crivo do contraditório.

Por derradeiro, completa o sistema da persuasão racional, o dever de fundamentar o juiz a sua decisão, apresentando as razões de seu convencimento. Trata-se, em verdade, de garantia constitucionalmente exigida (CF, art. 93, inciso IX), que permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório carreado aos autos, e que os motivos levam logicamente à conclusão.

Tal é o sistema acolhido por nossa legislação, com a ressalva, como já ficou consignado, das decisões do Tribunal do Júri, cujos integrantes decidem por convicção íntima, exceção que se justifica pela soberania dos veredictos e sigilo das votações, conforme o texto expresso da Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXVIII).

Anote-se, por derradeiro, que apesar da liberdade conferida ao juiz para a apreciação e valoração das provas, ainda existem algumas regras de prova legal, como, por exemplo, a exigência de exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios (CPP, art. 158), bem como a submissão à prova civil no que diz respeito ao estado das pessoas (CPP, art. 155).

III. Prova ilícita

10. Limites ao direito à prova

Vimos anteriormente (item nº 7 supra) que o direito à prova, porque inserido nas garantias da ação e da defesa, e decorrente do princípio do contraditório, encontra agasalho na própria Constituição Federal. Nem por isso, todavia, é direito absoluto e ilimitado. E isso porque, com bem sintetizam Grinover, Scarance e Gomes Filho, “os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante a convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades

alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações”.⁽³⁸⁾

Assim, preservado, embora, o direito à prova, e que enseja a liberdade para a sua produção – não se concebendo um rol taxativo de provas legais – é imperioso que a atividade probatória, como de resto toda a atividade processual, atenda ao interesse social de realizar a justiça, e às exigências do bem comum de respeito à moralidade e à dignidade da pessoa humana.

Não por outra razão o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar estabelecem regras que consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos (CPC, art. 332) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (CPPM, art. 295).

Mas, acentuam os renomados autores, “é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos da personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”.⁽³⁹⁾

11. Provas ilícitas

É no confronto entre a defesa social e o respeito a direitos fundamentais que podem se ver afetados por aquela que se insere o inquietante tema das chamadas “provas ilícitas”.

“A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos)”, lecionam Grinover, Scarance e Gomes Filho, “enquadra-se na categoria da prova vedada” E, por esta se deve entender, consoante os ilustres autores, aquela “que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo”.⁽⁴⁰⁾

Ocorre, todavia, que a vedação pode estar estabelecida por uma lei processual, ou por uma norma material (constitucional ou penal), ou pode ainda decorrer de princípios gerais do direito. As vedações processuais têm por escopo a proteção de interesses relativos à lógica e à finalidade do processo. As provas que se produzirem em sua afronta, serão ditas ilegítimas. As proibições de natureza substancial, de sua vez, justificam-se pela tutela aos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. As provas que infringirem tais vedações são chamadas de ilícitas.

“Por prova ilícita, em sentido estrito”, resumem os ilustre Professores, “indicaremos a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade” (...) “Constituem, assim, provas ilícitas, as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc.”⁽⁴¹⁾

Em resumo, se pode considerar, como um conceito de provas ilícitas, aquele empregado pela Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça para a elaboração de propostas de reforma do CPP, ao conferir nova redação ao art. 157, assim formulada: “Serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais, e as delas resultantes” (DJU de 25.11.1994, pág. 17.860).

12. A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

O tema relativo à admissibilidade processual das provas ilícitas (ou obtidas por meios ilícitos) tem ensejado, tanto na doutrina como na jurisprudência, diversas orientações e, a despeito da adoção, entre nós, do princípio da inadmissibilidade, albergado na própria Constituição (CF, art. 5º, LVI), remanescem, ainda, alguns pontos de conflito.

Uma posição inicial admitia a prova relevante e pertinente, ainda que obtida ilicitamente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito praticado na colheita da prova. Entre nós, como apontam Grinover, Scarance e Gomes Filho, “na jurisprudência mais antiga era comum a admissão da confissão policial, mesmo viciada, se confirmada por outras provas – especialmente a efetiva apreensão do produto do crime por indicação do acusado, ainda que coagido: RT 441/413, 426/439, 429/379, 440/114, 402/237, 425/372 e 440/441”.⁽⁴²⁾

O pensamento doutrinário e, principalmente o jurisprudencial, todavia, demonstraram uma tendência evolutiva, passando da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas, até que se alcançou a convicção de que tais provas devem ser banidas do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por elas demonstrados. Essa evolução veio retratada, entre nós, por três decisões do Supremo Tribunal Federal que repudiaram a interceptação telefônica clandestina.

“A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separa-

ção judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.6.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva (RTJ 110/798). (...) Finalmente, e agora em processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47)”.⁽⁴³⁾

Consolidou-se a inadmissibilidade das provas ilícitas com a Constituição de 1988, ao dispor, em seu art. 5º, inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A partir de então, firmou-se em nossas Cortes a absoluta inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos com a orientação de que, quando assim reconhecidas, devem ser desentranhadas dos autos. Confira-se, a propósito:

“Denúncia baseada em prova documental suficiente, além daquela contra a qual se insurge a impetração (escuta telefônica). Pedido deferido, em parte, para determinar sejam extraídas dos autos as degravações irregularmente obtidas” (STF – 1ª T. – HC – j. 8.4.1996 – Rel. Min. Octavio Gallotti – RTJ 162/366).

“São ilícitas as provas obtidas mediante quebra do sigilo bancário sem autorização da autoridade judiciária competente. Desentranhamento dos autos” (STJ – 5ª T. – HC nº 4.927 – j. 23.9.1996 – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU de 4.11.1996, pág. 42.489).

Ainda no sentido do desentranhamento da prova ilícita: STF, RTJ 162/3; 164/1.010; ED nº 731-9, j. 22.5.96, DJU de 7.6.1996, pág. 19.857; STJ, RMS nº 8.559, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 12.6.1998, DJU de 3.8.1998, pág. 328.

13. A teoria da proporcionalidade e a prova ilícita *pro reo*

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pois, é a regra, constituindo a orientação francamente dominante. Sem embargo, porém, dessa realidade, já se esboça, em doutrina e mesmo na jurisprudência, uma orientação de não se emprestar ao princípio um caráter absoluto, a superar outros direitos, também constitucionalmente amparados.

Trata-se aqui da chamada teoria da proporcionalidade, desenvolvida por tribunais alemães, e que não reconhece valor inquebrantável à vedação das provas ilícitas. Assim, em caráter excepcional, em casos extremamente graves se pode admitir a prova ilícita, quando necessária ao equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

A teoria ganha ainda mais relevo e aceitação quase que unânime quando se tratar da utilização, em processo penal, da prova favorável ao réu, ainda que coligida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Sobre o tema assim se manifesta Tourinho Filho: “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. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene retentum*” (...) “É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo “es un valor más importante para la sociedad” que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arrepi da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele”.⁽⁴⁴⁾

Esse também é o pensar de Greco Filho: “...Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inc. LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse”.⁽⁴⁵⁾

Outra não é a orientação acolhida por Grinover, Scarance e Gomes Filho: “Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei” (...) “Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade”.⁽⁴⁶⁾

Como consignou-se de início, a teoria tem encontrado acolhida em nossas Cortes:

“A gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a al-

guns direitos por ela conferidos, no caso o direito à intimidade” (STJ – RHC – Rel. Min. Edson Vidigal – j. 28.4.1998 – RT 755/580).

“É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista” (STF – Plenário – HC n° 75.338-8 – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 11.03.1998 – RT 759/507).

“Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem conhecimento do outro, quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de conseqüência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)” (STF – 1ª T. – HC n° 74.678-1 – Rel. Min. Moreira Alves – j. 10.6.1997 – DJU de 15.8.1997, pág. 37.036).

Em igual sentido: STF, HC n° 75.261-6, Rel. Min Octavio Gallotti, j. 24.6.1997, DJU de 22.8.1997, pág. 38.764; STJ, RMS n° 6.129, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 12.8.1996, pág. 27.492; HC n° 4.138, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 27.5.1996, pág. 17.917; TJSP, RT 693/341.

14. Provas ilícitas por derivação

Outra questão tormentosa diz respeito às denominadas “provas ilícitas por derivação”, aquelas que, conquanto lícitas, em si mesmas, se tenham originado de uma outra, ilicitamente obtida. São clássicos os exemplos da confissão extraída mediante tortura, em que o acusado indica o local onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido, e da interceptação telefônica clandestina, através da qual se descobre o local onde está o entorpecente, depois regularmente apreendido.

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e, pois, mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, situa-se a chamada “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), desenvolvida pela Suprema Corte Americana, e segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a obtenção ilícita da informação se projeta sobre as diligências subseqüentes, aparentemente legais, maculando-as e a elas transmitindo o estigma da ilicitude penal.

A orientação vem sendo sufragada pelo nosso Pretório Excelso:

“Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF (‘É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’), o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina dos ‘frutos da árvore envenenada’, concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, párr. ún.), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente – ao qual se chegara exclusivamente em razão da escuta –, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria ‘contaminado’ pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiam o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – devia ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912/RS (DJU 26.11.1993) e HC 73.351/SP” (STF – TP – HC nº 72.588 – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 9.5.1996 – Inf. STF de 10 a 14.6.1996).

Sobre o tema, acolhendo a doutrina do *fruits of poisonous tree*: STF, RTJ 155/508, 163/682.

“No entanto”, lecionam Grinover, Scarance e Gomes Filho, “é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo”.⁽⁴⁷⁾

Essa também parece ser a orientação que se vai firmando nos Tribunais pátrios, consoante se infere dos seguintes julgados:

“A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e dela não

decorrentes, integram o conjunto probatório. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia, porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício da inconstitucionalidade” (STF – 2ª T. – RHC – j. 22.4.1997 – Rel. Min. Maurício Corrêa – RTJ 164/1.010).

“Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a licitude da persecução criminal. A prova ilícita caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal” (STF – 2ª T. – HC – j. 22.4.1997 – RTJ 164/975).

“Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar à verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria da árvore envenenada” (STJ – 6ª T. – HC nº 5.062 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 10.12.1996 – DJU de 1º.6.1998, págs. 184-185).

Em igual sentido: STF, RTJ 163/309, 164/950; STJ, RSTJ 97/389.

BIBLIOGRAFIA

De Plácido e Silva. “Vocabulário Jurídico”. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª ed., 1967. Vol. III.

Greco Filho, Vicente. “Manual de Processo Penal”. São Paulo. Ed. Saraiva, 5ª ed., 1998.

Grinover, Ada P., **Fernandes**, Antônio Scarance, **Gomes Filho**, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. São Paulo: Ed. RT, 6ª ed., 1998.

Leite, Eduardo de Oliveira. “A Monografia Jurídica”. São Paulo: Ed. RT, 3ª ed., 1997.

Marques, José Frederico. “Elementos de Direito Processual Penal”. Campinas: Bookseller, 1997. Vols. I e II.

_____. “Instituições de Direito Processual Civil”. Campinas: Millennium Editora, 1ª edição atualizada, 2000. Vol. III.

Noronha, Edgar Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 1983.

Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª ed., 1983. 2º Vol.

Silva, Marco Antonio Marques da. Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3º Vol.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) DE PLÁCIDO E SILVA. “Vocabulário Jurídico”. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª ed., 1967. Vol. III, pág. 1.253.

- (2) EUGENIO FLORIAN. “*Delle Prove Penale*”, 1921. Vol. 1º, pág. 2. *Apud* E. MAGALHÃES NORONHA. “Curso de Direito Processual Penal”. São Paulo: Ed. Saraiva, 15ª ed., 1983, pág. 87.
- (3) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. “Processo Penal”. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3º Vol., pág. 220.
- (4) MOACYR AMARAL SANTOS. “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”. São Paulo: Ed. Saraiva, 9ª ed., 1984. 2º Vol., pág. 331.
- (5) FRANCESCO CARNELUTTI. “*Lecciones sobre el Proceso Penal*”. Trad. espanhola, 1950. Vol. II, pág. 162. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições de Direito Processual Civil”. Campinas: Millennium, 1ª ed. atualizada, 2.000. Vol. III, pág. 318. Assim também em “Elementos de Direito Processual Penal”. Campinas: Bookseller, 1997. Vol. I, pág. 148.
- (6) JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”..., Vol. II, págs. 249-250. Assim também em “Instituições”..., Vol. III, págs. 318-319.
- (7) PAULO CUNHA. “Processo Comum de Declaração”, 1944. Vol. II, pág. 63. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”..., págs. 319-320. Assim também em “Elementos”..., pág. 250.
- (8) JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”..., pág. 254.
- (9) VICENTE GRECO FILHO. “Manual de Processo Penal”. São Paulo: Ed. Saraiva, 5ª ed., 1998, pág. 197.
- (10) MIGUEL FENECH. “*Derecho Procesal Penal*”, 1952. Vol. I, pág. 727. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”..., pág. 255. Assim também E. MAGALHÃES NORONHA. Ob. cit., pág. 88.
- (11) MOACYR AMARAL SANTOS. Ob. cit., pág. 339.
- (12) PONTES DE MIRANDA. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1947. Vol. II, pág. 155. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”... Vol. III, pág. 336.
- (13) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. “As Nulidades no Processo Penal”. São Paulo: Ed. RT, 6ª ed., 1998, pág. 118.
- (14) *Apud* TOURINHO FILHO. Ob. cit., pág. 223.
- (15) VICENTE GRECO FILHO. Ob. cit., pág. 199.
- (16) FRANCESCO CARNELUTTI. “*Sistema di Diritto Processuale Civile*”, 1936. Vol. I, pág. 746. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições” ...Vol. III, pág. 337. Assim também em “Elementos”...Vol. II, pág. 255.
- (17) MOACYR AMARAL SANTOS. Ob. cit., págs. 331-333.
- (18) JOÃO MENDES JÚNIOR. “Direito Judiciário Brasileiro”, 1918, pág. 208. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”... Vol. III, pág. 338.
- (19) VICENTE DE AZEVEDO. “Curso de Direito Judiciário Penal”, 1958. Vol. II, pág. 10. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”... Vol. II, pág. 256.
- (20) MOACYR AMARAL SANTOS. Ob. cit., pág. 333. JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Instituições”... Vol. III, pág. 337.
- (21) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 74.
- (22) JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA. “A Contrariedade na Instrução Criminal”. 1937. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”... Vol. I, pág. 87.
- (23) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 75.
- (24) MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA. “Juizados Especiais Criminais”. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, pág. 46.
- (25) MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA. Ob. cit., págs. 48-49.
- (26) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 119.
- (27) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 120.

- (28) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 123.
- (29) VICENTE GRECO FILHO. Ob. cit., pág. 205.
- (30) JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”... Vol. II, pág. 265.
- (31) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. Ob. cit., pág. 236.
- (32) JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”... Vol. II, pág. 266.
- (33) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. Ob. cit., pág. 237.
- (34) VICENTE GRECO FILHO. Ob. cit., págs. 205-206.
- (35) ROBERT VOUIN. “*Manuel de Droit Criminel*”, 1949, pág. 317. *Apud* JOSÉ FREDERICO MARQUES. “Elementos”... Vol. II, pág. 267.
- (36) E. MAGALHÃES NORONHA. Ob. cit., pág. 90.
- (37) VICENTE GRECO FILHO. Ob. cit., pág. 217.
- (38) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., págs. 127-128.
- (39) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 128.
- (40) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 131.
- (41) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., págs. 131-132.
- (42) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 137.
- (43) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 137. No mesmo sentido veja-se FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. Ob. cit., págs. 231-232.
- (44) FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. Ob. cit., pág. 234.
- (45) VICENTE GRECO FILHO. Ob. cit., págs. 200-201.
- (46) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., pág. 135.
- (47) ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO. Ob. cit., págs. 135-136.