

TEORIA GERAL DAS PROVAS

1. Introdução

- *importância* do tema na dogmática processual penal.¹
- *paradoxo temporal*: passado, presente e futuro.²
- “ponto mais difícil do processo”³.
- atividade cognitiva do juiz (desconhecedor) pelos meios de prova (conhecimento indireto).
- limitações (naturais e jurídicas / constitucionais e legais) à questão probatória.
- *direito à prova*: direito de todas as partes quanto à busca, postulação, participação e valoração probatória.⁴

2. Núcleo Conceitual. Distinções.

- *prova*: noção / destinatário (julgador) / finalidade (captura psíquica ou persuasão racional).

2.1. Distinções

- fontes de prova x meios de prova x meios de investigação de provas.

2.2. Classificações (Meios de Prova)

2.2.1. Forma

- oral, documental e material / pessoal, documental e material / pessoal e real.

2.2.2. Objeto

- direta ou indireta.

2.3. Momentos Probatórios

- a) postulação; b) admissão; c) produção; d) valoração.

¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flavio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303; CONSO, GIOVANNI; GREVI, VITTORIO. *Compendio di Procedura Penale: appendice di aggiornamento*. Padova: Cedam, 2001, p. 276; TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*. 12 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2014, p. 115.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 535.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 265.

⁴ TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

3. Princípios / Garantias Probatórias

3.1. Jurisdição e Prova (Jurisdicionalidade e Contraditório Devido)

- *axiomas garantistas* (quando e como julgar?): A7 (“não há pena sem processo”) + A8 (“não há processo sem acusação”) + A9 (“não há acusação sem provas”) + A10 (“não há prova sem defesa”).⁵

- *contraditório pleno e ampla defesa*: atos de investigação X atos de prova.

- *fundamentação da sentença*: art. 155, *caput*, do CPP.

3.2. Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, da CF)

- regra formal ou probatória.

- “carga probatória” (?) / ônus X direito.

- *in dubio pro reo / favor rei*.

3.3. Inexigibilidade de Autoincriminação

- “*nemo tenetur se detegere*”.

3.4. Identidade Física do Julgador

- art. 399, § 2º, do CPP

4. Sistemas Processuais e Gestão da Prova

- sistemas processuais penais conforme o método de gestão da prova/iniciativa probatória (Jacinto Coutinho⁶).

4.1. Sistema Acusatório

- princípio dispositivo: gestão da prova pelas partes, sendo o juiz mero receptor da instrução penal (parte atora X juiz espectador).

4.2. Sistema Inquisitório

- princípio inquisitivo: gestão da prova pelo julgador, sendo o acusado mero objeto de investigação (acusado objeto X juiz inquisidor).

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 04 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Nota Dez Editora, n. 1, 2001, p. 37.

4.3. Regramento do CPP

- art. 156 do CPP.

5. Sistemas de Valoração da Prova

5.1. Ordálias (ou Ordálio)

- campo religioso;
- prova pela mera constatação.

5.2. Tarifado (ou Tarifário)

- hierarquização legal da valoração probatória.
- aplicação excepcional pelo ordenamento brasileiro (dimensão negativa): colaboração premiada (art. 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013).

5.3. Íntima Convicção

- extrema liberdade do julgador e ausência do dever de fundamentação
- risco de arbitrariedades e decisionismo.
- adotado no procedimento (especial) do júri (arts. 482 – 491 do CPP).

5.4. Livre Convencimento Motivado (ou Persuasão Racional)

- eficácia de cada prova para a determinação dos fatos estabelecida caso a caso, segundo critérios não predeterminados, discricionários e flexíveis, baseados essencialmente em pressupostos racionais.⁷
- adotado como regra no modelo brasileiro (art. 155, *caput*, primeira parte, do CPP).

6. Limites (Jurídicos) à Instrução (Probatória)

6.1. Âmbitos

- convencional e constitucional;
- penal e processual penal.

6.2. Extrapenal

- art. 155, § único, do CPP.

⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 04 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 387.

6.2. Processual Penal

- *classificações* em torno do “princípio da liberdade (relativa) das provas”: provas nominadas x provas inominadas / provas típicas x provas atípicas.

- *prova emprestada e transferência de provas*: testemunhal X documental X técnica.

- *desvio causal da prova e princípio da especialidade*: restrição a direitos fundamentais e cláusula de reserva de jurisdição: vinculação entre o meio de prova ou meio de investigação de prova e o caso penal específico – ex.: mandado de busca e apreensão.⁸

7. Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

7.1. Aspectos Gerais

- *regramento*: art. 5º, LVI, CF e art. 157 do CPP.

- *noção geral*: art. 157, *caput*, do CPP.

- *indistinação legislativa* entre provas ilícitas e provas ilegítimas.

- *sistemas sobre provas ilícitas*: a) admissibilidade/nulidade da prova ilícita (legítima); b) inadmissibilidade/exclusão da prova ilícita: b.1.) absoluta e b.2.) relativa (*pro reo*).

- *sistema legal: efeito (processual) da inadmissibilidade*: desentranhamento probatório (art. 157, *caput*, do CPP) / com exclusão decisória do julgador (art. 157, § 5º, do CPP)⁹¹⁰.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 584 – 591; GHIZONI DA SILVA, Viviani; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: um dilema oculto do Processo Penal*. Florianópolis: EMais, 2018.

⁹ O referido dispositivo foi introduzido no Código pela Lei n. 13.964/2019 (art. 157, § 5º, do CPP) com exatamente a mesma redação vetada em 2008 por ocasião da reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008 (art. 157, § 4º, do CPP - vetado: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”). Razões do veto (em 2008): “O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada. Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional”.

¹⁰ O art. 157, § 5º, do CPP teve eficácia suspensa, inicialmente, por decisão liminar do Min. Dias Toffoli proferida, em 15 de janeiro de 2020, em sede de Medida Cautelar na ADI 6298/2019 (julgamento *ad referendum* do Tribunal Pleno). O Ministro considerou a norma em questão inconstitucional por violação ao princípio da legalidade, dada a “vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita”, bem como por ofensa à garantia do juiz natural, uma vez que possibilitaria “a alteração do juiz competente

- *inutilização*: art. 157, § 3º, do CPP.

7.2. Derivações e Exceções à Ilicitude Probatória (no CPP)

- *ilicitude por derivação* (regra da contaminação): art. 157, § 1º, primeira parte, do CPP.

- *exceções*: a) ausência de contaminação por quebra do nexo causal; b) ausência de contaminação por fonte independente da ilícita (art. 157, § 1º, segunda parte, do CPP).

- *fonte independente*: art. 157, § 2º, do CPP.

- críticas doutrinárias à generalização das teorias da fonte independente (*independent source doctrine*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) / vagueza e abstração x expansionismo punitivo.¹¹

7.3. Proporcionalidade: Proibição Probatória X Direito à Prova da Inocência

- prevalência do direito à prova da inocência.¹²

no interior da fase processual”. Posteriormente, no dia 22 de janeiro de 2020, o Min. Luiz Fux, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, também proferiu decisão liminar suspendendo “*sine die* a eficácia, *ad referendum* do Plenário, “da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (Artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal)”.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...*, p. 601-604.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 122.