

PROVAS – PARTE GERAL II

Quando se produzem provas no processo penal, busca-se a verdade. No entanto, trata-se da verdade possível, em razão de algumas limitações, entre elas a proibição da produção de provas ilícitas no ordenamento jurídico. Essa regra está expressa no artigo 157 do Código de Processo Penal.

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

O ordenamento jurídico é tão contrário ao uso de provas e medidas ilícitas que não apenas determina que o juiz as desconsidere ao proferir a decisão, mas também impõe o dever de desentranhá-las do processo, a fim de evitar qualquer risco de influência indevida sobre o julgador.

Outro ponto importante previsto no artigo 157, *caput*, é que ele estabelece a inadmissibilidade das provas ilícitas, definindo-as como aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. A doutrina, por sua vez, realiza uma diferenciação dentro da ilicitude das provas, classificando o gênero como “prova proibida”, também denominada “vedada” ou “inadmissível”.

- Prova proibida (vedada ou inadmissível)
 - Prova ilícita
 - Prova ilegítima

A doutrina classifica as provas proibidas em duas espécies: provas ilícitas e provas ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas produzidas em violação ao direito material, seja ele previsto na lei ou na Constituição. Já as provas ilegítimas são aquelas obtidas em desrespeito ao direito processual, também chamado de direito instrumental.

Sabe-se que a Constituição proíbe expressamente a prática de tortura. Assim, uma confissão obtida mediante tortura constitui, sem dúvida, uma prova ilícita, pois foi produzida em desconformidade com o direito material. Por essa razão, deve ser desentranhada do processo.

Surge, então, uma discussão: quando o Código de Processo Penal trata apenas das provas ilícitas, estaria ele se referindo exclusivamente às provas obtidas em violação ao direito material, devendo apenas estas serem desentranhadas? Ou o legislador não teria sido tão técnico, permitindo que também as provas ilegítimas, produzidas em desconformidade com o direito processual, fossem retiradas dos autos?

Por exemplo, imagine-se um reconhecimento do réu realizado sem observância do procedimento específico previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal. Nesse caso,

questiona-se: seria necessário desentranhar essa prova ou ela deveria permanecer no processo, cabendo ao juiz avaliar, no caso concreto, o valor que lhe será atribuído?

Para resolver essa controvérsia, há duas correntes doutrinárias. Uma sustenta que o Código de Processo Penal não foi técnico ao empregar a expressão “provas ilícitas”, utilizando-a em sentido amplo, como sinônimo de provas proibidas. Portanto, tanto as ilícitas propriamente ditas quanto as ilegítimas deveriam ser desentranhadas do processo.

A outra corrente, por sua vez, entende que o Código se referiu apenas às provas ilícitas, aquelas produzidas em violação ao direito material. As provas ilegítimas, obtidas em desrespeito ao direito processual, poderiam permanecer nos autos, cabendo ao julgador atribuir-lhes o devido valor no momento da decisão.

Na jurisprudência, observa-se uma preponderância da segunda corrente. Assim, as provas ilícitas devem ser desentranhadas, enquanto as provas ilegítimas permanecem nos autos para que o julgador avalie seu valor no caso concreto. Quando há apenas violação de norma instrumental ou processual, a prova pode ser mantida, cabendo ao juiz ponderar sobre sua relevância. Nesses casos, não se trata propriamente de uma ilicitude que exija a retirada da prova do processo.

Vale ressaltar que algumas provas, embora aparentem violar apenas o direito processual, podem configurar uma dupla violação. Se também houver ofensa ao direito material, a prova será considerada ilícita e deverá ser desentranhada do processo, sem qualquer dúvida.

Art. 157. (...)

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

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305)

A intenção do legislador, nesse caso, foi evitar que o juiz, ao ter contato com uma prova reconhecida como ilícita e determinada para desentranhamento, fosse influenciado por ela. Argumenta-se que o juiz, após visualizar a prova, não teria como “desver” o seu conteúdo, o que poderia interferir na imparcialidade de sua sentença. Por exemplo, se o réu confessou sob tortura, o juiz poderia, ainda que inconscientemente, considerar essa confissão ao decidir.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal declarou esse dispositivo inconstitucional. O entendimento da Corte é de que não se pode presumir que o juiz deixará de agir de forma técnica e imparcial. O magistrado deve fundamentar sua decisão exclusivamente com base nas provas produzidas lícitamente nos autos. Além disso, o Supremo entendeu que a aplicação desse dispositivo violaria o princípio do juiz natural, pois afastaria o juiz



5m

competente, definido pelas regras constitucionais e legais, em razão de uma modificação legislativa sem justificativa válida.

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA OU DO EFEITO À DISTÂNCIA

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (...)

Atualmente, essa teoria encontra-se expressamente prevista no Código de Processo Penal, embora não estivesse anteriormente. De acordo com essa concepção, se a árvore está envenenada, seus frutos também estarão contaminados. Assim, as provas derivadas de provas ilícitas são igualmente inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo e inutilizadas.

Ao se considerar o exemplo da tortura, imagine-se que o indivíduo, após ser torturado, confesse o crime e indique o local onde se encontra a prova material. Se essa prova foi descoberta exclusivamente em razão da confissão obtida por meio ilícito, há uma cadeia de irregularidades: uma conduta ilícita originou outra, que, por sua vez, gerou uma terceira. Por essa razão, as provas derivadas das ilícitas também são inadmissíveis.

Entretanto, existem exceções aplicáveis a essa regra, permitindo, em alguns casos, a utilização de provas derivadas de ilícitas.



10m

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO – HÁ EXCEÇÕES?

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou (...)

Quando ocorre uma quebra de relação, não há nexo de causalidade entre uma prova e outra. Se inexistir ligação, não faz sentido afirmar que essa nova prova seja inválida.

Por exemplo, imagine-se que um indivíduo tenha sido torturado para confessar a prática de um crime. Apesar da tortura, permaneceu em silêncio o tempo todo, resistindo sem dizer nada. Posteriormente, outra prova foi obtida de forma totalmente independente, sem qualquer vínculo com a tortura. Nesse caso, não há relação causal entre as duas situações. Esse raciocínio se aproxima do conceito de fonte independente, frequentemente mencionado também pela jurisprudência.

Considere ainda o seguinte cenário: policiais, ao passarem por determinado local, observam uma casa e comentam entre si que ali mora um indivíduo já conhecido por envolvimento com crimes anteriores. Supõem, sem qualquer base concreta, que ele esteja traficando drogas e decidem entrar na residência, alegando situação de flagrante delito por crime permanente. No entanto, para ingressar em domicílio e efetuar prisões ou apreensões,

mesmo em casos de crime permanente, é necessário haver fundadas razões previamente identificadas. A simples suposição não basta. Assim, a prova obtida com essa invasão é ilícita, pois viola o direito constitucional à inviolabilidade domiciliar.

Durante a busca, os policiais encontraram drogas e anotações que indicavam a participação de outras pessoas, residentes em casas próximas, no tráfico. Com base nessas informações, resolveram entrar nessas outras residências, agora com fundadas razões, mas fundadas em uma ilicitude anterior. Logo, a prova produzida foi derivada da ilícita, estando contaminada.

Entretanto, no mesmo contexto, já havia interceptações telefônicas regularmente autorizadas por um juiz, a pedido de outra equipe policial, que investigava o tráfico na região. Com base nessas interceptações, foi expedido mandado de busca e apreensão, e os agentes localizaram drogas na casa do mesmo indivíduo. Nesse caso, a descoberta resultou de uma fonte independente, pois a origem da prova não decorreu da invasão ilícita, mas de uma investigação autônoma e legalmente fundamentada.

Dessa forma, mesmo que uma das provas tenha sido obtida de forma ilícita, a ação penal pode ser mantida, pois a outra prova deriva de uma fonte independente, o que permite sua utilização legítima no processo.

TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

§ 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.

A teoria da descoberta inevitável, adotada em nosso ordenamento jurídico, assemelha-se à teoria da fonte independente, embora possua distinções importantes.

Na fonte independente, como no exemplo anteriormente analisado, os policiais agiram de forma irregular em um momento, produzindo uma prova ilícita, mas havia outra investigação autônoma, conduzida de maneira lícita, capaz de comprovar a materialidade e a autoria delitiva.

Na descoberta inevitável, diferentemente, há uma ilicitude já configurada, mas também existe a possibilidade concreta de que a prova fosse obtida de forma lícita, ainda que isso ainda não tenha ocorrido.

O exemplo clássico vem da doutrina e da jurisprudência norte-americanas: um indivíduo é suspeito de envolvimento no desaparecimento de uma mulher. Enquanto a população local se organiza para realizar buscas em determinada área com um trajeto previamente definido, a polícia, simultaneamente, prende e tortura o suspeito para obter informações. Sob coação, ele confessa o crime e indica o local onde o corpo da vítima foi deixado.



15m

A polícia vai até o local e encontra o corpo. No entanto, as equipes de busca, que seguiam o trajeto combinado, inevitavelmente chegariam ao mesmo ponto, onde o corpo se encontrava, pois a área estava dentro do percurso planejado.

Assim, ainda que a confissão tenha sido obtida por meio ilícito (tortura), o encontro do corpo não é considerado prova ilícita, pois seria descoberto de qualquer forma. Trata-se, portanto, de uma descoberta inevitável, que rompe o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada.



20m

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

- Prova ilícita – em favor do réu
- Teoria do risco – câmeras de vigilância

Há, no ordenamento jurídico, uma única possibilidade: a utilização da prova ilícita em favor do réu. Assim, em matéria de defesa, aquele que busca provar sua inocência pode se valer de uma prova produzida ilicitamente. No entanto, em desfavor do réu, em prol da acusação, isso não pode ocorrer de forma alguma.

Outra discussão relevante diz respeito às câmeras de vigilância. Nesses casos, o acusado pode alegar que não autorizou o uso de imagens que o registraram, invocando o direito à proteção da própria imagem. Contudo, tal argumento não se sustenta diante da chamada teoria do risco.

Atualmente, é de conhecimento geral a existência de câmeras espalhadas em diversos locais, inclusive em ambientes públicos. As próprias pessoas, muitas vezes, funcionam como “câmeras ambulantes”, utilizando celulares, câmeras em capacetes, entre outros dispositivos. Assim, adota-se a teoria do risco: a partir do momento em que o indivíduo decide praticar um crime em ambiente público, ele assume o risco de ser filmado e posteriormente identificado. Portanto, não há que se falar em ilicitude da prova produzida nesses moldes.

TEORIA DO ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS – TEORIA DA SERENDIPIDADE

- Serendipidade objetiva
- Serendipidade subjetiva

A teoria da serendipidade busca afastar, por um lado, a chamada pesca predatória (*fishing expedition*) e, por outro, reconhecer a possibilidade de obtenção fortuita de provas. É relativamente comum que, no curso de uma investigação, a polícia se depare com elementos probatórios que não estavam originalmente no objeto da apuração. No entanto, deve-se distinguir as situações legítimas das ilegítimas.

Um exemplo de pesca predatória ocorre quando, durante uma interceptação telefônica, são incluídos números que não guardam relação com o objeto da investigação. Nesses casos, o objetivo é aproveitar a autorização judicial concedida para interceptar outros indivíduos, sem vínculo com a investigação original, na tentativa de obter novas provas. Essa prática é expressamente vedada.

Outro exemplo diz respeito ao cumprimento de mandado de busca e apreensão. Suponha-se que a ordem judicial determine a apreensão de um veículo específico, objeto de crime de receptação, em determinado endereço. A polícia, ao cumprir o mandado, encontra o veículo na garagem, mas também localiza drogas ou armas em outros cômodos. Como o objeto da ordem era o veículo, não seria legítimo procurar provas em armários ou gavetas, o que configuraria pesca predatória, situação inadmissível.

Por outro lado, aplica-se a teoria da serendipidade quando o encontro de provas é fortuito. Por exemplo, em uma interceptação telefônica regularmente autorizada para investigar tráfico de drogas, os investigados passam a mencionar um crime de sequestro. Nesse caso, há o surgimento de um novo fato criminoso, não previsto inicialmente. Trata-se de serendipidade objetiva, pois o objeto da investigação se amplia.

Já na serendipidade subjetiva, surgem novos investigados. Assim, ao interceptar as comunicações de A e B, descobre-se o envolvimento de C, D, E e F, identificados a partir das conversas.

A mesma lógica aplica-se à busca e apreensão. Se a ordem judicial visa apreender drogas, é natural que os agentes abram portas, armários e gavetas. Caso encontrem armas ou documentos relacionados a outros crimes, o achado é considerado um encontro fortuito de provas, ou seja, uma prova lícita, já que não havia intenção deliberada de procurar elementos estranhos à investigação.

Por fim, quanto à prova emprestada, trata-se da utilização, em um processo, de prova já produzida em outro, seja ele criminal, cível ou de outra natureza. Por exemplo, em uma ação penal, pode-se empregar um contrato obtido em processo cível, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa.

PROVA EMPRESTADA

CONTRADITÓRIO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido da admissibilidade de prova emprestada, ainda que produzida em processo no qual o réu não tenha sido parte, desde franqueado o contraditório de forma efetiva. Nesse contexto, o Tribunal a quo, ao analisar a questão, expressamente registrou que “No que se refere a prova emprestada acostada aos autos originários, destaco que: 1. É realmente possível que o Ministério ao



25m

Ministério Público proceda a juntada de documentos, não havendo que se falar em prejuízo se fora devidamente observado o contraditório, com o efetivo conhecimento por parte da defesa, como no caso apreciado” (e-STJ fl. 20). 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 948.115/ES, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/11/2024, DJe de 6/11/2024.)

Surge a questão sobre como haver contraditório quando o réu não foi parte no processo de origem. Imagine-se o processo A, de onde se retira a prova, e o processo B, que é a ação penal em curso, na qual figura o réu X. Nessa ação penal, é utilizada uma prova emprestada do processo A.

A prova emprestada chega ao novo processo na forma de um documento, por exemplo, a oitiva de uma testemunha. É evidente que o réu não pôde exercer o contraditório durante a produção dessa prova, pois não era parte no processo anterior e sequer tinha ciência da sua existência. Contudo, como o conteúdo está devidamente transcrito, documentado ou gravado, ele é incorporado ao novo processo.

Nesse momento, o réu passa a ter a oportunidade de exercer o contraditório sobre a prova, ainda que não no momento da produção da prova. Trata-se, portanto, de um contraditório diferido, ou seja, não realizado de forma imediata, mas assegurado posteriormente, no processo em que a prova é aproveitada.



30m

Este material foi elaborado pela equipe pedagógica do Gran Concursos, de acordo com a aula preparada e ministrada pela professora Francisca Danielle Vieira Rolim Mesquita.

A presente gravação tem como objetivo auxiliar no acompanhamento e na revisão do conteúdo ministrado na videoaula. Não recomendamos a substituição do estudo em vídeo pela leitura exclusiva deste material.
