

A PROVA NO PROCESSO PENAL

Renata Flávia Nobre Canela Dias¹

Frederico Araújo Sena²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a teoria da prova no âmbito do direito processual penal brasileiro, com especial enfoque nas provas ilícitas, à luz do ordenamento jurídico vigente e das garantias constitucionais. Diante da constante evolução tecnológica e das práticas investigativas cada vez mais complexas, torna-se urgente discutir os limites legais da admissibilidade probatória. A utilização de provas obtidas por meios ilícitos colide com princípios basilares, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Assim, o estudo contribui para uma reflexão crítica sobre a atuação do Estado e a necessidade de proteção dos direitos fundamentais. A partir disso, a pesquisa analisa os fundamentos jurídicos e constitucionais para a admissibilidade das provas no processo penal, em especial das provas ilícitas, e como o Poder Judiciário tem enfrentado essas questões, visando assegurar a efetividade do devido processo legal e a proteção dos direitos fundamentais. Embora haja previsão legal para a inadmissibilidade das provas ilícitas, observa-se na prática uma tendência de flexibilização, especialmente em nome da eficiência penal. O estudo reforça a necessidade de o Judiciário manter postura firme na defesa das garantias constitucionais, valorizando a licitude da prova e o uso proporcional dos meios de obtenção da prova.

Palavras-chave: Prova. Processo Penal. Princípios da Prova. Valoração das Provas. Provas Ilícitas.

THE ROLE OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

¹Doutorado. Professora do Curso de Direito da UNIFIPMoc. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7547-3780> E-mail: renata.dias@unifipmoc.edu.br.

²Acadêmico do Curso de Direito da UNIFIPMoc. E-mail: fred.sena@yahoo.com.br



This article aims to analyze the theory of evidence within the scope of Brazilian criminal procedural law, with a special focus on illicit evidence, in light of the current legal framework and constitutional guarantees. Given the constant technological advancements and increasingly complex investigative practices, it becomes urgent to discuss the legal limits of admissible evidence. The use of evidence obtained through illicit means clashes with fundamental principles such as adversarial proceedings, the right to a full defense, and due process of law. Thus, this study contributes to a critical reflection on the role of the State and the need to protect fundamental rights. The research examines the legal and constitutional foundations for the admissibility of evidence in criminal proceedings, especially regarding illicit evidence, and how the Judiciary has addressed these issues to ensure the effectiveness of due process and the protection of fundamental rights. Although there are clear legal provisions prohibiting the use of illicit evidence, there is a practical trend toward flexibility, particularly in the name of criminal efficiency. The study reinforces the need for the Judiciary to maintain a firm stance in defending constitutional guarantees, valuing the legality of evidence and the proportional use of evidence-gathering methods.

Keywords: Evidence. Criminal Procedure. Principles of Evidence. Evaluation of Evidence. Illicit Evidence.

INTRODUÇÃO

O papel da prova no processo penal brasileiro revela-se como tema central para a compreensão da efetividade da jurisdição penal em um Estado Democrático de Direito. Em meio às constantes transformações sociais e tecnológicas, a produção e a admissibilidade das provas demandam especial atenção, sobretudo diante da necessidade de conciliar a eficiência da persecução criminal com a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A obtenção de provas ilícitas — isto é, em afronta às normas constitucionais e legais — representa um dos maiores desafios contemporâneos, tensionando o sistema de justiça entre a busca pela verdade real e o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Embora o ordenamento jurídico estabeleça limites claros à admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, observa-se na



prática uma tendência preocupante de relativização desses limites, com justificativas ancoradas na pretensa necessidade de eficiência da resposta penal.

Nesse cenário, o presente estudo propõe uma análise crítica da teoria da prova no processo penal, com especial atenção às questões envolvendo a licitude probatória, a flexibilização judicial de princípios constitucionais e a aplicação prática dos sistemas de valoração das provas. Para tanto, adota-se pesquisa bibliográfica e documental, à luz da doutrina especializada, da legislação vigente e da jurisprudência dominante, com o objetivo de reforçar a necessidade de uma postura judicial firmemente comprometida com os princípios constitucionais, assegurando uma atuação estatal legítima e a proteção da dignidade da pessoa humana.

1.DA TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Inicialmente veremos o conceito de prova que, segundo o dicionário Michaelis (1998, p. 1718), significa “aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, ou aquilo que mostra ou confirma a verdade de um fato”. No campo jurídico, segundo Rangel (2008, p. 405), prova é “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa”.

A prova é antes de tudo um meio para reconstruir a história, reviver um fato, conforme Carnelutti (2006, p. 46) onde diz “as provas servem, precisamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer ou, melhor ainda, para reconstruir a história”. Já na compressão de Tourinho Filho (2006, p. 213), prova é demonstrar a verdade:

[...] antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.

O ato de provar, meio e o resultado da ação de provar são os três sentidos para o termo prova, como preceitua Nucci (2009, p. 388):

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

De fato, no processo penal, a prova é a busca da verdade real, diferente do processo civil em que a prova é a busca da verdade formal. A principal finalidade da prova é o convencimento do juiz que é o destinatário final das provas. Para Távora e Alencar (2012, p. 376) as partes também são destinatários, mas indiretos, pois “convencidos daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão”.

São meios de prova todos aqueles em que o juiz direta ou indiretamente utiliza para que a verdade dos fatos seja conhecida, Rangel (2008). Já para Távora e Alencar (2012, p. 376) busca-se a verdade viável dentro do que foi obtido nos autos, por isso [...] “a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido” [...]

Em verdade, o ato de provar é a apuração da verdade, apuração que se dá, conforme Mirabete (2001, p. 256), “pela instrução, fase processual em que as provas podem ser divididas em diretas e indiretas”.

Noutro lado, são objetos de provas, segundo Nucci (2008, p. 378), “os fatos que as partes pretendem demonstrar no interesse do processo para que no julgamento o juiz tenha a seu dispor meios para formar sua convicção proferindo sentença de forma justa”. Para Tourinho Filho (2006), somente os fatos que dão lugar a dúvida é que constituem objeto de prova, pois se não há dúvidas sobre a fato apontado não há o que se provar.

Nessa linha, a legislação não precisa ser provada pelas partes acerca de sua existência, todavia há casos excepcionais, conforme preceitua Nucci (2008, p. 378):

Excepcionalmente, a parte deve fazer prova quanto à existência e conteúdo de um preceito legal, desde que se trate de norma internacional, estadual ou municipal (nestes últimos dois casos, caso se trate de unidade de Federação diversa daquela onde está o magistrado), bem como no que toca a estatutos e regras internas de pessoas ou personalidades jurídicas. Prova-se, ainda, regras de experiência, porque, na essência, são fatos reiterados [...]

Portanto, o foco do objeto da prova são os “fatos relevantes”, conforme asseverou Távora e Alencar (2012, p. 377) quando aduziu que “o réu defende-se dos fatos, e não da tipificação jurídica dada a estes. É a coisa, o fato, o acontecimento deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor.”

Noutro vértice, independem de prova, segundo Mirabete (2000), os fatos axiomáticos (intuitivos), notórios e presumidos. O fato incontroverso não se exclui do objeto da prova no processo penal, pois apesar de incontroverso em virtude da busca da verdade real tal prova não deve ser descartada podendo causar danos irreparáveis ao réu, Mirabete (2000, p. 257) dissertou:

O juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam conteste, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio e suspeito. Como acentua Fenech, em virtude da vigência dos princípios da investigação oficial e da verdade material, o julgador deve chegar à verdade dos fatos tais como ocorreram historicamente e não como queiram as partes. Isso não obsta, p. ex., que a confissão do acusado, como meio de prova, seja prova das mais eficazes para que o julgador forme sua convicção sobre a certeza dos fatos. Mesmo ela, porém, pode ficar sujeita a questionamento pelo julgador.

Acerca dos fatos notórios Tourinho Filho (2006, p. 215) discorreu que “excluem-se os fatos notórios. Provar a notoriedade é tarefa de louco, já se disse. Tanto a evidência, quanto a notoriedade não pode ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato.” Logo, podemos afirmar que os fatos, quanto objeto da prova, devem ser os verdadeiros, pois a prova nada mais é que um instrumento da busca da verdade real.

A prova pode ser classificada quanto a seu objeto, sendo direta ou indireta. Távora e Alencar (2012, p. 378) define prova direta como sendo a prova que se

refere diretamente ao fato a ser provado, por si só demonstrando. Rangel (2008, p. 408) dita a prova direta:

[...] será quando se referir ao próprio fato probado. Pois o fato é provado sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção. É aquela que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. No crime de homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face da ação do agente.

Já a prova indireta se determina da necessidade de uma construção lógica, como o indício. Um exemplo de prova indireta por presunção: se houve um assassinato e uma pessoa está com uma arma na mão ao lado do cadáver, logo, por dedução lógica, foi essa pessoa que cometeu o assassinato. Há uma diferença tênue entre indício e presunção, porém não se confundem, o indício é um fato provado, que não tem relação direta com outro, como um homicídio, já a presunção é a dedução lógica que faz a ligação entre o indício (fato provado) e o homicídio. Rangel (2008, p. 433) nesse sentido: “[...] o fato certo e provado é o indício. O raciocínio que se faz para chegar ao fato incerto que se quer provar é a presunção”.

Pode ser classificada quanto ao efeito ou valor, sendo plena ou não plena, Távora e Alencar (2012, p. 379) define as provas plenas como “aquela necessária para condenação, imprimindo no julgador um juízo de certeza quanto ao fato apreciado. A não plena ou indiciária: é a prova limitada quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares”.

Quanto ao sujeito ou causa pode ser classificada em real ou pessoal, conforme assevera Mirabete (2000, p. 258):

São reais as provas que consistem em uma coisa ou bem exterior e distintas do indivíduo (a arma, o lugar do crime, o cadáver, as pegadas, as impressões digitais etc.). São pessoais as que exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a alguém: o interrogatório, os depoimentos, as conclusões dos peritos etc.

No tocante a forma, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais. Prova testemunhal, segundo Távora e Alencar (2012, p. 379), “é expressa pela afirmação de uma pessoa, independentemente, tecnicamente, de ser

testemunha ou não”. Documental é o que está expresso graficamente a manifestação. Já a material é qualquer elemento que demonstra o fato.

Por sua vez, a prova emprestada é aquela colhida em um processo e utilizada por outro, todavia só terá validade se essa prova passar pelo contraditório. A prova emprestada deve ser utilizada com cautela, a sua utilização para a livre convicção do magistrado deve corroborar com outras provas realizadas com todas as garantias constitucionais.

Para sua validade a prova emprestada sempre terá que passar pelo contraditório, e a prova a ser requerida tem que ter sido realizada observando todo o procedimento previsto, com todas as garantias.

A natureza jurídica da prova emprestada é de prova inominada e sua forma é sempre documental, inominada porque não prevista de forma taxativa no CPP, e documental porque sempre estará documentada em outro processo, como o depoimento de testemunhas que estarão reduzidas a termo no processo o qual foi produzido.

Na compreensão de Rangel (2008, p. 249) há quatro requisitos para prova emprestada, quais sejam:

- a) que tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes.
- b) que tenham sido observadas, no processo anterior, as formalidades previstas em lei durante a produção da prova.
- c) que o fato probando seja o mesmo.
- d) que tenha havido o contraditório no processo o qual a prova será transferida.

Nessa linha tem-se, também, os meios de prova que são tudo aquilo que se utiliza para demonstrar o que se alega no processo ou tudo aquilo que se utiliza para formar o convencimento do juiz. Para Távora e Alencar (2012, p 379) meios de prova “são recursos de percepção do convencimento”.

Tonini (2002) define meio de prova como sendo o instrumento processual que permite a aquisição de um elemento de prova. Os meios de prova, para Rangel, *apud* Távora e Alencar (2012, p.379), “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não”, são as provas nominadas e as inominadas. O Código de Processo



Penal não traz todos os meios de prova de forma taxativa, portanto se dividem em provas nominadas e inominadas, estas são as que não estão expressas nos art. 158 a 250 do CPP, nesse sentido Távora e Alencar (2012, p.379) asseverou que “o princípio da verdade real (verdade processual, *rectius*), iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios de probatórios não disciplinados em lei, desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento”.

É pacífico na doutrina e jurisprudência a possibilidade de utilização de provas inominadas, mas “sempre cuidando-se para que o meio probatório não atente contra a moralidade ou viole a dignidade da pessoa humana”, conforme narra Tourinho Filho (2006, p. 220).

Como no processo penal vigora o princípio da verdade real não há qualquer limitação aos meios de prova, nesse sentido Tourinho Filho (2006, p. 219) discorre:

A atitude do juiz no cível, doutrina Dellapiane, é, em certo modo, passiva, e a prova reveste, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que se lhe apresenta reconstruído pelas partes, está obrigado a procurar, por si mesmo, essas verdades.

Na própria redação do artigo 155 do CPP fica claro a utilização das provas nominadas e inominadas, veja:

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.

Já no artigo 157 do CPP há a limitação do uso das provas, sendo inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Provas indiciárias também são consideradas meios de prova, contudo sua valoração deve ser acompanhada de outros meios de prova (BRASIL, 1941).

No que concerne ao ônus da prova, conceito entendido como o encargo, peso ou obrigação atribuída a uma das partes de provar determinado fato alegado, verifica-se que, em regra, no âmbito do processo penal, compete à acusação a

responsabilidade pela comprovação do crime imputado ao acusado por meio da denúncia, incluindo também as circunstâncias que eventualmente possam resultar no aumento da pena. Entretanto, excepcionalmente, o réu poderá ter a incumbência de provar fatos alegados em sua defesa, principalmente quando envolver circunstâncias que excluam a culpabilidade ou a ilicitude da conduta delituosa (BRASIL, 1941).

A presunção de inocência como direito fundamental leva ao acusador a obrigação de provar todos os fatos que podem levar a uma condenação. A regra de quem alega o fato não é absoluta, pois no processo penal pode o juiz, de ofício, promover diligências para que não parem dúvidas sobre fato alegado. Assim dispõe o art. 156 do CPP:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

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;

II—determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (BRASIL, 1941).

Nesse sentido Mirabete (2001, p.264) esclarece que muito embora o juiz não deve assumir o papel de parte, sob o risco de ser imparcial no julgamento do processo, assim dispôs:

Embora o juiz não deva assumir o papel da parte acusadora ou da defesa, permite a lei que, em casos de dúvida, procure esclarecê-la determinando a realização de diligências. Essa possibilidade de o juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo das incertezas no processo penal e facilita a busca da verdade real. O processo penal, ao contrário do processo civil, não transige com essa busca da verdade real.

Não está o juiz obrigado a determinar as diligências, essas não devem ser determinadas por mero capricho, assim dispõe Mirabete (2001, p. 264):

A autorização legal para a iniciativa do juiz na produção de prova evidentemente não permite que determine investigação por mero capricho, que exponha terceiro a vexames ou humilhações ou que, vencendo os limites do admissível, venha provocar diligência arbitrária, sem qualquer vínculo com os fatos e as demais provas dos autos.

O juiz não deve ter o temor de beneficiar a acusação ou a defesa, mas sim buscar sempre a verdade, impulsionando o processo de ofício, dispõe Nucci (2013) que o impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. Ademais, importante pontuar que o procedimento legal deve seguir à risca, designando-se audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença.

Sendo assim o princípio do devido processo legal deve ser sempre respeitado, sob pena de gerar nulidades, nesse sentido Messias (2001, p. 89):

No processo penal, há interesse do Estado na punição do culpado e o interesse do particular acusado em provar sua inocência, com preservação de sua liberdade. Essa colisão deve provocar o intento de observação estrita das normas processuais asseguradoras dos direitos dos acusados, fazendo com que a norma de processo caminhe atrelada e paralela à supremacia do preceito Constitucional.

A prova no processo penal não deve distanciar das garantias constitucionais, a busca do interesse social, Mittermaier (1997, p. 14) “assevera que os motivos que guiam o legislador ao traçar as regras de prova, são os mesmos motivos gerais que presidem a toda a organização do processo criminal.” Sendo eles, o interesse da sociedade, a necessidade da punição de todo o culpado, a proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito no processo criminal podem ser gravemente comprometidas, por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar a um inocente.

No processo inquisitivo, antigo, segundo Mittermaier (1997, p.127), existia a prova de defesa e a prova de acusação, no sentido em que cabia ao acusador a prova da imputação, e a de defesa, no sentido de o acusado se defendia dando a prova dos fatos que o favoreciam. Em resumo, o ônus da prova é de quem alega o fato, podendo o juiz na busca da verdade real requerer diligências para elucidações, sendo seu papel nesse sentido o de complementar, não podendo tomar para si o lugar das partes no processo.

Dentro desse contexto de produção e valoração da prova, destaca-se o exame pericial como um instrumento essencial para a formação do convencimento do magistrado. Como o juiz não possui formação em todas as áreas do conhecimento, a perícia assume papel fundamental ao fornecer subsídios técnicos capazes de orientar decisões mais justas e fundamentadas.

Com a introdução da Lei 11.690 de 2008, não é mais necessários dois peritos oficiais para realização da perícia técnico, bastando um. Na ausência de perito oficial faz-se necessária a presença de dois peritos designados pelo juiz, que devem ser pessoas idôneas, portadoras de curso superior (BRASIL, 2008).

No tocante ao interrogatório do réu, sob a nova ótica constitucional passou-se a ser um meio de defesa e não mais de prova, apesar de continuar tendo valor probatório. Inclusive é nulo, em que pese haver decisões contrárias do STF, o processo em que não é oportunizado ao réu a realização de seu interrogatório, não sendo, contudo, obrigado a participar do interrogatório. Nucci (2009, p. 421) conceitua o interrogatório:

Interrogatório é a fase da persecução penal que permite ao suposto autor da infração esboçar a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa. Terá o imputado contato com a autoridade, o que lhe permite indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio.

Assim, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução do processo, conforme dispõe a Lei 11.719 de 2008, modificando a legislação a um modelo acusatório e não inquisitório, como antes, sendo que “a audiência de instrução e julgamento só se realizará após a apresentação da defesa do réu”, conforme Oliveira (2009, p. 365).

Noutro lado, a oitiva do ofendido tem natureza de meio de prova, apesar de dever ser utilizada com cautela, conforme Kagueiama (2024, p. 54), “é aproveitado com maior razão nos crimes de difícil constatação, como é o caso de crimes sexuais”.

Noutro lado, a prova testemunhal, o meio de prova mais utilizado no processo penal, é quando um indivíduo que não tem interesse no processo declara em juízo o que sabe sobre os fatos e confirma ou não a veracidade do alegado (art. 203 do CPP). Prevalece a palavra falada no depoimento de testemunhas, podendo ela fazer consultas em anotações (art. 204, parágrafo único do CPP). Há, porém, exceções quanto a oralidade, como os mudos e surdos e por prerrogativa de função, sendo que certas autoridades podem prestar o depoimento por escrito, respondendo as perguntas da defesa, acusação e do magistrado por ofício (art. 221, § 1º do CPP) (BRASIL, 1941).

Deve-se prestar o depoimento com objetividade, sem emitir opinião sobre os acontecimentos, salvo quando inseparáveis dos fatos conforme dispõe o art. 213 do CPP. Devem ser ouvidas em separada, tratando-se que umas testemunhas não tenham contato com o depoimento das outras. Para Tourinho Filho (2018, p. 625), a “testemunha narra fatos já ocorridos e não que irão ocorrer, essa é a regra da retrospectividade”.

O artigo 207 do CPP define as pessoas que estão proibidas de depor, são elas: as que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada quiserem dar seu depoimento (BRASIL, 1941). As testemunhas podem ser ouvidas por carta precatória, devendo as partes serem intimadas da expedição da missiva. Há também a possibilidade de realização da oitiva da testemunha por videoconferência podendo até ser realizada na audiência una de instrução e julgamento, conforme dispõe o art. 222, § 3º do CPP, regulamentado pela resolução nº 354 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020).

Outra prova é o reconhecimento de pessoas e coisas, que se traduz no ato em que uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra, assim Oliveira (2009, p. 411) define reconhecimento de pessoas e coisas, [...] “trata-se de mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades”.



A acareação, art. 229 do CPP, é quando se coloca duas ou mais pessoas, sempre de divergirem de suas declarações, frente a frente para esclarecer ponto a ponto as afirmações apontadas (BRASIL, 1941).

Vale ressaltar que os documentos, que podem ser apresentados em qualquer fase do processo, são definidos de forma estrita pelo CPP em seu art. 232, todavia o conceito de documentos adotado pela doutrina é mais amplo, aquiesça Nucci (2009, p. 497):

É toda base materialmente disposta a concentrar e expressar u pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, entre outros. Trata-se de uma visão amplificada do tradicional conceito de documento – simples escrito em papel – tendo em vista a evolução tecnológica [...]

Podem os documentos ser públicos ou particulares, sendo públicos os produzidos por funcionário público no exercício de sua função e particulares sendo produzidos por particulares. Os documentos de língua estrangeiras devem ser traduzidos para o vernáculo nacional, para Nucci (2009) os documentos que estão em línguas que podem ser facilmente entendidas por ambas as partes, como o espanhol, não há necessidade de tradução, devendo, contudo, o juiz determiná-la, caso requeira alguma das partes.

2.PRINCÍPIOS E OS LIMITES LEGAIS PARA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS

Sobre os princípios que regem as provas, a autorresponsabilidade é o princípio em que as partes assumem a responsabilidade pelos atos não praticados, conforme assevera Távora e Alencar (2012, p. 400) “a frustração e o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução”. Esse princípio está ligado ao ônus da prova.

A respeito dessa matéria Messias (2001, p. 59) discorre:

A inércia ou desídia do defensor ou do acusador poderá apresentar descuido fatal aos interesses do processo, e, por extensão, à própria

justiça. Os atos negligentes de qualquer delas poderá representar um ônus processual, assim como os atos de má-fé deliberada ou intencional.

Ou seja, cada parte deve assumir a responsabilidade das consequências de sua inatividade ou de seus erros, acerca das provas que produziu ou que deveria produzir. O princípio da audiência contraditória em que sempre haverá a possibilidade da contraprova, passando-se, toda prova, pelo contraditório, toda prova juntada aos autos, independente do momento processual deve oportunizar a parte contrária a sua apreciação, os seus conhecimentos (RANGEL, 2009).

Pelo princípio da aquisição ou comunhão entende-se que a prova não tem dono, pertence à busca da justiça e pode ser utilizada por ambas as partes, uma vez produzida a prova ela não pode ser descartada porque a requereu pelo simples fato de prejudicar o requerente, este princípio não se confunde com a autoincriminação.

Na definição de Rangel (2009, p. 411) esse princípio é uma consequência lógica dos princípios da verdade processual e da igualdade entre as partes do processo, assim ele dispõe:

Por conclusão, os princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas.

Portanto, em decorrência da busca da verdade real, o processo sempre será o destinatário final da prova, não sendo as partes proprietária da prova.

Quanto a oralidade, expressamente previsto no rito dos juizados especiais criminais, se refere a atos processuais em geral, e se reproduz em outros quatro, conforme sustenta Pacheco (2006, p. 566): “imediação, concentração da causa, identidade física do juiz, e irrecorribilidade das decisões interlocutórias”. Mirabete (2001, p. 266) leciona sobre o princípio da oralidade:

Deve haver a predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates), mas essa predominância não é sensível ao nosso direito processual penal. Como consequência do princípio da oralidade busca-se concentrar toda produção de prova na audiência.



Conforme o próprio nome do princípio deixa claro, os atos processuais praticados sob a ótica deste princípio devem ser predominantemente orais, para, contudo, garantir a celeridade do processo. Já o princípio da identidade física do juiz tem por bem estabelecer que o juiz que participou da colheita da prova será o que sentenciará o processo, pois estará em melhores condições para se chegar a uma melhor convicção.

Introduzido de forma expressa no âmbito do processo penal brasileiro com a Lei 11.719/2008, que alterou o art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”, vem pôr fim a uma discussão doutrinária a respeito do tema, em que havia previsão legal do princípio da identidade física do juiz no processo civil e não no processo penal.

Eis o posicionamento de Moraes e Lopes (2001, p. 53) quanto ao tema aqui proposto:

Além da indispensabilidade do contato direto entre o juiz e as testemunhas, para melhor apreciar a credibilidade dos depoimentos, é imprescindível que o julgador tenha interrogado pessoalmente o réu, não só para sentir a versão dos fatos por ele formulada, como até mesmo para dosimetria da pena (personalidade do agente, intensidade do dolo etc.)

A possibilidade de audiências realizadas por meio de videoconferência para oitivas de testemunhas residentes em locais diversos a da sede do foro tem o condão de assegurar o princípio da identidade física do juiz, conforme art. 3º da resolução nº 354/2020 do CNJ que assim dispõe “Quando a testemunha arrolada não residir na sede do juízo em que tramita o processo, deve-se dar preferência, em decorrência do princípio da identidade física do juiz, à expedição da carta precatória para a inquirição pelo sistema de videoconferência”.

Em razão da busca da verdade real o princípio da liberdade da prova é uma de suas consequências lógicas, contudo sofre algumas limitações, não sendo, portanto, absolutas. Rangel (2008, p. 411) disserta sobre o tema: “[...] deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que efetivamente, a ele pertence; porém sua atuação encontra limites previstos em lei”.



Exemplo disso é que a decretação de extinção da punibilidade do acusado em razão de seu óbito só pode ser decretada caso seja juntado aos autos a certidão de óbito conforme dispõe o art. 62 do CPP. Outra limitação à liberdade das provas se encontra nas questões prejudiciais. Rangel (2008, p. 412) exemplifica o tema:

[...] no crime de bigamia (contrair alguém, sendo casado, novo casamento – art. 235 do CP), o réu alega que seu primeiro casamento foi declarado nulo e que, por isso, casou-se novamente. Se realmente seu primeiro casamento foi declarado nulo, não há crime. Assim, a questão de sabermos se realmente é ou não nulo o primeiro casamento impede a continuidade do processo criminal. Porém, é questão que deve ser decidida no juízo cível e não no penal.

Conforme vimos no capítulo anterior também há limitação imposta pela lei quando a prova a ser produzida diz respeito a segredo profissional, sendo inadmissível o depoimento de pessoas que devam guardar segredo. Os sistemas de valoração das provas estão presentes para que o julgamento seja transparente, demonstrando os motivos que se deu o convencimento do julgador, alcançando assim o efetivo provimento jurisdicional.

No sistema de certeza moral ou íntima convicção o juiz está livre para decidir, sendo que pode haver decisões mesmo sem motivação. O magistrado, conforme Oliveira (2009), pode buscar sua convicção fora dos autos, preceito esse adotado no sistema inquisitivo, onde impera a vontade do juiz, já ultrapassado nos dias atuais.

Já no sistema das provas legais, certeza moral do legislador ou das provas tarifadas, instituído para reduzir o poder que o juiz tinha no sistema anterior, a lei estipula o valor das provas separadamente, além de estabelecer rol taxativo das provas para cada tipo de delito, conforme comanda Oliveira (2009, p. 328) “[...] no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável”.

Por outro lado, o sistema de livre convencimento motivado do juiz, vigente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz está limitado as provas nos autos, porém é livre para valorar cada uma conforme sua convicção pessoal.

Quanto ao livre convencimento do julgador Barros *apud* Messias (2001, p. 206) recomenda cautela na sua utilização:

Mas a liberdade do juiz tem sérios limites e não significa substituir a prova por meras conjecturas, ou pela sua própria opinião, ainda que esta seja a mais honesta. Não pode também alterar a forma de apreciação e recolhimento da prova no processo, nem substituir prova direta pela indiciária, visto que esta é a extrema *ratio* de que se pode servir o julgador.

Nesse caminho o juiz busca pesar sempre a prova e sua contraprova, perquire a correta valoração das provas, levando em consideração as robustas em detrimento das frágeis. Não é possível utilizar a prova indiciária excluindo a prova direta, mesmo que por raciocínio lógico se chegue a uma probabilidade elevada, todavia, pelo livre convencimento motivado do juiz, é possível utilizar a prova indiciária e a produzida na fase do inquérito quando há outros elementos colhidos na fase judicial, entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF, AP 883/DF, 2018). Assim o livre convencimento motivado do juiz é o sistema que leva o julgador a valorar segundo suas convicções sem que atue de forma abusiva (STF, HC 116.153/MS, 2013).

Quanto as provas ilícitas, são as que violam princípios penais constitucionais e disposição de direito material, a exemplo das interceptações telefônicas. As provas ilegais são aquelas que violam a norma processual e princípios constitucionais em relação ao devido processo legal, conforme aponta Távora e Alencar (2012).

Aquelas produzidas sem as formalidades da lei processual são tidas como irregulares, por isso também são inválidas, exemplo é o mandado de busca e apreensão confeccionado sem as exigências legais previstas no art. 243 do CPP, tese essa adotada por Rangel (2008).

Com a introdução da Lei 11.690/2008 no ordenamento jurídico brasileiro, que modificou o art. 157 do CPP, a expressão “provas ilícitas” foi classificada como gênero, ou seja, a lei trata provas ilícitas, ilegítimas ou irregulares com sendo provas ilícitas (BRASIL, 2008).



As provas ilícitas por derivação são entendidas como aquelas que são produzidas em razão exclusivamente da prova ilícita principal, ou seja, conforme Nucci (2009), todas as que sucederem das ilícitas são também inadmissíveis. Assim diante de uma informação, obtida em um depoimento de testemunha sob tortura, de que há o produto do crime em determinada residência, mesmo com ordem judicial, essa prova arrecadada por meio de busca e apreensão é também, por derivação, ilícita.

Contudo a legislação processual estabelece uma exceção, qual seja, a prova derivada da ilícita que por meio de outra fonte independente poderia ser obtida, afastando a sua ilicitude. Registre-se o condão do legislador em tentar dar caráter lícito a prova ilícita por derivação, esse dispositivo estabelece que não somente a prova que iria ser inegavelmente descoberta, mas que somente por uma consequência lógica, seguindo os trâmites típicos e de praxe a prova seria descoberta.

Para se evitar consequências danosas o magistrado deve buscar no caso concreto a correta aplicação de ilicitude ou não da prova derivada da ilícita.

Um dos principais princípios de proteção das liberdades na ordem constitucional vigente, está implícito na Constituição da República Federativa do Brasil. Princípio criado para assegurar as garantias individuais (BRASIL, 1988).

O princípio da proporcionalidade, no entendimento de Pacheco (2006), é subdividido em subprincípios, quais sejam: a) princípio da adequação ou da idoneidade; b) princípio da necessidade; c) princípio a proporcionalidade em sentido estrito. O meio deverá sempre ser adequado ao fim pretendido sob pena de violação do princípio da adequação, uma medida constrictiva deve sempre ser proporcional ao fim a que se destina.

O princípio da necessidade está ligado a qual meio será utilizado para se terminar pretendido, é a utilização que menos agride as garantias constitucionais. Nas palavras de Pacheco (2006) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se refere a ponderação dos interesses em conflito. Fernandes (2002, p. 55) a respeito desse princípio discorre:

Haverá observância do princípio da proporcionalidade se predominar o valor de maior relevância, evitando-se, assim, que se imponham restrições aos direitos fundamentais desmedidas, se comparadas com o objetivo a ser alcançado. Assim, o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor por ele protegido.

Na utilização das provas ilícitas, conforme Távora e Alencar (2012) fica claro a utilização deste princípio, se de um lado está a busca da punição e a legalidade das provas e do outro o *status libertatis* do réu, este último bem deve preponderar.

Nas palavras de Távora e Alencar (2012, p. 390) quanto a utilização desse princípio na utilização de provas ilícitas:

[...]a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arpejo da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência.

Esse princípio deve ser invocado principalmente no interesse do acusado, sendo possível a utilização da prova ilícita em favor do réu sempre que uma esteja em perigo uma violação de seus direitos individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da prova no processo penal brasileiro representa um eixo fundamental para a realização da justiça, exigindo rigor na observância dos direitos e garantias constitucionais. Ao longo deste estudo, buscou-se demonstrar que a prova no processo penal deve ser direcionada à busca da verdade real, distinta da verdade formal perseguida no processo civil, sendo essa busca pautada pela necessidade de preservar a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Analisamos os conceitos, a classificação e os meios de prova, bem como os princípios que orientam sua produção e valoração, destacando a importância do contraditório, da ampla defesa, da identidade física do juiz e da liberdade da prova



— sempre observados dentro dos limites impostos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

No que tange às provas ilícitas, ficou evidenciado que sua inadmissibilidade é regra fundamental para a proteção dos direitos individuais, embora, na prática, existam situações em que se verifica uma tendência preocupante à flexibilização dessa regra, muitas vezes sob o argumento da eficiência da persecução penal. Tal flexibilização, contudo, não pode se sobrepor aos valores constitucionais que sustentam o Estado Democrático de Direito.

O princípio da proporcionalidade, especialmente em sua vertente da proteção da liberdade individual, deve ser utilizado como instrumento de ponderação para situações excepcionais, admitindo-se a utilização de provas ilícitas apenas em favor da defesa do acusado, e jamais para fundamentar sua condenação.

Conclui-se que a prova no processo penal deve ser produzida e valorada com estrita observância dos princípios constitucionais e legais, sendo imprescindível que o Poder Judiciário atue como guardião das garantias fundamentais, assegurando a legalidade, a imparcialidade e a justiça dos julgamentos. Apenas com a fiel aplicação desses parâmetros será possível alcançar um processo penal verdadeiramente justo e legítimo.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas corpus n. 23.721/SP**, Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, 02 de mar. 2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200200918161&dt_publicacao=03/05/2004. Acesso em: 10 de março de 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 883/DF, Min. Alexandre de Moraes, Brasília, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%2088>



[3%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](#). Acesso em: 23 de abril de 2025.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1 ed. Sorocaba: Editora Minelli, 2006.

CASTRO, João Antônio Lima (coordenador). **Direito Processual: Interpretação Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2010.

COUTINHO, Nelson de Miranda (coordenador). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Victo Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal: procedimentos, nulidades e recursos**, volume 15. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. 3 ed. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4 ed. Niterói: Impetus, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Martins, Alexandra; Mróz, Daniela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal 3**. São Paulo: Saraiva, 2006.

