

## PROVA NO PROCESSO PENAL

Desde que as modernas legislações abandonaram, pouco a pouco, as formas do processo inquisitorial, a antiga teoria das provas avaliadas *a priori* pela lei, foi tomando seu lugar, sendo substituída pela da convicção íntima do juiz. Não se duvida mais, hoje em dia, de que este fato constitua um fator de grande progresso nos júízos criminais.

Facilmente, porém, ao constatar-mos seus benefícios, poderemos cair no exagero.<sup>1</sup>

*Sumário: 1.Introdução; 2. Prova 3. Ônus da Prova; 4.Procedimento Probatório; 5. Sistema de Verificação das Provas; 6.Prova em Espécie; 7. Busca e Apreensão; 8.Prova por Derivação; 9.Encontro Fortuito da Prova; 10. Conclusão.*

### 1-Introdução

Sob a dominação de uma postura inspirada em acentuado critério dispositivo, o comportamento do magistrado chegou a ser retratado na máxima *iudex iudicare debet allegata et probata partium*. Ou seja, o juiz deveria julgar com base nos fatos alegados e provados pelas partes, de sorte que lhe era vedado buscar fatos não referidos e cuja prova não tivesse sido postulada.

Porém, a moderna doutrina processual ocidental reclamou contra a concepção radical da disponibilidade probatória. E não poderia ser diferente, pois se a prova tem importância extrema, já que se constitui no meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas, ela é essencial para feitura da justiça. Assim, passou-se a mitigar, gradualmente, a lógica do raciocínio privatista em nome das concepções de instrumentalidade e efetividade do acesso à justiça (garantia cívica).

Por certo, o ideário contemporâneo de que o juiz deve evitar a injustiça, e não lamentá-la, não atinge o princípio da imparcialidade, sequer o sistema acusatório.

O processo justo não é aquele firmado na esperteza de seus contendores e em uma mera imaginação que conclui um litígio jurídico debatido de teses e criador verdades judiciárias. O processo justo é compromisso com a verdade. Daí a assunção de um juiz com comando oficial e compromisso com o verdadeiro.

Todavia, a verdade revela-se como ideal complexo ao conhecimento limitado do homem, já que implica em uma revelação firmada, outrossim, por ciências, ideologias e filosofias de vida individual. É em razão disto que é inviável se

---

<sup>1</sup> Malatesta, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Brasil: Booseller Editora Ltda., 1996

dizer sobre uma verdade absoluta e atemporal. E que digam Galileu, Newton, Einstein, Hawking, entre outros.

Logo, a adesão à verdade obriga a admissão de uma provisoriedade, sempre vinculada à precariedade do conhecimento. E é aqui que segue o trilho da verdade processual. Uma verdade que se esforça em se aproximar do maior contexto de aceitação, sem descuidar do respeito aos direitos.

Porém, a verdade processual tem supedâneo na prova. A prova é o elemento que leva ao conhecimento do juiz os fatos pertinentes à causa. Por isso se traduz em uma instituição de importância extrema, já que se constitui em elemento estruturante do pronunciamento judicial. A prova é o rascunho do decreto decisório

## **2-Prova**

Prova é a demonstração.

Conforme preceitua Paulo Rangel<sup>2</sup>, prova seria “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, Juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes do fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”. A prova tem por objetivo formar a convicção do magistrado sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Como objeto de prova, ensina-nos Tourinho Filho<sup>3</sup> que “são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação. Somente os fatos que possam dar lugar à dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova”.

Contudo, é certo que existem situações que desprezam a prova, pois o raciocínio lógico permite concluir os acontecimentos. Assim, independentemente de prova processual os seguintes fatos:

- a) fatos notórios – que são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. Ex: que o Natal se comemora em 25 de dezembro;
- b) fatos intuitivos (ou axiomáticos) – que são aqueles que se apresentam de maneira evidente por si mesmo. Ex: quando a causa da morte resta evidente pelas lesões sofridas pela vítima;
- c) presunções legais – que são conclusões decorrentes da própria lei; tidas como verdadeiras pelo legislador, independentemente de provas. Ex: menor de 18 anos não tem plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, uma vez que a própria lei penal presume sua inimputabilidade de modo absoluto. Não adianta, assim, tentar provar o contrário;
- d) fatos inúteis – que são aqueles fatos que não influenciam na solução da causa, na apreciação da verdade real.

Destarte, todos os fatos restantes devem ser provados, inclusive o fato incontroverso (admitido pelas partes), tendo em vista que o Juiz não está obrigado à

---

<sup>2</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 413.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 507.

aceitação do alegado unicamente pelas partes. Neste aspecto é interessante destacar que se a acusação e a defesa acordarem sobre um acontecimento, o juízo penal, mesmo assim, poderá determinar feitura de prova para confirmar o fato.

Nesta esteira, é possível se estabelecer uma classificação para a prova, vinculando-a ao objeto, sujeito e a forma.

Quanto ao objeto:

a) diretas – quando se referir ao próprio fato probando. É aquela que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos, sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção. Ex: prova testemunhal, laudo de exame de corpo de delito.

b) indiretas – são aquelas que não se dirigem ao próprio fato que se quer provar, porém, em virtude de raciocínio que se desenvolve, chega-se a ele. Podemos citar os indícios e as presunções.

Quanto ao sujeito:

Relaciona-se com a pessoa ou com a coisa de quem ou de onde vem a prova. Pode ser:

a) pessoal – é toda afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados. Também pode ser dividida em direta e indireta.

b) real – é aquela originada dos vestígios deixados pelo crime. Ex: o ferimento da vítima; o arrombamento da fechadura.

Quanto à forma:

Relaciona-se com a maneira pela qual as partes apresentam em juízo a veracidade de suas manifestações. Divide-se em:

a) testemunhal - é aquela que se firma em depoimentos. Ex. declarações da testemunhas.

b) documental - é aquela que se estabelece através de escritos. Ex. Escritura pública.

c) material - é aquela consistente em qualquer substância que sirva de elemento de convicção sobre o fato probando. Ex: os instrumentos utilizados para o crime.

Por sua vez, o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo.

Não há limitação, como regra, dos meios de prova no processo penal brasileiro. Dessa forma, é possível que as partes produzam outras provas que não somente aquelas previstas na lei. Contudo, essa liberdade probatória sofre algumas restrições estipuladas pela própria lei, a saber: art. 155, § único do CPP, referindo que com relação ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova impostas pela lei civil; art. 158 do CPP, o qual exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios, não admitindo nem que seja suprido pela própria confissão do acusado;

Contudo, nem todas as provas serão admitidas no direito. Nesta esteira, emergem as provas proibidas.

### **3-Ônus da Prova**

Com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, o art. 156 do CPP estabelece, em sua primeira parte, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Entretanto, como este dispositivo vem mitigado pelo princípio do Estado de Inocência, se reconhece que o autor tem obrigação de provar, cabalmente, a materialidade do crime e sua autoria (sob pena de restar absolvido o acusado por falta de provas ou insuficiência de provas), enquanto que a defesa tem a faculdade de provar fatos extintivos, impeditivos e modificativos da relação jurídica litigiosa, já que pode, inclusive, ficar inerte e em silêncio sem prejuízo da absolvição do réu.

A segunda parte do artigo 156 do CPP prevê que é facultado ao *juiz de ofício* 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. Bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nesta esteira se estabelece, em nome da verdade real, a possibilidade do juiz agir sem provocação das partes, sem criar nulidade processual.

### **4-Procedimento Probatório**

O procedimento probatório permite o reconhecimento de quatro momentos distintos:

A - Proposição ou Indicação: Relacionado com o momento do processo para produção da prova. As provas devem ser propostas com a peça acusatória, bem como com a resposta defensiva. Porém, em se tratando de prova documental, a regra é que a qualquer momento pode ser apresentada.

B - Admissão: É o ato processual específico e personalíssimo do juiz, o qual defere ou não a produção das provas propostas pelas partes, após examina-las. Como regra, toda prova requerida pelas partes deve ser deferida, salvo quando protelatórias ou impertinentes.

C - Produção: As provas podem ser produzidas em momentos distintos do processo. Geralmente, são produzidas durante a fase de instrução processual.

D - Valoração: Juízo valorativo exercido pelo magistrado sobre as provas produzidas, conferindo a estas a importância devida, em consonância com sua convicção.

### **5-Sistema de Verificação das Provas**

No exame da questão probatória junto ao processo, é de se destacar a série de sistemas que englobam a questão. Destarte, seguem as espécies pátrias de sistemas de verificação das provas:

**A - Sistema da Prova Legal ou Tarifada**

É aquela cujo valor da prova já vem preestabelecido pela lei, não deixando margem para discricionariedade do magistrado. Exemplo: O casamento se prova com a certidão de casamento.

**B - Sistema da Certeza Moral do Juiz ou da Íntima Convicção**

Configura-se por ser o extremo oposto do sistema tarifado. O juiz tem ampla liberdade para proceder à avaliação das provas segundo o seu íntimo convencimento, não sendo necessário que fundamente sua decisão. Esse sistema é adotado pelo Tribunal do Júri, em que os jurados proferem seus votos sem a necessidade de fundamentação.

**C - Sistema da Livre Convicção ou da Persuasão Racional**

O juiz possui liberdade para formar sua convicção, não estando fixado a qualquer critério legal de valores probatórios preestabelecidos, entretanto, faz-se necessária a devida fundamentação.

O direito processual penal preceitua, outrossim, aspectos vinculados as provas em espécie. Neste trilhar, seguem:

**6-Provas em Espécie**

É possível se especificar a prova, desprezando-se um exame de maior cognição, da seguinte forma:

*Interrogatório*

O interrogatório, além de ser meio de defesa, se traduz como meio probatório, tanto que apresenta um discreto contraditório. O artigo 188 do CPP, trazido pela Lei nº 10.792/03, permite às partes, através do juízo, questionamentos pertinentes e relevantes para melhores esclarecimentos. Assim, no interrogatório haverá participação dos sujeitos parciais, não se tratando mais de um ato privativo do juiz.

E mais, como meio de prova, o interrogatório poderá ser utilizado como produção probatória defensiva. Tanto que o artigo 187, § 2º, VIII, do CPP esclarece que será perguntado ao interrogado *se tem algo mais a alegar em sua defesa*.

Com a redação do art.185 do CPP, dada pela Lei nº 11.900/09, foi instituído o interrogatório por videoconferência. Conforme o referido dispositivo, haverá condições do interrogatório vir a ser feito através de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real quando for necessário para:

*Prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;*

*Viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;*



*Impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;*

*Responder à gravíssima questão de ordem pública.*

#### *Cartas particulares*

O artigo 5º, XII da CF prevê a inviolabilidade do sigilo da correspondência. Já o artigo 233 do CPP estabelece que as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Desta forma, há limitações à produção desta prova documental, eis que não pode o juiz deferir juntada de cartas particulares obtidas ilegalmente. Entretanto, salienta-se que o parágrafo único do artigo 233 do CPP admite que as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

#### *Gravações ambientais*

Veja-se que a comunicação entre duas pessoas, junto ao meio ambiente, sempre resta assegurada pelos direitos fundamentais. Contudo, nos espaços públicos existe efetiva redução na privacidade do indivíduo. Assim, forte nas circunstâncias do caso concreto é que se deve examinar a validação ou não da gravação clandestina feita no local público.

#### *Gravações feitas por um dos interlocutores*

Por se constituir em uma conversa regular entre duas pessoas, que se aceitam como comunicador e receptor em livre expressão de pensamento é de ser admitida a gravação feita por uma das partes. Contudo, é inegável que a gravação telefônica promovida por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, traz a mácula da clandestinidade. Assim, deverá haver justa causa para tal produção probatória.

#### *Interceptações telefônicas*

O artigo 5º, XII da CF prevê que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas salvo, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por sua vez, a Lei nº 9.296/96 regulamenta o referido diploma constitucional.

#### *Sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e dados*

O artigo 5º, XII da CF prevê que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas salvo, no último caso, por ordem judicial na forma da lei.

#### *Prova feita com elementos físicos do acusado*

É possível que a prova seja feita através de demonstrações firmadas em elementos físicos da própria pessoa como, por exemplo, sangue, urina, pele, etc..

Ocorre que para tais exames é necessária a participação do investigado. Contudo, este não resta obrigado a se submeter à produção probatória. É que tem ele, ao seu favor, a proteção contra a auto-incriminação, razão que não pode ser compelido a promover prova contra si.

#### *Prova emprestada*

Prova emprestada é o nome que se dá à demonstração produzida em um feito e cedida a outro. Por exemplo: Depoimento de uma testemunha em um processo e aproveitado em outro.

Tem se admitido como possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório.

#### *Perícia*

Perícia é a prova promovida por técnicos e que esclarece uma verdade que depende de conhecimentos específicos. É o perito quem tem o saber especializado sobre pontual assunto.

O art.159 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, estipula que o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

Assim, a lei refere que a perícia seja feita por, somente, um perito oficial.

No que tange ao diploma de curso superior, destaca-se o art. 2º da Lei nº 11.690/08 estabelece que aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.

De outra banda, o art.159, § 1º do CPP prescreve que na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Com a Lei nº 11.690/08 firmou-se a possibilidade de formulação de quesitos e indicação de assistente técnico nos termos do art.159 parágrafos 3º e 4º do CPP.

Outrossim, o art.159, parágrafo 5º do CPP possibilita às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;<sup>4</sup>

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

---

<sup>4</sup> Este prazo não poderá ser confundido com o prazo estipulado no art.176 do CPP e que estabelece que a autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.

### *Confissão*

Trata-se da assunção da responsabilidade do crime, declarada pelo indivíduo. Ou seja, ele assume ter praticado o delito.

Face ao princípio da verdade real, existente no processo penal, não se alberga a possibilidade de confissão ficta. A única confissão admitida é a real, ou seja, a própria declaração do acusado. Logo, se o termo de confissão, por exemplo, for firmado pelo defensor do réu, inclusive com poderes especiais para assim agir, esta confissão será ato inexistente juridicamente.

É possível que a confissão seja divisível, sem provocar nulidade. Assim, o julgador poderá acreditar em parte no que foi dito pelo acusado.

### *Declarações do ofendido*

As declarações daquele que sofreu com o crime são de grande interesse ao juízo e deverão ser colhidas para corroborar nos devidos esclarecimentos.

O art.201 do CPP, com redação dada pela Lei nº 11. 690/08 preceitua que sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. Já o parágrafo 1º estabelece que se intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Assim, as declarações do ofendido são importantíssimas, tanto que o mesmo será conduzido à solenidade se deixar de comparecer.

Destaca-se que as declarações do ofendido poderão ser tomadas por videoconferência.

### *Testemunha*

Como pessoa que não é acusada e, tampouco, vítima, as declarações da testemunha são imperiosas ao feito.

O artigo 203 do CPP preconiza o compromisso da testemunha de dizer a verdade.

Em razão do disposto no artigo 207 do CPP, estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo. Contudo, o texto legal admite exceção à regra da proibição quando ocorrer, concomitantemente, a liberação por parte daquele cujo segredo interessa e conveniência por parte do que deva guardar o segredo. Nesta situação, não haverá qualquer vício.

Giza-se que o deputado ou o senador, nos moldes do artigo 53, § 6º da CF, não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício de seu mandato.

O juiz não poderá recusar as perguntas das partes, sob pena de nulidade por ofensa ao contraditório ou a ampla defesa. Porém, o art. 212, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, dispõe que o juiz não admitirá perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.



Conforme o artigo 214 do CPP a contradita ou a argüição de circunstâncias ou defeitos deverá ser feita antes de iniciado o depoimento. Ultrapassado este momento ocorrerá a preclusão. Nada impede que o defeito seja aquilatado pelo juízo, por ocasião da sentença.

Giza-se que a testemunha poderá ser inquirida por videoconferência.

#### *Reconhecimento de pessoas e coisas*

Trata-se da identificação da pessoa ou coisa que se conheceu.

O artigo 226 e seus incisos do CPP estabelecem a forma a ser observada para o reconhecimento de pessoa.

O auto deve ser promovido de forma minudente, para permitir o contraditório entre as partes.

Destaca-se que o reconhecimento de pessoas poderá ser feito por videoconferência.

#### *Acareação*

Como o próprio nome identifica, trata-se de colocar *cara a cara, rosto a rosto*, pessoas, a fim de esclarecer ponto controvertido existente nas declarações. O artigo 229 do CPP refere que a acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

O artigo 230 do CPP prevê a acareação ficta, em que estando presente uma testemunha e ausente outra, cujas declarações diverjam, se colherá o pronunciamento da testemunha presente, frente aos pontos de discordância, registrando-se no auto o que explicar ou observar. Mantendo-se a divergência, será expedida precatória para ouvir a testemunha ausente, sobre os pontos de divórcio, bem como o texto do referido auto.

Destaca-se que a acareação poderá ser promovida por videoconferência.

#### *Documento*

É a afirmação feita por qualquer escrito.

Diz o artigo 231 do CPP que salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. Entretanto, existirão ocasiões em que a apresentação de documentos não será possível, como por exemplo, após o término da instrução processual.

Com a Lei nº 11.689/08, o art.479 do CPP, atinente ao procedimento do júri, preceitua que durante o julgamento não será permitida a leitura de qualquer escrito cujo conteúdo versar sobre a matéria fática a ser julgada pelos jurados que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, sob pena de nulidade. Com relação à exibição e a leitura de documento em plenário, a lei busca evitar que a parte contrária seja pega de surpresa.

### *Indícios e Presunções*

Considera-se indício, de acordo com o art. 239 do CPP, toda a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por dedução, concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias. Assim, por exemplo, em um crime de trânsito, as marcas de frenagem firmadas no solo e os danos ocorridos no veículo, permitem concluir se o automóvel vinha ou não em alta velocidade.

A presunção, por sua vez, é um conhecimento que se depreende a partir da ordem normal das coisas, e que prevalece até uma prova em contrário. Ex. A presunção de inocência.

Os indícios e as presunções são espécies de provas indiretas. Possuem tanto valor como as demais provas, uma vez que no sistema processual penal brasileiro não existe hierarquia probatória. Contudo, por certo, deve o magistrado, para embasar um juízo condenatório, confrontá-los com os demais elementos probatórios constantes nos autos<sup>5</sup>.

### **7-Busca e da apreensão**

Trata-se de um meio probatório extremamente proveitoso.

É a providência que em primeiro momento persegue e, em segundo, detém. Vem prevista no artigo 240 do CPP. Divide-se em domiciliar ou pessoal.

#### *-Busca e apreensão domiciliar*

É a procura junto ao domicílio em que se acredita estar a pessoa ou a coisa. (artigo 240, pg.1º do CPP)

Lembremos que o artigo 5º, XII da CF preceitua que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela pode penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

O mandado de busca, determinado pelo juiz, deverá observar os incisos do artigo 243 do CPP. O desrespeito a estas regras e que causar prejuízo, determinará nulidade.

Nos moldes do artigo 245 do CPP, as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

É cabível a utilização de força a fim de vencer qualquer barreira imposta contra o cumprimento do mandado. Logo, em caso de desobediência, poderá ser arrombada a porta e forçada a entrada (artigo 245, pg.2º do CPP). Resistindo o morador, será permitido o emprego de força. (artigo 245, pg.3º do CPP).

---

<sup>5</sup> É possível que a prova indiciária, por si só, fundamente atos decisórios do juiz quando se tratar de fase processual em que vigore o princípio do *in dubio pro societate*.

A ausência dos moradores, não será empecilho para o não cumprimento da medida. Neste caso, será intimado o vizinho para acompanhar o arrombamento. (artigo 245, pg.4º do CPP).

Preceitua o diploma legal que os documentos que o advogado possui e relativos ao seu sacrário profissional não poderão ser apreendidos. Inclusive o artigo 243, pg. 2º do CPP preconiza que não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito. Por sua vez, o artigo 7º II da Lei nº 8.906/94, com redação dada pela Lei nº 11.767/08, estabelece a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

#### *-Busca pessoal*

Trata-se da revista feita junto à pessoa, a qual se acredita possuir algo ilegal.

O artigo 240, pg.2º do CPP preconiza que proceder-se-á à busca pessoal quando houver *fundada suspeita* de que alguém esteja na posse de arma proibida ou de coisas relacionadas à delito. Nesta mesma esteira segue o artigo 244 do CPP e que estabelece que a busca pessoal independerá de mandado, frente a *fundada suspeita* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Veja-se que a lei não se referiu à expressão *provas cabais* ou *indícios suficientes*, mas apenas a perífrase *fundada suspeita*. A referência do legislador é junto à existência de elementos razoáveis que apontem para a firme possibilidade de que a pessoa traga algo que não deveria. Logo, *fundada suspeita* nada mais é do que uma simples probabilidade, admitida através de um raciocínio firmado com elementos circunstanciais.

É de se ilustrar que a busca pessoal em mulher, em razão do respeito e proteção ao sexo feminino, será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência (artigo 249 do CPP).

### **8-Prova por Derivação**

Com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08, o art.157 do CPP preceitua que são inadmissíveis as provas ilícitas. Por sua vez, o parágrafo primeiro firma a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando puderem ser obtidas por fonte independente. Já o parágrafo segundo esclarece o que considera como fonte independente.

Nesta esteira, com a expressão inglesa *fruits of the poisonous tree*, da teoria norte-americana, se busca revelar que a vicissitude da árvore atinge os frutos, razão que restarão estes prejudicados quando aquela for maculada. Ora se a prova original é ilegal, a prova derivada dela, outrossim, será ilegal.

Destaca-se que prova por derivação é a demonstração que tem raiz em outra original demonstração. Ou seja, é a prova que resta produzida através de outra prova. O exemplo mais comum é o caso da confissão, em que o acusado resulta por dizer onde escondeu a arma do crime, a qual vem a ser, posteriormente, apreendida. Esta apreensão restará como prova derivada.

Quando a lei diz fonte independente ela quer se referir a aquela que leva ao conhecimento daquilo que a prova busca demonstrar sem observar a mesma linha de desdobramento da anterior informação.

Nesta esteira, é possível se examinar o aval da suprema corte norte-americana sobre os limites que asseguram que a prova não estará maculada pela contaminação com a anterior ilegal, para se construir uma interpretação lógica à legislação brasileira. Conforme o direito norte-americano, a prova derivada será admitida quando ocorrer:

a) limitação da fonte independente (*independent source limitation*);

Quando a prova se origina de uma fonte autônoma, sem qualquer relação de dependência com a ilegalidade. Ex. A polícia ingressa em uma residência, sem mandado, e durante a invasão, com base nas informações colhidas anteriormente, obtém a ordem judicial e faz apreensão no interior do lar.

b) limitação da descoberta inevitável (*inevitable discover limitation*);

Quando for possível que a prova seja descoberta por outros meios. Ex. Através de uma confissão obtida por tortura se chega ao encontro da arma do crime. Porém, frente às investigações que existiam, se conclui que a arma seria inevitavelmente encontrada.

c) limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*) ou conexão atenuada (*attenuated connection limitation*)

Quando a prova estiver viciada e surgir um determinado fato que venha a purgá-la. Ex. Agentes interceptam ilegalmente uma conversa telefônica e chegam até o criminoso que de forma espontânea confessa o delito.

d) limitação da boa-fé (*the good faith exception*)

Quando a prova for produzida com total pureza de intenção, que existe credo de se estar dentro dos termos legais. Ex. Cumpre-se o mandado de apreensão, o qual se acredita estar na forma da lei, porém posteriormente o mesmo é invalidado.

Destaca-se que as exceções trazidas pela teoria norte-americana *dos frutos da árvore proibida* podem servir de paradigma para as necessárias interpretações da novíssima legislação brasileira.

## **9-Encontro Fortuito da Prova**

Por fim, não é demais lembrar a questão da teoria do encontro fortuito da prova.

Prescreve singularmente Oliveira<sup>6</sup> que o encontro fortuito ocorre quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Ou seja, determina-se a busca de algo e durante tal diligência se encontra prova que, não relacionada à procura promovida, se vincula, estritamente, com outro fato delituoso.

A especial questão junto ao encontro fortuito de prova é, por óbvio, aquela que se refere ao aspecto da legalidade. Daí é de se questionar se a prova obtida através deste encontro fortuito é válida.

Para se responder a indagação é essencial se examinar a diligência. É que se houver excesso na diligência, a prova estará prejudicada. Ou seja, se ocorreu ilimitação, na medida determinada com limitação, a prova encontrada restará como ilícita, uma vez que fora da abrangência original. Exemplificando, podemos imaginar um juiz que, em face de investigação por crime contra propriedade imaterial, determina a busca dos bens fabricados pelo acusado. Entretanto, por ocasião do cumprimento do mandado, os oficiais resolvem procurar outras coisas e entendem por apreender documentos atinentes à remessa de valores ao exterior e que não se relacionam com a procura originalmente determinada. Nestas condições, estes documentos se revelam como prova proibida.

Neste aspecto, é fundamental se depreender que a lógica vinculada a esta teoria firma-se no controle e pedagogia da atividade persecutória das autoridades.

Desta forma, a legalidade do encontro fortuito da prova deve ser examinado com reservas.

## **9-Conclusão**

O processo justo é compromisso com a verdade e esta se revela com determinada provisoriedade, mas sempre vinculada a prova. Por sua vez, a prova, que compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca, nada mais é do que a reprodução dos fatos relacionados com a causa.

O ônus da prova resta distribuído no feito e não impede que o juiz, no curso do processo, determine, de ofício, a realização de diligências para o esclarecimento da verdade. Isto não agride o sistema acusatório processual.

Como visto, a prova classifica-se pelo objeto, sujeito, forma, sendo também dividida em testemunhal, documental e material. Porém, as provas proibidas são aquelas produzidas com violação de regras de direito material ou de direito processual, razão da inadmissibilidade.

Um exame singelo sobre as espécies de provas admitidas em nosso direito revela a quantidade expressiva de formas de demonstração.

A busca e apreensão é um meio de produção de prova, já que busca e apreende o objeto de demonstração. Por certo, eventual vício neste meio, outrossim maculará a prova colhida.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.316.



Por sua vez, a prova por derivação é tema novo e que requer um período de maturação. Desta forma, o entendimento jurídico norte-americano é extremamente rico nas hipóteses de exceção, razão que poderá servir de base aos novos entendimentos pátrios sobre a matéria.

Por sua vez, o encontro fortuito da prova, quando ocorrido a partir de uma diligência promovida em excesso, deve ser visto como ilegal. Esta revelação traduz a manutenção da precaução legal frente a eventual ilegalidade promovida pela autoridade, contra os direitos e garantias do indivíduo.

Por certo, é indiscutível o apreço que a processualística criminal possui junto à questão probatória. E nem poderia ser diferente, pois sob esta base é que se firmam os juízos sentenciais. As demonstrações dos fatos, que merecem exame pelo magistrado, tornam-se essenciais para a vida do processo e firmam aquilo que permite caracterizar o contemporâneo Estado Democrático de Direito: Justiça!

**Autor: Lúcio Santoro de Constantino**

**Artigo escrito em fevereiro de 2009.**