WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

O Direito e o Dever de Provar no Processo Penal

Mary Mansoldo[1]
Março/2011

Resumo:

Trata-se de um esboço teórico e didático que visa o estudo do direito e do dever de provar no Processo Penal. Após sucinto histórico sobre a evolução do ônus probatório, adentra-se aos procedimentos e entendimentos da atualidade. Sendo apresentado, por fim, considerações finais do estudo realizado sobre tema tão relevante e determinante nas sentenças judiciais.

Palavras-chave: Processo Penal. Direito à Prova. Teoria da prova. Ônus probatório.

Abstract:

This is a theoretical outline and teaching aimed at the study of right and duty to prove in Criminal Procedure. After brief background on the evolution of the evidential burden, it penetrates to the procedures and understandings of today. Being presented, finally, concluding remarks on the study topic as relevant and decisive in court rulings.

Keywords: Criminal Procedure. Right to trial. Proof theory. Evidential burden.

Sumário:

1 Introdução. 2 Histórico sucinto sobre o ônus probatório. 2.1 Teorias modernas 3 Atualidade. Direito à prova. Ônus probatório. 4 Sistemas de apreciação ou valoração da Prova. 5 A prova no Processo Penal. 5.1 Aspectos gerais da prova. 5.1.1 Provas ilícitas. 5.2 Meios de provas 5.3 Indícios. Presunção legal. Regras de experiência. 5.3.1 Prova *prima facie.* 5.4 Momentos da prova. 6 Considerações finais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

1 Introdução

Faz-se necessária a captura psíquica do juiz, ou seja, as partes interessadas e, logicamente, envolvidas ao processo, devem convencer o juiz, fazê-lo crer na veracidade probatória. Assim, entende-se a função da prova no Direito Processual Brasileiro.

As provas são introduzidas ao Processo Penal com o objetivo de apresentar ao juiz a verdade real, mas, a prova juntada aos autos passa a constituir a verdade formal, processual. Neste aspecto, a verdade real parece ficar distante, perdida no passado, pois, em relação às provas penais, existe a tentativa de reaver um fato criminoso histórico e muitas vezes, com seus vestígios apagados, escondidos a "sete chaves". Afinal, o indivíduo que comete um crime não faz questão de "publicá-lo".

O juiz, por sua vez, com a verdade processual em mãos, não deve desistir da busca pela verdade real (ciente de que esta não será absoluta), assim, tudo começa por requerimentos iniciais e uma instrução probatória que, sem dúvida, será a porta principal para uma sentença de condenação ou absolvição (entre outras possíveis consequências).

Sem dúvida, a prova é um meio de convencer o juiz, porém, esta conclusão, torna-se simplista em demasiado, sendo que, a prova pertence ao processo, às partes e possui uma missão fundamental em relação à sociedade e, dentro de seu regramento processual, representa um Direito Fundamental do homem, pois, o Direito à Prova é um direito ao contraditório, a ampla defesa, a paridade das armas, a dignidade da pessoa humana, entre tantos outros princípios e garantias constitucionais.

Esta visão ampliada dos objetivos e finalidades da prova é muito proveitosa ao operador de direito. Que deve estar totalmente atento à atividade probatória processual. E todos os meios utilizados na instrução devem ser selecionados, preparados e produzidos de maneira responsável e criteriosa.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Pois bem, os procedimentos probatórios são determinados por regras legais, se não forem seguidos, a prova, dependendo do caso, não será valorada pelo juiz.

Pelos interesses públicos do processo criminal, de um lado existe a necessidade social da repressão penal e de outro lado existe o Direito à Liberdade, é compreensível um regramento rigoroso.

Por todos estes motivos, conclui-se que a prova é o alicerce na construção da decisão judicial, assim, faz-se necessário, em primeiro lugar, o conhecimento da história, do passado que deixou herança. Em segundo lugar, é possível entender a Teoria da Prova atual com as devidas relevâncias.

Neste esboço teórico, não serão estudadas as provas em espécie, mas, a base teórica e estrutural das provas no Processo Penal. Certamente, sem o objetivo de esgotar o assunto, porém, visando à contribuição analítica e didática sobre tema tão importante nas demandas judiciais, portanto, fundamental aos operadores do direito.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

2 Histórico sucinto sobre o ônus probatório

Antes de adentrarmos as questões históricas específicas do ônus probatório e salutar a lembrança da origem da prova nos primórdios bíblicos.

> *Duas mulheres reivindicavam ser a mãe de um menino vivo. Salomão sentenciou: o menino será cortado ao meio e as metades serão dadas às duas mulheres. Com esta sentença, uma das mulheres renunciou ao direito. Salomão, em sua sabedoria, pela atitude desta mulher, entendeu que esta era a verdadeira mãe e entregou-lhe o filho.*

Em histórias que relatam situações inusitadas como esta, o direito tem suas raízes. Na atualidade, no dia-a-dia agitado do mundo jurídico, tais origens não são lembradas. Trabalha-se com o que se tem e com o que está pronto, mas, na realidade, com o que a evolução histórica construiu.

Neste relato histórico, observa-se o juiz Salomão tendo em suas mãos vidas de indivíduos e aplicando sua sabedoria divina para direcionar futuros de maneira determinante. A prova aceita por Salomão foi subjetiva e não objetiva. A subjetividade mencionada se refere aos sentimentos e experiências pessoais do próprio juiz Salomão que, ao pensar: *"uma verdadeira mãe não aguentaria a dor de ver seu filho sendo cortado ao meio"*, aplicou sua técnica e com o resultado alcançado, sentiu-se convencido para decidir o conflito. E, assim, o fez.

****

Iniciando um breve histórico sobre o ônus probatório, observa-se que no direito romano clássico a prova era incumbida àquele que a alegava. O ônus probatório, inicialmente, pertencia ao autor. Nos brocardos romanos este direcionamento era especificado, como por exemplo: *"actore non probante, reus absolvitur"* (se o autor não fizer prova, absolve-se o réu) e *"probatio incubit qui dicet, non qui negat"* (a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega), entre tantos outros. Nesta época, houve influência grega, por exemplo, em relação às provas documentais.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Em Roma, a igreja foi criando o direito canônico que seguiu os mesmos preceitos do direito romano em relação ao ônus probatório, porém, inovando em outros aspectos.

No direito germânico houve uma inversão desta concepção. Geralmente, o ônus da prova era incumbido ao réu. A prova, neste período, tinha um caráter formal, absoluto e determinava o pré-julgamento da causa.

No período medieval os princípios e as concepções do Direito Romano são preservados e utilizados, porém, com adaptações.

Com o ressurgimento do direito romano, retorna o ônus probatório ao autor, porém, acrescentando limitação na atividade judicial, segundo a regra *"udex debet iudicare secundum allegata et probata partium"* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes).

O direito português foi muito influenciado pelo direito romano, no qual predominava o princípio de que o ônus probatório incumbia ao autor, pois, este teria a obrigação de provar o que afirmava e se não houvesse prova do alegado, o réu seria absolvido, por mais que nada alegasse.

Mas, tal influência não durou muito tempo. Os princípios básicos das velhas ordenações foram privilegiados. Passando a ser incumbência de ambas às partes o fornecimento dos elementos probatórios de suas alegações, dando ao juiz o poder de participar ativamente da instrução do processo, podendo ordenar de *ex officio* a diligência que julgasse necessária.

Os princípios de repartição do ônus da prova esboçados nas velhas ordenações, bem como, a distinção entre os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos foram incluídos no direito processual brasileiro.

Com o passar do tempo, acentuou-se a tendência do fortalecimento da atuação do juiz na fase instrutória do processo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

2.1 Teorias modernas

As teorias modernas foram fundamentais na estruturação do direito à prova atual. Assim, destacam-se alguns teóricos e as ideias defendidas.

Por Chiovenda é exposto o critério de interesse, ou seja, critérios de mera oportunidade, onde prova quem tem interesse.

Se opondo a esta teoria, Carnelutti salienta que o interesse da prova é bilateral, portanto, o ônus da prova não pode fundar-se no interesse de provar, mas sim, no interesse de afirmar certo fato, assim, incumbindo ao autor os fatos constitutivos e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Esta afirmação de Carnelutti foi considerada por alguns teóricos como ambígua, pois, o réu não tem o ônus da prova, mas, o interesse de apresentar contraprovas.

O ônus da prova foi classificado como subjetivo e objetivo. No primeiro caso o ônus é das partes e no segundo caso não importa quem apresentou a prova, devendo o juiz levar em consideração toda prova pertinente ao caso concreto. Porém, em contrapartida, o termo ônus objetivo foi considerado impróprio, sendo que, o juiz não tem o ônus da prova.

Neste aspecto, salienta-se o Princípio da Comunhão das Provas, pois, as provas que constam nos autos interessam as partes, independentemente de quem as produziu, sendo a função principal da prova o convencimento do magistrado para obter a procedência ou a improcedência do pedido.

Por esta herança cultural e influências teóricas, a atualidade se mostra, naturalmente, uma consequência desta evolução histórica, feitas as adaptações condizentes. E, após esta estruturação lógica ocasionada pelos conhecimentos do passado, adentra-se aos conhecimentos atuais da teoria e da prática processual probatória.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

3 Atualidade. Direito à prova. Ônus probatório

O direito à prova é um direito garantido pela Constituição Federal Brasileira, inclui-se no rol dos Direitos Fundamentais do Homem.

O direito à prova, conforme esclarecimentos de GOMES FILHO[2], deve ser considerado como direito público subjetivo:

> *O reconhecimento de um verdadeiro direito subjetivo à prova, cujos titulares são as partes no processo, supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para constituição do material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta á iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional.*

Pela subdivisão proposta por ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES[3], no sentido do direito à prova, são considerados os seguintes direitos:

- direito de requerer a produção de prova;
- direito a decisão do juiz referente ao pedido de produção da prova;
- direito a produção da prova, em caso de deferimento;
- direito a participar da produção da prova;
- direito ao contraditório na produção da prova;
- direito da participação do juiz na produção da prova;
- direito a manifestar-se sobre a produção da prova;
- direito a avaliação do julgador sobre a prova produzida.

Na legislação infraconstitucional, o artigo 156 do Código de Processo Penal dispõe:

> *Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Observa-se, portanto, que pelas regras processuais penais, são três as possibilidades do direito à prova:

- por parte do acusador;
- por parte do acusado;
- por parte do Juiz.

Teóricos entendem que o ônus probatório em matéria processual penal é incumbência do órgão acusador, sendo, portanto, um direito-dever. Nesse sentido, explica FREDERICO MARQUES[4]:

> *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)* ***(Atualização Legal: inciso V).*** *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.* ***(Texto atualizado.*** **Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).**

Como também se posiciona TOURINHO FILHO[5]:

> *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.*

Já em relação à defesa, entende-se se tratar de uma faculdade processual ou um direito-faculdade e não um ônus no sentido literal do termo, mas, um ônus imperfeito ou diminuído. Conforme ensina o professor GRECO FILHO[6]:

> *O ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio in dúbio 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.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Observa-se, também, que, com as alterações procedidas pela Lei 11.690/08 ao art. 156, os poderes inquisitivos do juiz foram ampliados, pois, assim, dispõe o inciso I:

> *I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

Mas, em regra geral, conforme artigo 156 do CPP, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, portanto, cabe ao acusador provar o fato constitutivo de sua pretensão punitiva e cabe à defesa provar fato impeditivo, modificativo ou excludente (como por exemplo, as causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade) da pretensão punitiva do Estado.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

4 Sistemas de apreciação ou valoração da prova

Ao juiz cabe atribuir os valores às provas apresentadas pelas partes, assim, decidindo pela procedência ou improcedência do pedido formulado. Para realizar tal valoração o juiz utiliza a regra contida no artigo 155 do CPP. Que assim dispõe:

> *Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

A apreciação ou valoração das provas, através da história, passou por diferentes fases. Neste estudo, serão analisados os três sistemas mais relevantes.

O primeiro, refere-se ao Sistema de livre apreciação ou convicção íntima, onde o juiz tem poder absoluto, tem ampla liberdade de decidir, independentemente do que conste dos autos, e não é obrigado a fundamentar sua decisão.

Trata-se de uma valoração íntima do julgador, de seu conhecimento pessoal. Na atualidade do procedimento brasileiro, o único momento em que ocorre este tipo de valoração é no Tribunal do Júri, pois, os jurados decidem e não fundamentam suas decisões.

O segundo é o Sistema da prova legal que surgiu como uma reação extremada ao sistema anterior. Nesse sistema, o julgador segue o que a regra legal determina. Ou seja, é o legislador que determina o sistema, portanto, é a lei que dá o valor à prova. Ainda, é encontrado este sistema na legislação brasileira no artigo 158 do CPP, que dispõe:

> *Art.158:"Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."*

Como, também, ainda é encontrada a valoração legal da prova no parágrafo único do artigo 155, que assim dispõe:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

> *Art. 155. (...)*
> *Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

Por fim, o terceiro é o Sistema do livre convencimento ou persuasão racional. Pelo Princípio do livre convencimento motivado, o magistrado é livre na análise das provas produzidas nos autos e suas decisões devem ser fundamentadas. As provas não possuem valores pré-determinados. Este sistema foi adotado pelo Brasil.

Neste sentido CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO[7]:

> *O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais.*

Conclui-se, portanto, que na atualidade é consagrado o Princípio da verdade formal, ou seja, a verdade dos autos, a verdade processual e não a verdade real (verdade objetiva). Importante salientar que, a verdade real deve ser perseguida pelo magistrado, porém, se ela não constar nos autos, significa que não houve submissão ao contraditório.

Pelos interesses do processo criminal, o juiz penal tem maiores poderes inquisitivos na busca pela verdade real, independentemente da iniciativa das partes, mas, a prova deve ser trazida aos autos, pois, toda verdade relevante à sentença é a formal, porque é a dos autos. No processo criminal está em questão o interesse público, de um lado a necessidade social da repressão penal e de outro lado o direito à liberdade. Apenas como comparação, no Processo Civil, o juiz atua segundo regras dispositivas, dependendo da iniciativa das partes.

Há de ser salientado que o poder instrutório do juiz penal não é ilimitado, na realidade, trata-se de um poder complementar. Entende-se que o juiz não pode agir como se fosse o acusador ou o defensor do caso concreto. Certamente, o ônus originário continua sendo da iniciativa das partes.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Sobre a instrução processual, FREDERICO MARQUES[8] ensina 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 e estes atos são divididos em atos de provas e alegações. Continuando, explica:

> *(...) 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; juria 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.*

Verifica-se que, pelo raciocínio silogístico, o juiz utiliza a premissa maior que é a norma jurídica (direito), mais a premissa menor que é o fato concreto (fato), para chegar à conclusão (sentença). Porém, o direito ao juiz compete, os fatos competem às partes. E é, justamente, nos fatos que se encontra a instrução probatória (sentido estrito). Entende-se, por fim, que a sentença irá se estruturar, basicamente, na premissa menor, ou seja, na instrução probatória sobre os fatos. E o direito (premissa maior), por sua vez, será aplicado ao caso concreto.

Para o entendimento da sistemática processual é fundamental à análise teórica. Tal conhecimento afeta diretamente na prática jurídica. Mas, o principal, é a percepção do valor da prova, seja qual for o meio lícito e legal utilizado. Por mais que pareça óbvio, é bom lembrar: será a prova que irá sentenciar (de nada adianta o direito em tese ser favorável a alguém, se este não consegue provar que se encontra numa situação que permite a incidência da norma).

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

5 A prova no Processo Penal

> *A palavra "prova" é originária do latim "probatio", que por sua vez emana do verbo "probare", com o significado de examinar, persuadir, demonstrar. Assim, prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Professor Vicente Greco Filho (USP).*

No processo, a finalidade da prova é convencer o juiz. *Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado*[9].

LIEBMAM fala sobre o juízo de valor relativo da prova. O juiz tem um juízo de probabilidade, não há certeza lógica. Ao provar as partes estão demonstrando a verdade ou a afirmação de um fato. No caso do processo penal, um fato considerado criminoso.

5.1 Aspectos gerais da prova

Os princípios que norteiam a prova processual, de maneira resumida, são:

- Auto-responsabilidade das partes;
- Audiência contraditória;
- Oralidade;
- Concentração;
- Publicidade.

As provas no Processo Penal possuem características específicas, como a objetividade e a legalidade, ou seja, os dados subjetivos, como o conhecimento externo, pessoal e particular que o juiz tem do fato, e os dados conseguidos de forma ilegal, não podem ser trazidos aos autos.

A introdução da prova no processo penal deve ser de acordo com o CPP, assim, desrespeitada à regra estabelecida pelo Direito Processual, à prova será considerada ilegítima.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

O objeto da prova é o fato pertinente e relevante. Lembrando que, os fatos impertinentes e irrelevantes, devem ter suas provas recusadas pelo juiz, por se tratarem de atividades inúteis.

Em relação ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta. No primeiro caso, a prova demonstra o fato principal, no segundo caso, demonstra indícios por fatos secundários ou circunstanciais.

No Processo Penal, diferente do Processo Civil, os fatos notórios dependem de prova se corresponder a elementares do tipo penal. Por exemplo, a morte notória de alguém, não dispensa o exame de corpo de delito. Como também, a confissão que elimina a controvérsia sobre a autoria, mas, não dispensa a necessidade de provas (CPP arts. 158 e 197).

Por sua vez, os fatos evidentes não precisam ser provados, como exemplo, um cadáver putrefato dispensa prova de que a pessoa está morta.

Em relação aos fatos presumidos (em determinadas situações a lei presume a veracidade de determinados fatos), a presunção pode ser de duas espécies: absoluta, como exemplo, inimputabilidade do menor de 18 anos, e relativa (exemplo: certidões emitidas pelos serventuários da justiça possuem fé pública), sendo que, as relativas admitem prova em contrário.

As leis municipais, portarias, leis internacionais e os costumes precisam ser provados.

A prova pode ser pessoal, nos depoimentos de testemunhas ou das partes, e real, quando se tratar de objetos ou coisas.

Em relação à preparação da prova, esta pode ser casual e simples ou pré-constituída, por exemplo, um instrumento público previamente criado com a finalidade probatória.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Concluindo este tópico, ressalta-se que é possível a utilização de prova emprestada no processo penal, o que poderá representar celeridade e economia processual. Para tanto, alguns requisitos devem ser atendidos:

- ciência de ambas as partes;
- exercício do contraditório;
- processos da mesma jurisdição e as mesmas partes ou que, pelo menos, tenha figurado como parte aquele contra quem se valerá a prova.

5.1.1 Provas ilícitas

A introdução da prova no processo deve ser feita por meio legal. A prova pode ser ilegítima, quando violar o Direito Processual, e ilícita, quando violar Direito Material, ou seja, norma substancial.

Neste sentido, esclarecedora a explicação de ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES[10]:

> *[...] a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação será sempre ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual.*

Como exemplos de provas ilícitas, portanto, que violam o direito material, a utilização de um detector de mentira que infringe o art. 146 do CP (constrangimento ilegal), a confissão com tortura, a violação de domicílio para a obtenção de documentos e a gravação telefônica que expõe a intimidade da pessoa (norma constitucional).

O CPP dispõe sobre as provas ilícitas em seu artigo 157 e parágrafos:

> *Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

> *§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*
>
> *§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

De uma maneira geral, o juiz não pode valorar estas provas, porém, pela Teoria da Proporcionalidade e Razoabilidade, quando a violação é feita para a proteção de um bem maior, poderá o juiz considerá-la.

Pelos teóricos e pela jurisprudência existem as provas ilícitas "*pro reo*" e as "*pro societatis*". Ou seja, provas a favor do réu e provas a favor da sociedade.

Em relação às provas ilícitas por derivação, como por exemplo, a confissão de alguém mediante tortura que possibilita a indicação de outra pessoa que, após diligência, é detida com provas do crime em sua residência, para este tipo de caso existem duas correntes teóricas:

- A primeira defende a inadmissibilidade da prova ilícita derivada. Segue a teoria dos "frutos da árvore envenenada" (Suprema Corte Americana). Havendo a exceção quando, se de outra maneira também se chegaria à prova lícita, assim, sendo aceitável a prova derivada.
- A segunda defende, pelo Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade, a prova derivada como lícita.

5.2 Meios de provas

Os meios de provas serão efetivados pelos instrumentos dispostos no CPP nos artigos 158 a 250. São formas de perícias, depoimentos, documentos, etc. Este rol não é taxativo, sendo admitidas todas as provas obtidas por meio lícito. Nesta relação não consta à inspeção judicial, mas, por analogia ao CPC, também, pode ser utilizada no Processo Penal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Existem diferenças entre elemento, meio e instrumento de prova. O elemento da prova é introduzido no processo penal pelo meio de prova e efetivado pelo instrumento de prova. Apenas para elucidação:

- Corpo de delito é elemento de prova;
- Prova pericial é o meio de prova;
- Laudo pericial é o instrumento da prova.

5.3 Indícios. Presunção legal. Regras de experiência

O Código de Processo Penal tratou dos indícios no artigo 239 que dispõe:

> *Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Portanto, os indícios são fatos ou circunstâncias que podem levar à conclusão da existência de outros fatos. Com a prova do indício (prova indireta) o juiz tem um raciocínio lógico, aplicando de ofício uma presunção legal ou regras de experiência.

Como exemplo de uma presunção legal, no Brasil, a idade de consentimento para o sexo é de 14 anos (artigo 217-A do Código Penal - modificado pela lei nº 12.015/2009). O Código Penal define como "estupro de vulnerável" o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos, independente se houve ou não violência real. Assim, se um adolescente menor de 14 anos praticar algum ato sexual, presume-se legalmente a violência sexual, ainda que o mesmo tenha realizado o ato sexual por livre e espontânea vontade. Assim é disposto no artigo:

> ***Estupro de vulnerável*** *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)*
> *Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:*
> *Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.*

A presunção legal pode ser absoluta ou relativa. Sendo a relativa, possível à inversão do "*onus probanti*".

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

As regras da experiência comum também fazem parte da formação da convicção sentencial. O magistrado pode utilizar de sua cultura geral, partindo da observação de casos singulares, para induzir uma regra geral. Essas regras são oriundas da própria cultura do juiz, abrangendo tanto os seus conhecimentos acadêmicos quanto aqueles adquiridos no convívio social.

A possibilidade do juiz penal, em utilizar às regras de experiência comum, existe pela integração do artigo 3º do CPP com o disposto no artigo 335 do CPC:

> *CPP - Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.*
>
> *CPC - Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*

Porém, não pode o juiz desconsiderar a conclusão de um laudo pericial apresentado, com base, apenas, em regras de experiência, pois, tais regras não podem ser aplicadas pelo julgador, quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos. Tanto que, o artigo 335 do CPC dispõe sobre dois tipos de regras de experiência, sendo estas, técnica e comum.

Mas, de qualquer forma, trata-se, a regra de experiência comum, de uma valoração probatória relativa, cabendo, pois, contraprova. Entende-se que o juiz, ser humano falível, pode errar na aplicação das regras de experiência comum, sendo um erro de direito e não de fato, podendo ser questionado em recursos, conhecidos pela jurisprudência, como erro na valoração da prova.

Em relação às regras de experiência, explica MOACYR AMARAL SANTOS[11]:

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

> *Juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média". (...) "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.*

5.3.1 Prova *prima facie*

As provas *prima facie* ocorrem se, da prova de um fato, decorre imediatamente a culpabilidade ou responsabilidade do indivíduo. Como exemplo, em acidente de veículo quem bate por trás é o responsável. Mas, entende-se que o juiz deve ter muita cautela com as regras de experiência comum que, em alguns casos, podem ser regras falsas, logicamente, cabendo à parte interessada a contraprova.

5.4 Momentos da prova

São três os momentos da prova: no requerimento ou propositura da ação, no deferimento das provas e na produção destas. Por regra geral, as provas devem ser requeridas na proposta de denúncia ou queixa pela acusação e na defesa prévia pela defesa. Porém, a qualquer tempo, desde que seja pertinente e relevante, a prova pode ser requerida no Processo Penal.

As provas orais são apresentadas em audiência, as periciais na fase policial ou em juízo, já os documentos a qualquer tempo. No Processo Penal, também, pode ocorrer à antecipação de provas, caso em que, se o tempo passar poderá ser afetada a qualidade probatória.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

6 Comentários Finais

Por este estudo, inicialmente, confirma-se a importância do direito à prova. Partindo desta relevância, nota-se que os cuidados com a preparação probatória, por mais que sejam feitos com muita cautela e responsabilidade, ainda assim, podem causar "surpresas processuais".

Tais ocorrências se explicam pela variação de fatores que permeiam a atividade probatória. Ou seja, o juiz não terá apenas o material probatório juntado aos autos pelas partes. O juiz poderá ordenar diligências, bem como, poderá utilizar de presunções e regras de experiência para decidir. O que é apresentado em relação à atividade probatória processual é uma variação de circunstâncias, atos e teorias que não permite uma definição específica dos caminhos que serão percorridos.

O princípio pela busca da verdade real, ainda latente no processo penal brasileiro, deve significar a busca pela verdade dos fatos da acusação através das provas juntadas aos autos. Sendo que, ao acusado são cabíveis as contraprovas (destruição das provas da acusação) e a produção das provas que forem para sua defesa.

A verdade real, muitas vez, encontra-se distante do processo. Por isso, o que existe é a verdade formal, àquela que se encontra nos autos, a verdade processual. Importante que assim seja. Desta forma, o Princípio do Devido Processo Legal, bem como, o contraditório e a ampla defesa, serão garantidos no âmbito processual.

Os poderes atribuídos ao juiz, criando-lhe uma condição ativa na instrução probatória, têm suas relevâncias, afinal, este juiz precisa se sentir convencido ao ponto de fundamentar sua decisão. Mas, esta atuação não pode ser ilimitada. Na realidade, a própria sistemática processual, isto dito em relação às regras determinadas pelas leis processuais, se respeitada, pode direcionar a um processo justo e célere. Logicamente, não estão sendo considerados neste posicionamento, os exageros legislativos em relação ao formalismo dos procedimentos e, nem mesmo, a estrutura física precária do Poder Judiciário, pois, não foram objetos de estudo deste trabalho técnico.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

O posicionamento se refere à consciência teórica e efetiva de que o juiz e as partes devem atuar na atividade probatória de maneira harmônica e conjunta, ou seja, de maneira participativa, afinal, entende-se que a fase inquisitória do inquérito policial se findou e o que se espera, apesar do CPP dispor de procedimentos que remetem ao sistema inquisitivo, é um Processo Penal de princípios regentes do sistema acusatório, em respeito à Constituição Federal Brasileira e que caminhe sobre os ditames da verdadeira Democracia.

Bem como, devem atuar com harmonia, os responsáveis pelo inquérito policial, o representante do Ministério Público e o juiz. Lembrando, sempre, que as provas pertencem aos autos, às partes e ao juiz, porém, pertencem de uma maneira principiológica à sociedade e ao Estado Democrático de Direito.

Chegando a esta conscientização, o direito à prova se torna ampliado e valorizado pelos Direitos Fundamentais do Homem.

Ainda, com esta visão ampliada, entende-se, perfeitamente, a incumbência das partes em provar e contraprovar os seus alegados. Bem como, o Princípio da Comunhão das Provas, reflete diretamente na concepção de um processo legal, justo e democrático.

O que não pode ocorrer, é a sistemática processual ser colocada em segundo plano por regras interpretadas de forma estritamente subjetiva. Pois, neste caso, não escaparia a injustiça processual, pois, não há como se defender de posicionamentos que não sejam objetivos e legais.

As provas, indiscutivelmente, são os olhos do processo. São os pilares para o ordenamento jurídico penal. Afinal, são elas que fundamentam uma sentença penal. Estão protegidas por garantias processuais e constitucionais, que, também, visam o limitar do poder punitivo do Estado.

Por fim, cabível a lembrança de que o acusado, antes do trânsito em julgado, não é um condenado, é um suspeito. O Princípio da Presunção de inocência está de forma intrínseca e extrínseca na Constituição Federal Brasileira, bem como, nas leis infraconstitucionais pertinentes ao Direito Processual Penal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Notas

1 Advogada. Graduada pelo Curso de Direito da Universidade Unifenas. Especialista em Processo Civil pela Universidade Gama Filho. Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUC/MINAS. Mestranda em Direito Processual pela PUC/MINAS. Membro da Comissão OAB vai à Escola da OAB/MG. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/MG. Coordenadora dos trabalhos da Ouvidoria Eleitoral da OAB/MG. Integrante da equipe do Escritório Junqueira Sampaio Advogados.

2 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 85.

3 FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 79-80.

4 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Vol. II. Campinas: Bookseller, 1997. p. 265.

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3° Vol. p. 236.

6 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo. Ed. Saraiva, 5ª ed., 1998. pp. 205-206.

7 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, p. 68.

8 MARQUES, José Frederico. Op. cit., pp. 249-250.

9 GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 174.

10 FERNANDES, Antônio Scarance. Op. cit., pp. 90-91.

11 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** São Paulo: Ed. Saraiva, 9ª ed., 1984. 2° Vol., p. 339.

Legislação

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Senado, 1941.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro De 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 1973.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1

Referências Bibliográficas

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, p. 68.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo. Ed. Saraiva, 5ª ed., 1998.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. Vols. I e II.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Volume 1.

_____ **Processo Penal.** São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3° Vol.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31622&seo=1