



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

JOSÉ ROBERTO BATISTA FILHO

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PROVA
ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

SALVADOR
2017

JOSÉ ROBERTO BATISTA FILHO

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PROVA
ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Pós Graduado em Ciências Criminais.

Orientador (a): Prof. Ruda Figueiredo

**SALVADOR
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ ROBERTO BATISTA FILHO

A (IN)ADMISSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Pós
Graduação em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte
banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, 19/09/2017

RESUMO

O tema da pesquisa concentra-se, precipuamente, em estudar a impossibilidade ou possibilidade da utilização das provas ilícitas no processo penal, tomando como base a sua ponderação com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é uma garantia fundamental amparada pela Carta Magna de 1988, porém buscando defender também princípios como a ampla defesa e o contraditório, são possíveis utilizar-se da proporcionalidade como um sistema de freios e contrapesos para utilizar as provas ilícitas em benefício do réu.

Essa ponderação, utilizada pela proporcionalidade, vem demonstrar que nenhum princípio é absoluto de modo a anular outro princípio que também é amparado pela Constituição Federal de 1988.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	09
2.1 Presunção de Inocência	09
2.2 Direito ao Contraditório	11
2.3 Princípio da Verdade Real.....	13
2.4 Princípio da Proporcionalidade.....	15
2.5 Princípio do Devido Processo Legal.....	17
3. TEORIA DA PROVA.....	19
3.1 Finalidade da Prova	21
3.2 Meios da Prova	22
3.3 Classificação das Provas	24
3.4 Provas em Espécie	25
3.4.1 <i>Exame pericial</i>	25
3.4.2 <i>Exame de corpo de delito</i>	26
3.4.3 <i>Interrogatório do acusado</i>	29
3.5 O problema da verdade no Processo Penal.....	31
4. DAS PROVAS ILÍCITAS.....	34
4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada.....	36
4.2 Teorias da Prova	37
4.3 Admissibilidade da Prova Ilícita.....	41
4.4 Inadmissibilidade da Prova Ilícita	42
4.5 Provas Ilícitas pro Societate	47
4.6 Prova Ilícita pro Reo.....	50
4.7 A Delação e seu valor como prova.....	53
4.8 Jurisprudência e a prova ilícita	58
5. CONCLUSÃO	62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA	67

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade estudar a possibilidade da aplicação das provas ilícitas no processo penal brasileiro, procurando utilizar de uma análise de conflitos entre os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal.

Para atingir a finalidade da pesquisa, foram estudados alguns objetivos específicos, sendo definido o conceito de prova e a sua necessidade no processo, verificou-se sua finalidade e seus meios. Na teoria geral da prova foi definido o conceito de prova ilícita e a sua (in)admissibilidade, tentando ponderar a aplicação da mesma no processo penal fazendo uma correlação com o princípio da proporcionalidade.

No nosso ordenamento jurídico foram vedadas a aplicação das provas ilícitas, com fundamento no princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo garantido como direito fundamental pela Carta Magna de 1988. Entretanto, em casos excepcionais, grande parte da doutrina se posiciona favorável à utilização das provas ilícitas, caso seja em favor do réu.

No presente trabalho buscou-se defender a utilização das provas ilícitas pro reo, considerando o princípio da paridade de armas, o Estado, representando a sociedade, tem uma diversidade de recursos para incriminar um indivíduo, enquanto o mesmo se encontra totalmente vulnerável dentro do processo que até mesmo nos tempos atuais ainda existem características de um procedimento inquisitório.

A proporcionalidade foi o meio utilizado para resolver os conflitos existentes entre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas com outros princípios fundamentais garantidos na constituição, como exemplo o contraditório e a ampla defesa.

No primeiro capítulo foram estudados os princípios constitucionais que norteiam o processo penal e onde é fundamentada e organizada toda a estrutura do estado democrático de direito e previstas todas as garantias, sendo respeitadas as regras do jogo.

No segundo capítulo, foi estudada a teoria geral da prova, levantando a sua finalidade, meios, classificação, e algumas das provas em espécie, pois para se

discutir acerca das provas ilícitas, temos que verificar como a mesma é produzida dentro do processo penal.

No último capítulo, discutimos acerca da prova ilícita e sua admissibilidade ou não no processo penal, trazendo a exceção para sua admissibilidade e os principais pontos sobre o tema.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são considerados os pilares de todo ordenamento jurídico, tendo em vista que orientam a maneira de agir diante das normas, e das situações concretas do cotidiano. Imprescindível é que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofrendo uma grande filtragem constitucional, sendo estabelecido um sistema de garantias mínimas. Como consequência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua instrumentalidade constitucional, processo sendo instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas.

Todo poder precisa de limites, pois tende a ser autoritário. Desta forma, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos de proteção contra o abuso do poder do estado. O que fundamenta a legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. Nesta análise, a função do magistrado é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

Ao se tratar de processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, a forma é garantia, pois se trata de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância ao devido processo penal, seguir as regras do jogo. Desta forma, os princípios constitucionais devem efetivamente fundamentar o processo penal.

Inúmeros são os princípios do processo penal que encontram base na Constituição Federal, sendo alguns deles de mais destaques e que serão abordados no presente trabalho, como exemplo: estado de inocência, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, legalidade, proporcionalidade, dentre outros.

2.1 Presunção de Inocência

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo princípio que rege o processo penal. Podemos entender da presunção de inocência é a formação do convencimento do

juiz que deve ser feito por meio do contraditório, em um processo que tem a estrutura acusatória.

Partindo de uma análise constitucional e da Declaração dos Direitos do Cidadão de 1789, relata para as três principais manifestações da presunção de inocência:

- Princípio em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o acusado diante da imputação punitiva estatal;
- Trata-se de um princípio que está diretamente ligado ao tratamento do imputado durante o processo penal, partindo da ideia de que ele é inocente e, portanto, devem reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo;
- Mencionado princípio consagra a ideia de que a prova é de quem alega que toda sua carga pertence ao titular da ação penal, ficando toda responsabilidade para acusação, impondo-se a absolvição do acusado se a culpabilidade não restar provada;

A presunção de inocência impõe um dever de tratamento ao acusado, *Aury Lopes Jr.* menciona como duas dimensões: interna ao processo e exterior.

A dimensão interna, dever de tratamento imposto, inicialmente ao juiz, pois determina que a carga da prova seja única e exclusiva do acusador, pois o réu sendo inocente, não precisa provar nada, sendo que a dúvida conduza diretamente a absolvição, vigorando o princípio do *in dubio pro reo*.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. Significa dizer que o princípio da presunção de inocência e as demais garantias constitucionais devem ser usados como limite ao abuso da mídia com relação ao fato criminoso e do próprio processo judicial. O “espetáculo” montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela presunção de inocência.

Da presunção de inocência decorrem duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusada, em regra, o Ministério

Público, tem o ônus de demonstrar durante o processo judicial a culpa do acusado e não este de provar sua inocência, tendo em vista que ele é presumidamente inocente.

Vale ressaltar que o princípio da presunção de inocência tem sido encarado como sinônimo de presunção de não culpabilidade. Acontece que enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece, mesmo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal permitindo as chamadas execuções provisórias da pena.

2.2 Direito ao Contraditório

O supramencionado está previsto no art. 5º, LV da Carta Magna nos seguintes moldes:

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ademais, existe a previsão do presente princípio no Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece no seu artigo 8º:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Uma parte da doutrina conceitua o princípio do contraditório com garantia que o réu tem em participar do processo, um meio de permitir a contribuição das partes para formar o convencimento do Magistrado ao dar a sentença. O Doutor Aury Lopes Júnior em sua obra de Direito Processual Penal leciona que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo protestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre as partes contrapostas: a acusação e a defesa.

O ato de contrapor o que foi alegado pela acusação como suposta verdade, é imperioso para a mínima configuração acusatória do processo. O princípio do contraditório conduz ao direito de audiência e alegações mútuas das partes. Desta forma, está totalmente relacionado a obrigação da reconstrução fática do delito seja feita com base na versão da acusação, mas também com base no que for trazido ao processo pelo sujeito passivo através da sua defesa, a “oportunidade da fala” tem que ser oportunizada para ambos os lados.

Em uma visão lata do processo, o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independente do lado em que esteja, seja de acusação ou de defesa. Segundo o professor Nestor Távora, trazendo afirmações do Elio Fazzalaria em seu Curso de Processo Penal, destaca:

a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra interessado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.

Desta forma, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, no tocante aos direitos nela contidos, como exemplo, direito de se manifestar, produzir provas, entre outros.

Destarte, importante esclarecer que o entendimento majoritário segundo o qual não é exigível o direito ao contraditório em sede de inquérito, já que se trata de procedimento administrativo de caráter informativo. Entretanto, o direito a publicidade, permitindo o acesso aos elementos colhidos no mencionado procedimento que já tenham sido efetuados, nos termos da súmula vinculante número 14.

2.3 Princípio da Verdade Real

Preliminarmente, devemos enfatizar que a verdade é una e indivisível. Segundo brocardo romano esclarece que “*veritas est indivisa et quod non est plene verum non este semiplene verum sed plene falsum*”, ou seja, a verdade é soberana e o que não for plenamente verdadeiro é plenamente falso.

No âmbito do processo, sua busca se dá por meio da reconstrução dos fatos, sendo que o principal objetivo é justamente buscar a verdade.

A verdade real é um dos princípios do Processo Penal, conhecido também como da verdade material ou da verdade substancial, determina que o fato investigado no processo deva corresponder ao que aconteceu fora dele, em toda sua plenitude, sem quaisquer tipos de presunções e ficções.

Nas palavras de Rogério Lauria TUCCI, a verdade real pode ser definida como “a reconstrução atingível de fato relevante e processual, inquisitivamente buscada para deslinde da causa penal”.

A reprodução da verdade no processo penal deve ser feita através da busca das melhores provas em matéria criminal. A título de exemplo, pode-se dizer que o depoimento de uma testemunha que presenciou o fato criminoso deve ser mais valorado que o daquela que tão somente tomou conhecimento do delito.

Podemos citar a regra contida no art. 156 do CPP, que possibilita ao juiz a determinação de diligências complementares, no curso da instrução ou até mesmo antes de proferir a sentença, quando entender necessárias para sanar dúvidas sobre pontos que entender relevantes.

Existem inúmero instrumentos processuais dos quais o magistrado pode se valer para a descoberta da verdade, ressaltando que a ele não é permitido ultrapassar o limite da legalidade, já que a apuração de fatos penalmente puníveis sem a sujeição a limite algum pode pôr em perigo a dignidade do ora acusado.

O princípio da verdade real ou substancial, também é conhecido como princípio da livre-manifestação da prova. Independentemente de como venha ser denominado, é de se destacar que a verdade real, pode se revelar surreal, inatingível.

Luigi Ferrajoli cita que:

“a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão’ de um ideal inalcançável”.

Neste contexto, deve-se buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), retirada de um processo pautado p no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, ampla defesa, paridade de armas e conduzido por magistral imparcial.

Aury Lopes Jr. destaca um erro em se falar *verdade real*, não só porque a própria noção de verdade é excessiva, mas também pelo fato de não se poder atribuir o adjetivo de real a um fato pretérito, que ficou única e exclusivamente no imaginário. Para o mencionado autor, o real está vinculado ao presente e o crime que foi cometido será reconstruído no processo.

No tocante as provas ilícitas, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, estabeleceram limites ao alcance da chamada “verdade real”. Ao citar que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, o legislador vedou as provas obtidas com violação à norma constitucional ou infraconstitucional, ainda que elas retratem a “verdade real”.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe a proibição da utilização das provas ilegais no processo, tendo previsão constitucional no art. 5º, inc. LVI. A mencionada vedação pode ser corroborada pelo princípio da legalidade que rege a administração pública, segundo o qual ao administrador só é permitido fazer o que a lei expressamente permite, e não existe preceito legal que autorize a obtenção da verdade a qualquer preço, ou seja, até o princípio da busca pela verdade real não é absoluto.

Deste modo, toda prova que contenha qualquer mácula de ilegalidade, seja ela representada pela ilicitude ou pela ilegitimidade, deve ser rejeitada pelo magistrado, pois contraria a moralidade que deve revestir todo e qualquer ato jurisdicional.

2.4 Princípio da Proporcionalidade

O mencionado princípio teve origem no direito americano, sendo também conhecido como “princípio da razoabilidade”. Entretanto, atingiu maiores desdobramentos no direito alemão, que utiliza a denominação de “proporcionalidade”.

Além da Alemanha, também contribuíram para essa sistematização os julgamentos do Tribunal Europeu de Direito Humanos. O princípio passou a ser objeto de estudo, em diversas áreas do direito, sendo aplicado de forma muito forte no processo penal.

O doutrinador Luiz Avolio descreve a respeito da evolução do princípio da seguinte forma:

Foi na Alemanha, no período pós II Guerra Mundial, que, rompendo-se, juntamente com outros países, como o Japão, com a ancestral tradição da civil law, se reuniram condições para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, contemplada nos arts. 1 e 2 da Lei Fundamental. Já se partia da superação da dicotomia *substance-procedure*, pela jurisprudência alemã, no reconhecimento de que a vedação probatória dessumida dos preceitos constitucionais representava, ao menos em princípio, a ‘sanção processual’ de um ilícito praticado sob o plano ‘substancial’.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi utilizado de início pelo direito administrativo, sendo o meio de limitação ao excesso de poder. No direito administrativo, o referido princípio surgiu principalmente em função do poder de polícia do ente público, sendo este exercido pelo Estado. Acontece que ele acabou se expandindo principalmente no campo das provas ilícitas.

A proporcionalidade tem caráter constitucional implícito na Constituição Federal, sendo que a doutrina ao descrevê-la menciona duas noções: lato e estrita.

Em sentido amplo/lato é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Com relação à dimensão estrita, a proporcionalidade se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação

adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que é levada a realidade.

Neste último conceito, existe a violação do princípio da proporcionalidade, quando fica claro o arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si só os apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente.

Existem três elementos que norteiam a composição do princípio da proporcionalidade.

O primeiro é denominado de pertinência, em conformidade com a linguagem constitucional dos tribunais. Verifica-se a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Deste modo, nota-se que esse princípio se confunde com o da vedação do arbítrio, que por vezes é utilizado com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade. Com a ideia de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, e a medida seja adequada para atingir o objetivo escolhido, ou, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim esperado.

O segundo elemento do princípio da proporcionalidade é a necessidade, também conhecido como proporcionalidade propriamente dita. É o subprincípio da necessidade, a medida não pode ser exagerada, ou seja, ela tem que respeitar os limites do indivíduo e conservar o fim legítimo que se almeja. De todas as medidas que igualmente servem para a obtenção do objetivo, cumpre escolher aquela menos nociva aos interesses do cidadão.

O terceiro critério para a formalização do princípio consiste na chamada proporcionalidade *stricto sensu*. A escolha recai sobre os meios, sendo no caso específico, acaba levando em conta os interesses em jogo. Quando se utiliza desse princípio, se defronta com uma obrigação e uma interdição: obrigação de fazer o uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.

No Brasil não existe qualquer consenso quanto à fundamentação do princípio da proporcionalidade, mas o que todos defendem é que este princípio apesar de não estar previamente estabelecido na Constituição Federal, ele se encontra expresso de forma implícita em seu texto legal. Desta forma, o mesmo possui uma grande importância no Direito, tendo em vista que serve para limitar o poder do Estado, bem como para resolver conflitos entre princípios fundamentais. Diante disso, deve ser

tratado como princípio constitucional, preceito de interpretação e aplicação de direitos e princípios fundamentais.

O princípio da proporcionalidade tem principal aplicação no direito processual penal, tal como se dá na disciplina legal da validade da prova. Se este é utilizado em favor do réu para o acatamento de prova que seria ilícita é pacífica, essa mesma utilização contra o réu para o fim de garantir valores como o da segurança coletiva é bastante discutida no Brasil. Pode-se afirmar que é minoritário o setor da doutrina e da jurisprudência que defende a aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade contra o acusado, para satisfazer pretensões do “movimento da lei e da ordem”.

2.5 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está estabelecido na Constituição Federal como garantia fundamental, em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” O devido processo legal é previsto em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Deste modo, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem o desvirtuamento de atos essenciais, tratando-se da aplicação da lei penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário. A pretensão punitiva deve fazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se princípios como o contraditório e a ampla defesa.

Preliminarmente, era predominante a visão do devido processo legal como resguardo de direitos subjetivos das partes. Entretanto, acabou perdendo essa característica, pois restou claro que as regras do processo legal são garantias, não direito das partes.

Com a decorrência do importante princípio da legalidade, o devido processo legal vem a ser uma obrigatoriedade inerente os atos processuais, e obedece ao que se encontra prescrito na lei.

O devido processo legal pode ser considerado como uma espécie de princípio-síntese, que dá um fundamento a todo o sistema jurídico penal. A partir

dele se desdobra os demais princípios processuais penais, como exemplo a ampla defesa e o contraditório. Ele atua como uma norma fundante de todo o sistema processual. Logo, todo ato que ofende este princípio, e aqueles que dele se derivam, resulta uma nulidade absoluta de maneira implícita.

Paulo Rangel destaca muito bem sobre o vínculo dos princípios através do devido processo legal:

Não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei. Não há como se respeitar o contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), estabelecendo a igualdade das partes na relação jurídico-processual, sem o cumprimento do preceituado nos arts. 261, 263, 265 c/c 394 e seguintes todos do CPP. A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma garantia fundamental do processo que está compreendida no devido processo legal.

O devido processo legal é dividido em duas espécies: substancial e processual. Sendo que a substancial leva em conta o direito material e requer uma produção legislativa razoável, quer dizer, as leis devem satisfazer ao interesse público, aos anseios do grupo social a que estão ligadas. São precisamente na razoabilidade das leis que se configuram os limites imprescindíveis ao poder Estado, de sorte a ser evitado o abuso de poder por parte do próprio Governo, garantindo-se ao cidadão a inafastável elaboração legislativa comprometida com os reais interesses sociais, vale dizer, a produção de leis razoáveis, assim denominadas em razão de atenderem aos anseios da sociedade.

De outro lado, o devido processo legal processual é o princípio empregado no sentido estrito, considerando tanto o processo judicial quanto ao processo administrativo, assegurando-se ao litigante, vários direitos no âmbito do processo a exemplo dos direitos: à citação, à ampla defesa, à apresentação de provas na defesa de seus interesses, a ter um defensor legalmente habilitado, ao contraditório, à contra argumentação face às provas arroladas pela outra parte (inclusive quando se tratar de prova testemunhal), ao juiz natural, ao julgamento público mediante provas lícitas, à imparcialidade do magistrado, a uma sentença fundamentada, ao

duplo grau de jurisdição. O processo precisa ser um instrumento de garantia contra os excessos do Estado.

É precisamente nesse aspecto processual que se faz uso, no Brasil, da expressão “devido processo legal” e se insere o contraditório, que, de forma conjunta com o direito de ação, a ampla defesa e a igualdade de todos perante a lei, engloba o acesso à justiça.

3. TEORIA DA PROVA

A prova pode ser definida como tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, ou seja, todo o material que é levado ao seu conhecimento, na expectativa de convencê-lo da realidade ou de um ato do processo. Ela é inerente ao desempenho do direito de defesa e de ação. Guilherme de Souza Nucci cita que:

O termo prova origina-se do latim – probatio -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Nestor Távora, acerca da prova te o entendimento abaixo mencionado:

A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Segundo ensinamentos do Guilherme de Souza Nucci, existem três sentidos para o termo “prova”, quais sejam: a) o ato de provar, que é o processo em que se

verifica a verdade do fato alegado, como exemplo, temos a instrução provatória onde as partes utilizam os elementos disponíveis para descortinar a “verdade” do que se alega; b) o meio para provar, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, um exemplo disso é a prova testemunhal; c) o resultado da ação de provar, que trata do produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos.

Aury Lopes Jr. em sua obra de Direito Processual Penal leciona que:

O processo é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato.

O ordenamento jurídico conceitua prova judicial como o meio pelo qual se demonstra em juízo a “verdade” fática alegada pelas partes. Em termos processuais, o ato de provar é o modo pelo qual se busca formar o convencimento do magistrado, referente a um acontecimento alegado no processo. A prova judiciária tem um objetivo definido a reconstrução dos fatos investigados no processo, onde se busca a maior coincidência com a realidade histórica.

Pode-se entender a prova como um elemento instrumental para que as partes (réu através do seu defensor e Ministério Público) influenciem na convicção do juiz, e o meio que este se serve para averiguar os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. A prova é o que se busca para configuração fática sobre questões que vão ser apresentadas e decididas no processo, é da prova que se serve o magistrado, formando depois sua convicção.

Toda pretensão prende-se a algum fato em que se fundamenta. As dúvidas relacionadas a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato, que devem ser resolvidas pelo magistrado, por conta dos acontecimentos passados. A prova pode ser definida, como o instrumento pelo qual o juiz forma sua convicção. Deste modo, a finalidade da prova é tornar a conduta criminosa conhecida pelo magistrado, que é seu destinatário.

Destarte, ao magistrado incumbe o papel de proferir a decisão coerente, justa e fundamentada nas provas trazidas aos autos pelo autor e réu no processo. Neste aspecto, deve o julgador garantir as partes plena participação na produção das

provas, caso contrário, estaria indo de encontro aos princípios constitucionais como, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Desta forma, as provas são os meios usados para reconstruir um fato passado, assim, denominado como crime. Aury Lopes continua dizendo que:

Um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã).

Ademais, levanta ao caso que o indivíduo que praticou a conduta criminosa não é o mesmo que está para julgamento e, não será o mesmo que cumprirá a pena estabelecida, sendo que, seu presente, futuro, será um constante reviver do passado.

O processo penal e a prova que nele é admitida integram o que se denomina de modo de construção do convencimento do julgador, pois o mesmo forma sua convicção legitimando o poder que contém a sentença.

Sendo assim, a atividade do magistrado é sempre recognitiva, pois, nas palavras do Mestre Jacinto Coutinho: *“a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto.”* Desta forma, se traz a importância do magistrado ser um ignorante do caso, pois desconhece do fato e tomará conhecimento através das provas produzidas pelas partes, formando então o seu convencimento.

3.1 Finalidade da Prova

Após conceituar a prova, devemos definir a sua finalidade, a partir dos ensinamentos do Tourinho Filho, “o objetivo da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa”.

Para Guilherme Nucci, a finalidade da prova é o poder que a mesma tem para convencer o magistrado a respeito da verdade acerca de um fato litigioso, buscando a verdade processual.

Nos ensinamentos do professor Aury Lopes, pode-se falar na chamada finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato pretérito, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder presente na sentença condenatória ou absolutória.

Em aspectos gerais, a prova está ligada a realidade, vinculando assim, a verdade, sendo direcionada para a convicção dos seres humanos. No aspecto jurídico, cuida-se da demonstração evidente da veracidade do fato. Desta forma, com a prova, busca-se demonstrar ao magistrado a realidade de um acontecimento de maneira clara. Sendo assim, quem prova, em regra, convence o Juiz.

O autor Guilherme Nucci de uma forma mais específica acerca da finalidade da prova dentro do processo penal relata:

“Para julgar o litígio, o Juiz fica conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência.”

Podemos definir que a prova judiciária tem um objetivo definido, que é o de reconstruir os fatos que foram matéria de investigação no processo, buscando alcançar a realidade histórica, com a verdade dos fatos, exatamente como ocorreu no espaço e no tempo.

3.2 Meios da Prova

Os meios de prova são todos os recursos, sendo estes, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade fática no processo penal. Como ensina Nucci “é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos provatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso.” De tal forma, demonstrou-se o princípio da verdade real, que obriga o juiz a investigar de que forma os fatos se procederam na realidade.

Inicialmente, destaca-se que o rol trazido pelo Código de Processo Penal, e, seus artigos 158 a 250, são caracterizados de forma exemplificativa. Deste modo,

surge o princípio do livre convencimento do magistrado como um sistema de apreciação da prova, segundo o qual o juiz decide livremente, conforme as provas acostadas nos autos, se vinculando aos critérios racionais e lógicos, conforme previsto no artigo 155, caput, do CPP, *in verbis*:

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, ressalvados às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Segundo as lições do professor Paulo Rangel, que define os meios de prova como “todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não.” De outro modo, seria o caminho utilizado pelo juiz para formar sua convicção acerca da situação fática ou coisas que foram alegadas pelas partes.

De maneira mais incisiva, Tourinho Filho diz que:

Meios de prova é como tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documentos, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova.

Os meios de prova podem ser divididos em lícitos, sendo que estes são admitidos pelo ordenamento jurídico ou ilícitos, contrários ao ordenamento jurídico. Destacando que somente o lícito pode ser levado em consideração pelo magistrado. No tocante aos meios ilícitos, se faz necessário esclarecer que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, atentatórios à dignidade da pessoa humana, a liberdade, bem como os contrários aos princípios gerais do direito.

Na concepção do professor Aury Lopes, pode-se diferenciar o meio de prova para o meio de obtenção da prova, definindo-se o primeiro como o meio pelo qual se oferece ao magistrado meios de conhecimento, formação fática do crime, sendo que

os resultados comprovatórios podem ser fundamentados diretamente na decisão. Podendo-se citar os exemplos de prova testemunhal, pericial e outras.

De outro modo, ainda nos ensinamentos do mencionado autor, destaca-se o meio de obtenção de prova, sendo que estes seriam os instrumentos para chegar-se à prova. Não sendo exatamente a prova, mas os meios para obtenção da mesma, citando como exemplos as delações premiadas, buscas e apreensões, e etc. Ressalta que não seria a prova, mas sim o caminho para a sua chegada.

Nas palavras de Badaró se definiria como:

Enquanto meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática; os meios de obtenção de prova são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador.

Em síntese, enquanto os meios de prova se prestam ao convencimento direto do magistrado, de outro modo, os meios de obtenção de prova somente indiretamente, podem ser considerados para servir a reconstrução fática do delito.

3.3 Classificação das Provas

As provas apresentam diversas classificações, seguindo diversos critérios, conforme escreve Malatesta, divide as provas segundo três critérios: do objeto, da forma e do sujeito. Neste contexto, a prova é classificada nos seguintes parâmetros:

Objeto da prova: recai sobre o fato que se pretende ser reconhecido como verdadeiro.

Sendo que este pode ser dividido entre direta ou indireta: a) direta quando se refere imediatamente ao fato cuja prova é alcançada; b) indireta baseadas em outros fatos, também denominado de indícios, alcançando o fato principal por meio de um raciocínio lógico.

O fundamento são os fatos relevantes, destaca-se que o réu defende-se de fatos, e não da tipificação jurídica atribuída a estes. O acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir o juízo de valor.

Sujeito da prova: se refere à pessoa ou coisa de quem ou de onde se derivou a prova.

São classificados entre reais ou morais: a) reais são os que aderem à coisa (exemplo: impressão digital na arma do crime – constatado através de prova pericial); b) morais são aqueles que possuem origem na pessoa humana (exemplo: testemunho do crime – adquirido através de prova testemunhal).

Forma da prova: pode ser dividida entre testemunhais, documentais e materiais.

Na testemunhal (colhida através de sujeito externo ao processo) há as testemunhas de defesa e acusação, oitiva da vítima e acareações; com relação à prova documental, existem os escritos públicos ou particulares, cartas, livros e etc.; e na material, esta é obtida por meios físicos, químicos ou biológicos, há o corpo de delito, vistoras, instrumentos do crime, exames e etc.

Em regra, o direito não precisa ser provado. Os fatos notórios são aqueles de domínio de parcela significativa da população, sendo também denominada de verdade sabida, e não carecem de provas.

O professor Nestor Távora, traz o conceito de fatos axiomáticos ou intuitivos, sendo assim definidos:

São aqueles que se auto demonstram, têm força probatória própria, e também não dependem de prova. Ex: o parágrafo único do artigo 162 do CPP dispensa o exame interno cadavérico, quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte, como no caso da decapitação, ou de carbonização do cadáver. Este fato seria evidente. A verdade salta aos olhos.

3.4 Provas em Espécie

3.4.1 Exame pericial

É o procedimento por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específico em determinada área do conhecimento. Pois, sendo o magistrado especialista em todas as áreas do saber, vale-se dos peritos para auxiliá-lo.

No tocante as perícias, são importantes afastar o endeusamento da ciência, ainda com forte presença no Direito. Pelo avanço dos estudos da ciência, não se garante pesquisa imune a erros e seus métodos, pois todo saber e teoria tem prazo de validade e nasce para ser superada.

Portanto, não restam dúvidas acerca do valor do conhecimento científico no uso da perícia, mas não se pode endeusá-la como absoluta, pois o saber científico é relativo e possui prazo de validade. Desta forma, resta evidenciado que não existe “rainha das provas” no processo penal.

Vale mencionar o que preceitua o artigo 182 do Código de Processo Penal; “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

Em síntese, o material demonstrado pelo perito e o seu juízo de valor não vincula o julgador, que fica livre para avaliar a perícia dentro do contexto probatório formado por diferentes segmentos de convicção.

A prova pericial é considerada uma prova técnica, na medida em que sua produção exige o domínio de determinado técnico. O perito é uma pessoa com conhecimentos específicos dos quais o magistrado, por sua formação jurídica específica, pode não ter. Ao mesmo é atribuído o trabalho de apreciar, através da sua experiência da sua formação, algum fato, ou circunstância que se tenha necessidade para a investigação ou processo.

A perícia, como regra, passam a ser realizadas por um perito oficial, isto é, pessoa que integra os quadros do próprio Estado, e portador de diploma de curso superior, sendo-lhes assegurada autonomia técnica, científica.

Exige-se dos peritos ainda a imparcialidade, sendo-lhes extensíveis as mesmas hipóteses de suspeição aplicadas aos juízes. Provando-se a parcialidade do perito, o mesmo deverá ser afastado por meio de exceção de suspeição ou pelo órgão julgador, em decisão irrecurável.

3.4.2 Exame de corpo de delito

Trata-se do conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, seus elementos, a materialidade, ou seja, tudo que pode ser examinado. Vale destacar

que o mesmo só será realizado nos crimes que deixam vestígios, portanto, crimes materiais. Como exemplo, as lesões corporais, o corpo da vítima no crime de homicídio, a droga apreendida no crime de tráfico e outros.

Por oportuno, ressalta-se que o exame de corpo de delito difere das perícias em geral, este é a perícia feita sobre os elementos que caracterizam a própria existência do crime. Já as perícias de modo geral são analisadas em outros elementos probatórios e sua ausência não afeta diretamente o convencimento do juiz.

O exame de corpo de delito é tão importante que não constitui apenas a existência do crime, mas também se caracteriza a suas causas de aumento de pena, como por exemplo, no crime de homicídio em que o autor do fato criminoso empregou veneno na comida da vítima e sem o mencionado exame não tem como se comprovar que ocorreu a morte por envenenamento e assim qualificando o crime.

Destaca-se que o exame do corpo de delito pode ser direto ou indireto.

Aury Lopes Jr. traz a seguinte denominação de direto:

A análise recai diretamente sobre o objeto, ou seja, quando se estabelece uma relação imediata entre o perito e aquilo que está sendo periciado. O conhecimento é dado sem intermediações entre o perito e o conjunto de vestígios deixados pelo crime.

Nestor Távora traz o conceito abaixo:

É aquele em que os peritos dispõem do próprio corpo de delito para analisar. Os vestígios estão à disposição dos peritos para que possam realizar o seu trabalho. Ex: no crime de lesões corporais, a vítima comparece ao instituto médico legal logo após a agressão para ser analisada.

A regra é que nos crimes que deixam vestígios, o exame do corpo de delito seja feita na modalidade direta.

A exceção à mencionada regra é a comprovação do crime pelo exame de corpo de delito na modalidade indireta.

O professor Nestor Távora conceitua da seguinte forma:

É realizado com a ajuda de meios acessórios, subsidiários, pois o corpo de delito não mais subsiste para ser objeto do exame. Resta a tentativa de elaboração do laudo por outros meios, como a utilização de fotos que tenham sido tiradas à época da agressão.

Contudo, não sendo possível a realização do exame, na modalidade direta ou indireta, pode-se valer de outros meios previstos em lei, como por exemplo, a prova testemunhal para atestar a materialidade delitiva, como dispõe o art. 167. Do CPP. Vale ressaltar que a confissão do acusado não é suficiente para comprovação da materialidade do delito.

Nesse contexto, deve-se seguir uma ordem na tentativa de comprovação da materialidade delitiva. Primordialmente, o ideal, é a realização do exame direto, que deve ser mais próximo do acontecimento, sem delongas, para que os vestígios sejam preservados. Caso não seja possível, será realizado o exame indireto, com o trabalho dos peritos, que elaborarão o respectivo laudo através das percepções extraídas dos elementos acessórios investigados. Entretanto, na impossibilidade de ambos, a prova testemunhal deve suprir a omissão.

De outro modo, existem crimes que é impossível se atestar a materialidade delitiva sem o exame de corpo de delito direto, tendo em vista a natureza e o *corpus delicti* que o constitui.

O professor Aury Lopes traz o seguinte posicionamento acerca do supramencionado:

Nos delitos envolvendo substâncias entorpecentes Não é razoável um juízo condenatório pelo delito de tráfico de drogas sem o exame direto que comprove a natureza da substância. Não bastam fotos ou depoimentos dizendo que a substância transportada, por exemplo, tinha cheiro e aspecto de maconha, e que, portanto, era maconha... A questão é técnica, exige o exame químico, sendo imprescindível o exame direto para verificar o princípio ativo.

3.4.3 Interrogatório do acusado

É a fase processual que permite ao suposto autor do fato criminoso informar sobre a sua versão dos fatos a ele imputados, exercendo, se desejar, a autodefesa. Neste momento, o imputado terá contato com a autoridade, o que lhe permite indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, e se for interessante, fazer o uso do direito ao silêncio sem que isso seja prejudicial.

Mesmo no interrogatório policial, o indiciado tem direitos garantidos, como os citados na fase processual, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, abarca o procedimento investigatório e um dos direitos garantidos ao imputado é a presença do seu defensor no momento das declarações do suspeito diante da autoridade policial, sendo este imprescindível.

O professor Nestor Távora traz algumas posições que se destacam referente a natureza jurídica do ato, vejamos:

- Interrogatório como meio de prova: tratamento atribuído pelo Código, destinado às provas em espécie;
- Interrogatório como meio de defesa: é na essência um meio de defesa, notadamente porque o réu pode invocar o direito ao silêncio, sem prejuízos. O interrogatório é o momento para o réu, levantar a sua versão dos fatos que estão sendo imputados, sendo expressão de autodefesa. O interrogatório pode funcionar como fonte de prova, mas não deve ser relacionado na esteira comum dos meios de prova.
- Interrogatório como meio de prova e de defesa: possui uma natureza jurídica híbrida, pois tanto é um meio de defesa, em razão das incontestáveis prerrogativas dadas ao réu pela lei, como também se trata de um meio de prova, tendo em vista que o juiz vai realizar perguntas pertinentes à elucidação dos fatos. O material ora colhido servirá para formar o convencimento do magistrado.
- Interrogatório como meio de defesa e como meio de prova de forma subsidiária: o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que para o acusado é calar-se, sem consequências por este comportamento. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que quiser, constitui

meio de prova, pois o magistrado pode levar em consideração sua declaração para uma sentença absolutória ou condenatória.

Com relação ao valor probatório do interrogatório, é levantado um modelo constitucional em que o interrogatório seja orientado pela presunção de inocência, visto como principal meio de do exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de trazer vida ao contraditório, permitindo a sujeito passivo ir de encontro ao que está sendo imputado ou aduzir argumentos para justificar sua conduta.

Especialmente no âmbito do inquérito policial, o interrogatório deve estar centralizado a se verificar se existem motivos suficientes para a abertura de um processo criminal.

O professor Aury Lopes Jr, traz uma conclusão importante sobre o momento do interrogatório para a investigação, vejamos.

Dentro da lógica que orienta a fase pré-processual, a eventual confissão obtida nesse momento tem um valor endoprocedimental, como típico ato de investigação e não ato de prova, servindo apenas para justificar as medidas adotadas nesse momento e justificar o processo ou não processo.

O professor Aury elenca uma série de regras que devem ser observadas para que se permita a defesa ao acusado, senão, vejamos:

- Deve ser realizado de forma imediata, ou, ao menos, num prazo razoável após a prisão;
- Presença de defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o sujeito passivo;
- Comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos e resultados da investigação e que se oponham aos argumentos defensivos;
- Proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou a colaborar com a investigação;
- Respeito ao direito ao silêncio, livre de pressões ou coações;

- Tolerância com as interrupções que o sujeito passivo solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com o defensor;
- Permitir-lhe que indique elementos de prova que comprovem sua versão e diligenciar para sua apuração;
- Negação de valor decisivo à confissão;

Os pontos citados acima são regras que deveriam ser adotadas no procedimento de interrogatório do acusado, vejamos que se trata de uma síntese para que possamos alcançar um processo justo e que se respeitem os direitos e garantias fundamentais garantidos pela carta magna e os pactos em que o Brasil é signatário.

3.5 O problema da verdade no Processo Penal

Quando se fala da prova no processo penal, acaba-se discutindo também acerca de qual tipo de “verdade” foi buscada no processo penal, pois este, através das provas produzidas é um modo de construção do convencimento do magistrado. Desta forma, o que foi trazido ao processo pode ter afetado diretamente o convencimento do juiz.

Os fatos demonstram que sempre que o processo penal tentou buscar uma verdade mais real e consistente, se deu por meio de excessos, de forma que se produziu uma “verdade” fragilizada e indo de encontro a direitos e garantias fundamentais que hoje são preservados em nosso ordenamento jurídico.

O processo que não respeitava os limites, que admitia inclusive a tortura, levou muitas pessoas a confessarem delitos que não cometeram, só para cessar a dor que estavam passando naquele momento.

A história da “verdade real” está diretamente ligada com a estrutura do sistema inquisitório, baseando-se no “interesse público”, através dos sistemas políticos autoritários, buscando-se a verdade a qualquer custo, onde acabou se “legitimando” o uso da tortura em determinados casos.

O mito da verdade real nasce na inquisição, sendo utilizada para justificar os atos abusivos cometidos pelo poder estatal.

Destarte, o processo penal é legitimado pela verdade processual ou formal.

Conceitua-se por uma verdade que é tomada com pelo fundamento de uma condenação, sendo alcançada, mediante o respeito das regras vinculadas ao fato e circunstâncias consideradas penalmente relevantes.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

A verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial.

Luigi Ferrajoli traz a seguinte definição de verdade processual:

Verdade aproximativa, aquela limitada “pelo que sabemos”, e, portanto, sempre contingente e relativa. Diferencia o autor a verdade processual fática da verdade processual jurídica. A primeira é uma verdade histórica, porque se refere a fatos passados. Já a verdade processual jurídica é classificatória, pois diz respeito à qualificação jurídica dos fatos passados a partir do rol de opções que as categorias jurídicas oferecem.

As distinções demonstradas são importantes para se demonstrar que os fatos passados não são passíveis de experiência direta, senão verificados a partir de suas consequências, de seus efeitos. Refere-se à interpretação das consequências dos passados trazidas para o presente. Nesse contexto, o juiz assemelha-se ao historiador, de modo que após um raciocínio indutivo chegará à conclusão que se existe uma probabilidade dos fatos levantados serem prováveis.

Neste sentido, quando se fala em verdade real, se confunde a palavra “real” com o “imaginário”, pois o crime é sempre um fato pretérito, logo, é história,

memória, vai ser sempre imaginário, nunca a realidade. De outro modo, a verdade processual jurídica está relacionada com a subsunção do fato à norma.

Contudo, para se desconstruir a falácia da “verdade real” não é suficiente, se faz necessário questionar também a denominada “verdade processual” e, principalmente, “ambição da verdade”.

Quem mais fortalece a ideia do abandono da busca pela verdade no processo é o CARNELUTTI, o mesmo segue com a denominação de “certeza”, contudo essa ainda não é satisfatória, pois traz um excesso em seu alcance.

Aury Lopes Jr. traz a proposta de que:

A verdade (ainda que processual) não é fundante ou legitimante do processo, senão contingencial. Importa fortalecer o respeito às regras do devido processo e evitar-se o outro extremo – decisionismo.

Continua o professor Aury acerca da verdade no sistema acusatório:

a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão/poder de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz.

Esses embates para convencimento do magistrado levanta a distinção do sistema acusatório com o processo inquisitório. Não se pode negar que a decisão possa corresponder ao que ocorreu, mas não se pode atribuir ao processo essa missão. Desta forma, não existem mais defesas para fundamentar a busca pela verdade, este passou a ser uma busca pela utopia.

A decisão dada pelo magistrado, depois de todo processo cognitivo não quer dizer que é o reflexo da verdade, e sim o convencimento do juiz que foi formado ao longo de toda instrução, depois de exercido o contraditório, respeitando-se as regras do jogo.

Nas palavras do professor Aury:

“O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal.”

O importante e fundamental para as partes é convencer o juiz, dentro das regras do processo penal. Sendo que é assim o funcionamento do sistema acusatório.

Essa “ambição de verdade” ou busca exagerada pelo alcance da verdade, deve ser limitada, como também limitado deve ser o poder. A busca pela eventual verdade dentro do processo penal acaba por destruir o contraditório e, deste modo, indo de encontro ao ponto crucial do processo democrático e constitucional.

Faz-se necessário dar-se conta de que a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar sob o controle das partes. Permitir que o magistrado seja o gestor do fato histórico ao qual foi trazido pelas partes é incorrer no erro mais grave, pois estaríamos voltando para a inquisição, sendo que este só teria que visualizar os fatos já levantados por uma ótica que fundamentasse uma decisão já tomada.

Com o passar dos tempos fica ainda mais claro que o processo acusatório impõe um repensar a construção do saber jurisdicional desde a perspectiva do contraditório, delimitando, portanto, o campo de exercício do poder. Para tanto, é imprescindível que o juiz seja mero espectador, e para se conseguir o êxito se faz necessário o afastamento total do inquérito policial (inquisitório) dos autos do processo, garantindo assim a sua originalidade da decisão.

4. DAS PROVAS ILÍCITAS

A Carta Magna em seu art. 5º, LVI nos diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código de Processo Penal, seguindo a Constituição Federal, no art. 157 disciplina que:

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

Todas as provas obtidas de forma que viole princípios constitucionais ou preceitos legais, são consideradas ilícitas. São assim as provas ilícitas uma espécie de prova vedada, já trazendo consigo nulidade e inaplicabilidade no processo penal.

Aury Lopes Jr. traz a seguintes distinções entre provas, vejamos:

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo prova unilateralmente produzida.”

“**Prova ilícita:** é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo).

O professor Nestor Távora define as provas das formas destacadas abaixo:

Provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex: confissão obtida mediante tortura; interceptação telefônica realizada sem autorização judicial.

Provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial.

Deste modo, sendo a prova ilícita ou ilegítima, trazem consigo nulidade de natureza material ou processual, sendo nulas de pleno direito ou anuláveis, a depender dos vícios contidos na prova colhida ou juntada.

O professor Paulo Rangel, além das classificações já levantadas, conceitua as denominadas provas irregulares, que seriam aquelas permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não são atendidas.

São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas.

Entretanto, a definição de prova irregular, conceituada pelo professor Paulo Rangel, se assemelha ao conceito de provas ilegítimas, pois traz um vício de natureza processual. Em regra, a prova considerada ilegítima nem entra no processo ou, se for equivocadamente admitida, deve ser afastada.

A principal distinção é se for considerado que as provas ilícitas não são passíveis de repetição, pois o vício contido vincula-se ao momento em que foi obtida. Deste modo, inexistente a possibilidade de repetição, devendo ser desentranhada do processo.

Contudo, as provas denominadas de ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual, existem a possibilidade de repetição do ato. Nesse quesito, o que foi feito com erros, pode ser consertado e portando, repetido.

4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada

A produção de uma prova ilícita pode ser de grande prejuízo para o processo.

Os efeitos da ilicitude podem ser encontrados na prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Se verificado a causa e o seu conseqüente efeito, tudo que for originário de uma prova ilícita seria nulo, devendo ser totalmente retirado dos autos do processo.

Segundo essa teoria, com origem na Suprema corte-americana, a prova produzida, tem o poder de contaminar todas as que decorrem dela. Deste modo,

diante de uma confissão que foi obtida por meios ilícitos, como por exemplo: tortura, onde se conseguiu informações que geraram a busca e apreensão que foi realizada de forma legítima, está contaminada e não pode ser recebida no processo, pois decorreu de uma prova totalmente ilícita.

A professora Ada Pellegrine Grinover traz as seguintes lições:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Entretanto, existem posições em sentido contrário, ressaltando que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, só vedou a admissibilidade da prova ilícita, não se manifestando acerca das provas derivadas. Corroborando com esse entendimento, Paulo Rangel diz que:

Entendimento de que a prova obtida lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição) não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. A Constituição não tratou da prova derivada.

Contudo, a rigidez de um ponto ou outro pode trazer conseqüências desastrosas ao processo. Se for certo que as provas derivadas da ilícita sofrem o mesmo apelo de exclusão, já que também são imprestáveis, deve o juiz dar os limites desta contaminação, identificando, no caso concreto, a extensão do dano, que está vinculado as provas antecedente e conseqüente. Afastado o nexa, afastado estará a ilicitude. As mencionadas regras de exclusão foram disciplinadas na jurisprudência norte-americana, e passam a ter incidência na doutrina e jurisprudência brasileira.

4.2 Teorias da prova

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, temos as seguintes teorias:

- Prova absolutamente independente: se existirem provas no processo, independentes de uma considerava ilícita, não há que se falar em contaminação, nem na aplicabilidade dos frutos da árvore envenenada, pois não havendo vinculação, nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais. A existência de prova ilícita no processo, não tem a consequente ligação à nulidade. O processo poderá ser aproveitado se existirem outras provas, absolutamente independentes das ilícitas, aptas a certificar a autoria e a materialidade delituosa. Não sendo comprovado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e as demais correlacionadas no processo, a regra da contaminação da prova derivada não se concretiza.

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente, não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo a integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas não há que se falar em reflexos de contaminação, tendo em vista que não derivou da ilícita.

Professor Aury Lopes Jr. traz um ponto diferente, se mostrando contra a prova que deriva da ilícita e que eventualmente poderia ser descoberta por fonte independente, vejamos:

As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexo causal (logo, contaminação), mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando descoberta “seria inevitável”. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de uma prova derivada e ilícita.

- Descoberta inevitável: se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita seria conseguido de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, afastando a contaminação. A descoberta inevitável leva ao

reconhecimento de que não houve um proveito real com a violação da legalidade. Segundo essa teoria, a prova ilícita, que ensejou outra prova, não terá condão de anulá-la, se esta poderia ser adquirida por outros meios. Ex: não se deve reconhecer como ilícita as declarações da testemunha que foi descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas a testemunha do fato. Mesmo que a interceptação não existisse, a testemunha seria descoberta pelas declarações das demais.

O que se almeja é impedir a contaminação de provas decorrentes de uma ilícita, caso o seu descobrimento seja inevitável. É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que ilicitude e conseqüente nulidade não tivessem acontecido.

Tese que corrobora com o entendimento da jurisprudência da Suprema Corte americana, serve para dar flexibilidade à teoria dos frutos da árvore envenenada é o “descobrimento inevitável”. Esse se dá quando, sem embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita.

No tocante a teoria da descoberta inevitável, vejamos o entendimento do Professor Aury Lopes:

[..] aqui se revela o problema da teoria da fonte independente, “se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Resta claro que existe uma grande dificuldade para o magistrado, ao analisar as circunstâncias do caso concreto, definir se realmente seria inevitável a descoberta, ou se a prova ilícita trouxe, de alguma forma, um fato que contribuiu para se averiguar as demais provas. Se houve uma contribuição efetiva, e o vínculo de contaminação está reconhecido. Ressalta-se que, não acreditamos que bastaria

o simples motivo da prova ser derivada podendo ser descoberta de outra forma para a ilicitude ser afastada. Uma conclusão nesse sentido é por demais indefinidas, podendo levar a um aproveitamento da prova derivada de uma ilícita quase sempre, pois outra possibilidade para se descobrir a prova quase sempre existem.

Entretanto, destaca-se o princípio da contaminação como forma de barrar a aplicação da prova ilícita, constituindo assim um grande avanço. Contudo foi atenuado, predominando o entendimento nos tribunais superiores de que não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita.

Deste modo, não se anula decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existir outras provas, lícitas, prontas para fundamentar uma condenação. A teoria da condenação é bastante mitigada, levada quase a ineficácia, pela aplicação da teoria da fonte independente.

Nesse mesmo entendimento, observamos o HC 40.637/SP, Rel. Min. Hélio Barbosa:

A proclamação de nulidade do processo por prova ilícita se vincula à inexistência de outras provas capazes de confirmar autoria e materialidade, em caso contrário, deve ser mantido o decreto de mérito, uma vez que fundado em outras provas.

- Boa-fé: o objetivo é evitar que o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou durante a persecução penal, tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro.

Exemplo claro é da polícia que cumpre mandado de busca residencial para apreender animais silvestres mantidos em cativeiro, mas acaba apreendendo computadores que poderiam revelar um esquema de sonegação fiscal.

Caso sejam encontrados elementos que caracterizem crime em situação de flagrância, como daquele que armazena em casa substância entorpecente para a venda, estará constitucionalmente autorizada à intervenção, não em razão do mandado que tinha outro objetivo, e sim por força do artigo 5º, XI, da Constituição

Federal, que autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer tempo para que se efetive uma prisão em flagrante.

4.3 Admissibilidade da Prova Ilícita

Parte minoritária da doutrina sustenta que a prova ilícita somente pode ser retirada do processo se a própria lei processual assim determinar.

Desta forma a prova ilícita apenas encontrará sanção processual quando for também ilegítima. Fora disso, sua admissibilidade é verificada apenas pelas normas processuais, não se questionando, nesse momento, acerca da ilicitude da qual se deu origem.

Para quem adota esse posicionamento, o problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à maneira pela qual ela foi obtida, contudo sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração do uso dos meios utilizados para colhê-la.

Assim, para quem defende a teoria da verdade real no processo penal, acredita-se que, se a prova ilegalmente obtida carrega essa verdade, sendo ela aceita. Nesse caso, deve ser instaurada, contra aqueles que obtiveram a prova de forma ilícita, o devido processo, de forma a apurar a suposta infração cometida.

A teoria que admite utilização das provas ilícitas, de forma geral, tem como princípio base o livre convencimento do Juiz e verdade real, sustentando que deve prevalecer o interesse da justiça em provar uma suposta verdade. Não sendo admitida essa prova, poderia trazer prejuízo ao interesse Estatal na justa aplicação da lei, assim como, na resolutiva dos crimes.

A prova ilícita não perde seu valor, devendo ser verificada a violação ocorrida, e, se for o caso, a punição do responsável. Entretanto, pode ser utilizada no convencimento do magistrado e na fundamentação da sentença, tendo em vista que carrega a realidade fática.

Para os defensores da teoria que admite a prova ilícita, fundamentam que o objetivo da ação penal é a busca da verdade real e a punição dos verdadeiros culpados pela infração, sendo assim, se a prova ilícita trouxer elementos que elucidem os fatos, está deverá ser colhida.

Entretanto, a presente teoria é parte minoritária na doutrina, por desprezar de forma absoluta o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, onde são asseguradas as garantias constitucionais do indivíduo. Aceitar as provas ilícitas de forma ampla no processo penal pode legitimar abusos do Estado em desfavor do cidadão é ir de encontro ao que foi garantido em cláusulas pétreas.

Um dos princípios que são usados para defender a admissibilidade da prova ilícita é o do livre convencimento motivado do juiz.

Os sistemas probatórios modernos utilizam esse princípio como um ponto de partida para o julgador expor o seu convencimento. O mencionado princípio é regra de julgamento, deve ser utilizado por ocasião da sentença, quando se fará a valoração de todas as provas levantadas nos autos.

O magistrado deve tomar sua decisão baseado o seu convencimento desde que fundante, deve declinar de suas razões que o levaram a decidir por tal prova, fazendo-o com base em uma argumentação racional.

4.4 Indamissibilidade da Prova Ilícita

A doutrina majoritária defende a não aplicação da prova obtida ilicitamente, tomando como base a regra constitucional prevista no art. 5º, LVI, como absoluta, não aceitando qualquer tipo de exceção a esta norma.

Para mencionada teoria, o direito não deve amparar alguém que tenha violado preceito legal para obter qualquer prova com prejuízo a terceiros, não importando se esta violação protege outro direito ou garantia de maior relevância. Verificando a prova ilícita o juiz tem o dever de determinar de ofício o desentranhamento desta prova dos autos, não lhe reconhecendo eficácia, como pode verificar no Código de Processo Penal, em seu artigo 157 e parágrafo:

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

Desta forma, são vedadas, como exemplo, as buscas e apreensões sem o devido respeito às regras do jogo, ou seja, a legalidade, as confissões obtidas com violência ou coação, as gravações de conversas, captações de cenas fotográficas ou das pessoas em sua intimidade (sem sua devida ciência) e etc..

Todas as mencionadas hipóteses vão de encontro de alguma forma aos preceitos das Constitucionais, seja na intimidade do indivíduo (art. 5º, X), vedação à tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), como na observância do devido processo legal (Art. 5º, LIV e LV).

O princípio da inadmissibilidade das provas foi criado com o objetivo de restringir o princípio da liberdade probatória que garante amplos poderes ao Juiz para averiguar os fatos, em busca da verdade real, como também, garante as partes um leque enorme de possibilidades na produção de provas. Porém esta investigação não deve ferir direitos e garantias fundamentadas na Constituição, deste modo, existem limites fixados pela lei para que haja um processo que evite o excesso e respeite as garantias legais.

A jurisprudência vem se posicionando no mesmo passo, ao entender que não são aplicáveis as provas obtidas por meios ilícitos, vejamos:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO 'CASA', PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE 'CASA' PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM

COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE 'CASA' - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.

[...]

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do '*due process of law*', que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do '*male captum, bene retentum*' [...].

Conforme supramencionado, existem vários fundamentos para não admissão da das provas ilícitas no processo penal, sendo que os fins não justificam os meios, constatando uma afronta ao Estado Democrático de Direito aceitar provas ilícitas com o fim de se chegar a resolução de um suposto crime.

De outra perspectiva, o Estado não pode aceitar de maneira desenfreada que um princípio constitucional seja fragilizado, nem que uma infração seja cometida em detrimento de outra. Devem-se impor limites para que as finalidades da Constituição sejam atingidas.

Portanto, para a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, a utilização dessas provas no processo constitui-se expressa nulidade, trazendo consigo vedação de eficácia plena, protegendo os cidadãos de abusos e arbitrariedades do poder estatal. Além disso, figura como regra restritiva de outros princípios, tais como a liberdade de prova, a ampla defesa, a busca da verdade real, princípios já debatidos anteriormente.

A mencionada teoria possui muitos defensores e tem sido aplicada em proporções consideráveis, contudo, cada vez mais, vem sendo amenizada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a rigidez da exclusão das provas ilícitas podendo levar a casos extremamente graves. Trata-se da admissão das provas ilícitas com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, que diante de determinadas situações concretas de conflitos de princípios fundamentais, possibilita a análise de qual princípio é o mais importante e determinar que este seja respeitado em detrimento do outro de menor importância a depender do caso.

O Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 93.50, deixou claro a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal a respeito da inadmissibilidade da prova, sendo ela ilícita ou ilícita por derivação, conforme podemos notar no voto abaixo:

Ilícitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Exclusionary Rule consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não

prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*Fruits of the poisonous tree*): A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *due process of law* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes (...). A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (*an independent source*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida. Doutrina. Precedentes do STF (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – Jurisprudência Comparada (A

experiência da Suprema Corte americana): casos 'Silverthorne Lumber co. v. United States (1920); Segura v. United States (1984); Nix v. Williams (1984); Murray v. United States (1988)', v.g." (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.) No mesmo sentido: HC 90.094, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-2010, Segunda Turma, DJE de 6-8-2010; HC 90.298, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 16-10-2009.

Deste modo, pode-se constatar que não serão aceitas provas ilícitas no processo penal. Admitir que o Estado, exercendo sua função jurisdicional, acolha provas carregadas de ilicitude é trazer insegurança jurídica ao ordenamento, sendo que sua aceitabilidade de provas seria um retrocesso, pois abriria caminho para torturas, e outros meios cruéis para obtenções de confissões que por toda a história se mostraram abusivas e inaceitáveis em um Estado Democrático de Direito.

4.5 Provas Ilícitas pro Societate

Com o interesse da sociedade em ver a aplicação da lei penal diante daqueles que violam bens jurídicos de maior relevância tutelados, o tem acerca da aplicação das provas ilícitas assume grande relevância. Se por um lado temos a garantia concedida ao indivíduo contra os abusos do poder do Estado, de outro modo, temos o interesse coletivo à proteção dos bens jurídicos tutelados pela legislação, assim como, o direito de punir do Estado Democrático de Direito.

Não se pode duvidar que a proibição do uso das provas obtidas por meios ilícitos no processo deve ser regra básica para a garantia dos preceitos constitucionais, mas existem posicionamentos doutrinários que fundamentam como exceção a aplicação das provas ilícitas *pro societate* e princípio da proporcionalidade, trazendo como uma exceção a regra anteriormente destacada.

A jurisprudência já se posicionou a favor da aceitação da prova ilícita no processo, usando como fundamento o princípio da proporcionalidade, onde a ilicitude estava presente na interceptação telefônica feita por policiais, vejamos:

Prova criminal – Interceptação Telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (ApCrim nº 185.901-3 - Indaiatuba - 3ª Câmara Criminal - Relator Segurado Braz).

Desta forma, surgem as discussões sobre a possibilidade de usar o princípio da proporcionalidade como forma de exceção a não admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Mendonça faz referência à aplicação da proporcionalidade em benefício da sociedade.

“[...] a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão”. Segundo os defensores desta tese, a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode, justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.

Contudo, existe um conflito de interesses entre o indivíduo e o poder estatal, sendo difícil quantificar na teoria quem teria maior peso. Quando ocorre um crime e o autor do fato está sendo processado, podem-se analisar duas vertentes: o interesse público almejando para o réu uma condenação pelo suposto crime cometido; interesse do indivíduo que está sendo acusado, querendo que todos seus direitos e garantias sejam respeitados, para se resguardar de eventuais abusos que possam ser cometidos pelo poder punitivo do Estado.

Para os adeptos da teoria das provas ilícitas *pro societate* é neste momento que princípio da proporcionalidade começa a ser pontuado, com o intuito de resolver

esses conflitos, pesando esses interesses no caso concreto, para identificar qual direito deve ser resguardado.

No mesmo sentido, antes da lei nº 9.296/96 que trata da interceptação telefônica, o STF admitiu a incidência do princípio da proporcionalidade a favor da sociedade, como se pode verificar abaixo:

Não se pode esquecer que aqui (o comentarista se refere a caso da prova ilícita servir para inocentar alguém de crime) há um direito constitucional a ser protegido: o da liberdade, que, talvez só perca em importância e relevância para a própria vida. É por isso que sem embargos de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meio ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça para encarecer tão-somente o direito individual encarnado em uma pessoa” (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1989, 2º vol., p.273 e seg.).”

[...]

“Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.

O professor Fernando Capez no mesmo contexto traz fundamentos descritos abaixo:

Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelece entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes

envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não. Não seria possível invocar a justificativa do estado de necessidade?

Cumprem destacar, que o juiz deverá analisar cada caso em especial, principalmente, aqueles de extrema gravidade, aplicando o princípio da proporcionalidade e seus elementos, não admitindo abusos e excessos cometidos pelo Estado, como por exemplo, o uso da tortura para colher depoimento pessoal pleiteando uma eventual confissão.

Entretanto, é sabido que a maioria da doutrina não adota a aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar a vedação das provas ilícitas para beneficiar a sociedade, porém, alguns defendem essa possibilidade, principalmente, diante de casos de extrema gravidade, usando como fundamento a defesa da segurança coletiva, buscando a efetivação de uma eventual Justiça.

4.6 Prova Ilícita pro Reo

A predominância no ordenamento jurídico brasileiro é da inadmissibilidade das provas ilícitas, onde tem sido relativizada por outra teoria, que adota os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, pelo qual, em determinadas situações, pode-se admitir a prova obtida de meio ilícito, levando-se em consideração a relevância do interesse público a ser resguardado.

Neste contexto, quando há conflito entre princípios constitucionais igualmente relevantes recomenda-se a utilização do critério da interpretação que é norteador na ponderação de bens. Com isso, falasse em proporcionalidade, qual seja, a aplicação da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, de modo que seja menos gravosa ao outro. Para a doutrina que defende essa corrente, a prova obtida por meio ilícito é inconstitucional, por consequência, ineficaz como prova.

Contudo, essa proibição é relativizada de maneira a admitir a prova que contém vícios, isso em caráter de exceção, se sua colheita e admissão puderem ser consideradas como a única forma, possível e razoável, para proteger outros valores fundamentais considerados mais urgentes. Como exemplo, tem-se a prova, aparentemente ilícita, colhida pelo réu e, nesse caso, a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, inexigibilidade de conduta diversa, exercício regular do direito e etc.

Entretanto, admissão não é ilimitada, pelo contrário, a maior defesa é pela admissibilidade das provas ilícitas para beneficiar o réu. A possibilidade de o réu poder utilizar as provas viciadas baseia-se em vários fundamentos.

Uma das bases é que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas encontra-se previsto dentro dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não podendo esta norma ser utilizada para prejudica-lo, mas sim servir para assegurar outros direitos e garantias fundamentais.

Nas lições de Mendonça, verifica-se uma das bases para a teoria:

De qualquer sorte, é importante ressaltar que a doutrina majoritária entende admissível à prova ilícita pro reo, ou seja, para comprovar a inocência do acusado. Se a vedação foi estabelecida como garantia do indivíduo, não poderia ser utilizada em seu desfavor, quando necessária para comprovar a inocência. Ademais, outro fundamento comumente invocado para a admissão da prova ilícita pro reo é que haveria, nesta situação, exclusão da ilicitude, em razão da caracterização do estado de necessidade.

Fundamento utilizado é que se a prova colhida, mesmo que ilícita, for o único meio para provar a inocência do acusado, esta deverá ser aceita, diante da ponderação de princípios, como proporcionalidade, direito à liberdade, ampla defesa, sendo os citados, mais relevantes que a prova ilícita.

Leandro Prado explica que:

Como se percebe, o princípio da proporcionalidade tem lugar em situações nas quais, usando-se validamente uma prova ilícita, possa ser absolvido um réu. Outro caminho não é possível.

[...]

Então, poder-se-á admitir uma prova ilícita no processo, excepcionalmente, quando tal providência seja favorável ao réu. Essa posição é praticamente unânime na doutrina nacional.

Tourinho Filho:

Essa doutrina da proporcionalidade, surgida na jurisprudência tedesca, chegou a inspirar a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, no sentido de se autorizar a prova ilícita se necessariamente indispensável para a defesa do réu.

Existem ainda doutrinadores que explicam que a utilização das provas ilícitas pelo réu seria uma das hipóteses de estado de necessidade e legítima defesa, sendo assim, o mesmo estaria dentro dos parâmetros legais, pois existe previsão legal.

Conforme as lições do professor Paulo Rangel, vejamos:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para prova sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arripio da lei. Afirmamos se aparente a infringência da lei por entendermos que o estado de necessidade exclui a ilicitude, pois a necessidade de salvar o interesse maior (liberdade de locomoção), sacrificando o menor (sigilo das comunicações telefônicas) em uma situação não provocada de conflito externo, justifica a conduta do réu. Estará ele (réu) agindo de acordo com o direito e não de forma contrária.

Ademais, é possível encontrar o fundamento de que o princípio da ampla defesa, previsão constitucional e o princípio do favor rei, garantem ao acusado utilizar de todos os métodos possíveis para provar sua inocência.

Nesse sentido, decidiu o STF:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.

Dito isto, fica evidenciado que a vedação da admissão das provas ilícitas pode ser relativizada quando o acusado utilizar destas provas para provar sua inocência.

Grande parte da doutrina cita esta possibilidade como a única exceção para o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Contudo, essa exceção não é usada de forma exacerbada, podendo ser aplicada somente em casos pontuais, ou quando a prova ilícita for a única maneira de afastar a condenação injusta.

4.7 A Delação e seu valor como prova

Introduzida no direito brasileiro nos anos noventa, o instituto de delação premiada se deu origem com intuito de descobrir atos ilícitos, assim como a

identificação da autoria e a participação de agentes, sendo mais corriqueiro, em situações que envolvem organizações criminosas.

Nos últimos tempos, foi muito comum vermos holofotes apontados ao mencionado ponto, onde assim, é necessário destacar até que fase essas delações podem ser aceitas no processo, tendo em vista o risco das mesmas acarretarem vícios e serem nulas.

Na definição de prova, Aury Lopes Jr. conceitua que provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução de fatos passados.

Resta claro que o objeto da prova é o fato, buscando formar a convicção do magistrado sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Somente constituem objeto da prova os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam uma comprovação.

A delação premiada é uma prova anômala, carregada de irregularidade, pois viola o princípio constitucional do contraditório, uma das bases do processo penal.

Guilherme de Souza Nucci cita que:

O princípio do contraditório é constitucionalmente previsto, de modo que não se pode aceitar, singelamente, a afirmação de que ainda que violadora do princípio do contraditório, a delação tem sido aceita pelos tribunais.

Continua Nucci lecionando que:

Não é porque as decisões reiteradas dos tribunais vêm aceitando teses de constitucionalidade duvidosa – tais como a aceitação de declaração do corréu, sem permitir a interferência das partes na produção desse depoimento ou mesmo a assimilação das confissões extrajudiciais, com uma força probatória bastante questionável e em oposição ao princípio do devido processo legal - que devam permanecer como estão.

Para Tourinho Filho, se a constituição atribuiu ao contraditório a categoria de cláusula pétrea, deve ser respeitado, tendo a garantia de que qualquer prova que

venha ser apresentada no processo, passe por esse filtro, sob pena de nulidade absoluta da prova.

Sobre o ponto supramencionado, se o princípio do contraditório visa garantir às partes que possam colocar em dúvida a existência do fato, a “homologação do acordo” pelo juiz, implica convencimento sobre a coautoria ou participação do delatado na prática do crime, afastando qualquer possibilidade de desenvolvimento contraditório do processo que trate de tal crime e de tal acusado delatado.

Com a homologação do acordo e seu eventual cumprimento na sentença do delator, torna-se impossível, ao delatado, contradizer o alegado e “levantar a dúvida” mediante atividade probatória, os fatos delatados (a coautoria ou participação no fato delituoso), já que foram antecipadamente considerados pelo juiz como verdadeiros.

Ressalta aos olhos a inconstitucionalidade da delação premiada. E assim o é, porque há uma transgressão inadmissível à regra do devido processo legal. Nas modalidades praticadas, pena sem processo, de todo modo é inadmissível. Basta ver que, para que se possa homologar o acordo é preciso que haja processo (só existe pena com ele), o que só se admite depois de ofertado o contraditório. Na delação premiada, sem embargo de tudo, não há processo porque não há contraditório; e aí também reside a inconstitucionalidade, indo de encontro às regras do jogo.

Fere o princípio devido processo legal, pois, em primeiro lugar, uma premissa fundamental é equivocada: obrigatoriedade e indisponibilidade. Em segundo lugar, o que é ainda mais grave, porque aplica pena sem processo, ferindo o postulado básico *nulla poena sine iudicio*, indo de encontro à inderrogabilidade da jurisdição.

A delação só acontece com a confissão, que, normalmente, só ocorre no interrogatório, o qual, apesar de ser ato personalíssimo, quanto ao réu, termina sendo realizado sem amparo constitucional que reclama o crivo do contraditório.

O professor Guilherme Nucci explica que quando um corréu incriminar outro tem que ser ofertado ao mesmo o direito de defesa, permitindo que as partes façam perguntas e esclareçam as dúvidas. Caso não aconteça, será uma prova totalmente inquisitiva, onde se produziu danos a quem não teve o direito a defesa.

Devem-se verificar quais os limites constitucionais que não podem ser ultrapassados de nenhum modo nessa luta contra o crime e ou impunidade, tornando-se de grande valia. A barreira de toda política criminal é evidentemente o Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Nos ensinamentos do professor Luis Flávio Gomes, a prova é mais contundente da pública e notória ineficiência do Estado atual para investigar e punir os delitos e seus autores. Entretanto, é a falência Estatal sempre confessada sem nenhum escrúpulo. Por falta de estrutura tecnológica e preparo técnico, o poder Estatal se vê compelido a infringir os mais importantes princípios éticos. A delação enterra o Direito e a Justiça de um Estado.

Vale salientar, a discussão a respeito do tema na doutrina e na jurisprudência. Uma parte atribui a força incriminadora à delação, enquanto outros a negam, aceitando sua valoração como meio de prova apenas se houver sintonia com todo o conjunto de provas demonstrado.

Enrico Altavilla é um dos que confirmam a força incriminadora da delação, desde que ela esteja “vestida”, isto é, seja concordante com o núcleo central acusatório. Acrescentando:

A acusação do corrêu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente, não basta dizer que alguém tomou parte do crime, mas é necessário descrever a modalidade dessa participação, pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra.

Para ele, entende-se que, a intimação do corrêu valerá desde que as outras provas demonstrem uma ligação a ponto de ser admitida uma veracidade da acusação.

Em pensamento diverso, Mittermayer concorda com a doutrina que renega a força incriminadora ao instituto, afirmando de forma expressa que:

O depoimento do cúmplice apresenta graves dificuldades. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o

abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás, inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque espera obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.

Assim, se faz evidente seu valor probatório. Entretanto, como qualquer outra prova, deixará de tê-lo, uma vez que analisada isoladamente e não submetida ao contraditório.

Acerca desse ponto, Germano Marques da Silva ressalta que:

O contraditório é, pois, essencial para a valoração da prova, em termos tais que a prova que não lhe for submetida não vale para formar a convicção. O fato somente pode ser julgado provado ou não provado após a submissão dos meios de prova ao contraditório em audiência.

Com o mesmo entendimento o professor Gustavo Badaró diz que:

Para ser considerada a delação deve ter três requisitos: (1) o corréu que fez a delação tenha confessado sua participação no crime; (2) a delação encontre amparo em outros elementos de prova existentes nos autos; (3) no caso de delação extrajudicial, que tenha sido confirmada em juízo. Sem e estes requisitos e sem que tenha sido respeitado o contraditório, com possibilidade de reperguntas pelas partes, a delação não tem qualquer valor, sendo um ato destituído de eficácia jurídica.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou da seguinte forma:

Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV)– de formular reperguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a esta

franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estado constitucional de direito de defesa.

4.8 Jurisprudência e a prova ilícita

A ideia de vedar a prova ilícita, tendo em vista a forma de como essa foi colhida, é proveniente da concepção de que uma prova que tem como fonte, meios ilícitos, tende a ser ilícita por completo, ademais, uma prova advinda de um ilícito permanece na ilicitude, uma vez que os vícios permanecerão, assim, se origina a prova ilícita por derivação. O posicionamento mais adotado junto garantias da pessoa humana e, conseqüentemente, mais inflexível com os princípios e normas constitucionais, é que ocorre transmissão da ilicitude na obtenção das provas derivadas, que, portanto, devem ser igualmente excluídas do processo.

Deste modo, tanto a prova ilícita originária como a prova ilícita por derivação, deverão ser desentranhadas do processo, afim de que o magistrado não seja contaminado por intermédio de provas ilícitas. Ainda nessa lógica, pode-se discorrer sobre o assunto, conforme ponto abaixo descrito pelo professor Grinover:

Dado que através das provas se procura demonstrar a ocorrência ou inoocorrência dos pontos duvidosos de fatos relevantes para a decisão judicial, ou seja, a conformação das afirmações de fato feitas no processo com a verdade objetiva em princípio não haveria limitações ou restrições à admissibilidade de quaisquer meios para a produção de provas.

A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações e fraudes (...); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da

tortura, da narcoanálise, do detector de mentiras, dos estupefacientes etc.)

Desta forma, conforme demonstrado pode-se coadunar a posição do Ministro Celso de Mello em decisão nos autos do RE nº 251.445, no qual discorreu sobre a absoluta extinção de provas ilícitas:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

Entretanto, deve-se observar o uso da prova ilícita no processo para o caso da legítima defesa. Nota-se que a proibição de provas obtidas por meio de escuta ou gravação telefônica, por exemplo, podem ser somente utilizadas para a investigação do processo criminal com prévia autorização judicial. Na seara civil, entretanto, não se considera essas modalidades de interceptação telefônica como uma prova lícita. No entanto, pode-se repensar sobre isso ao analisar a jurisprudência do Superior Tribunal Federal, nos termos demonstrados abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula

279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido.

Nesse contexto, o STF, vem aceitando como lícita a prova que tem origem gravação feita por um dos interlocutores, com ou sem o conhecimento do outro, ademais, quando o último comete um ato ilícito. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal não entende que haja violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava o diálogo, por exemplo, com estelionatários e sequestradores, no exercício de legítima defesa. Outra decisão neste sentido, nos seguintes termos:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8-97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma." (RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 5-12-97, DJ de 27-3-98). No mesmo sentido: HC 75.338, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 11-3-98, DJ de 25-9-98.

O entendimento supramencionado, no entanto, não é unanimemente aceito na Excelsa Corte. Vez que o Ministro Celso de Mello esclarece que as gravações oriundas da não ciência da outra parte, não devem ser utilizadas como prova em processo criminal. Desta forma, o Ministro relata que a situação envolve quebra de privacidade, por este motivo, deve ser nulo a sua eficácia jurídica da prova advinda

destas circunstâncias e deve ter absoluta ineficácia, ainda mais quando o titular da ação penal postula, com esse fundamento, por uma condenação.

5. CONCLUSÃO

A prova é um elemento de imensurável importância no processo penal, tendo em vista que, influencia diretamente na formação do convencimento do magistrado. Vale ressaltar que a decisão proferida pelo juiz, caso entenda pela condenação, pode acarretar em danos irreparáveis para a vida do indivíduo.

A prova é todo material levado pelas partes do processo ao conhecimento do magistrado para tentar comprovar os fatos alegados. No caso do direito processual penal, a prova tem por objetivo principal formar a convicção do juiz acerca de fatos levantados no processo, além de motivar e fundamentar a condenação ou absolvição do réu.

Ao analisar a doutrina e jurisprudência relacionada ao presente tema constatou-se que sob a égide da Carta Magna de 1988 vigora o regime da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Em decorrência disso, a regra será sempre a não possibilidade de utilização dessas provas que tem o seu uso vedado no ordenamento jurídico pátrio.

A Carta Magna tem previsão expressa no seu inciso LVI do art. 5º que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito no processo penal. No mesmo contexto, o CPP, em seu art. 157, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina:

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

A prova ilícita é constituída quando sua obtenção ir de encontro com o direito material ou princípio constitucional, como por exemplo, prática de tortura com intuito de conseguir informações, a escuta telefônica ou a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a doutrina e a jurisprudência posicionaram-se entendimento de que em nenhuma circunstância a prova ilícita poderia ser aceita por mais relevante fato por ela levantado, em razão não só da previsão constitucional, mas da proteção ao cidadão que tal vedação representa uma garantia contra os abusos do Estado.

Entretanto, em determinados casos de extrema gravidade as instâncias superiores, no entendimento ditado pelo STJ, têm se usado da teoria da proporcionalidade com intuito de flexibilizar a aplicação rígida do preceito constitucional e admitido assim o uso da prova viciada quando em favor do acusado.

Neste entendimento, temos um dos defensores do uso da prova ilícita o professor Nestor Távora que cita:

“nesta linha, se de um lado está o jus puniendi estatal e a legalidade na produção probatória, e o do outro o status libertatis do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício”

Sendo este o caso da convalidação da prova em razão do princípio da presunção de inocência. Vale destacar que há entendimento mais extensivo. O magistrado poderia fundamentar sua decisão utilizando o princípio da proporcionalidade e admitir uma prova ilícita na medida em que no caso em concreto, em um inevitável conflito de valores e ou princípios resguardados, a admissão se faça imprescindível para salvaguardar um bem maior em detrimento de um menor, em prol da busca pela e justiça.

Contudo, doutrina e a jurisprudência, tem trazido diversos questionamentos quanto aos pontos que o magistrado tem que verificar em seus julgamentos. Seria o da total legalidade, em aplicação restrita da lei, ainda que ocasione absolvição de culpados, ou o da proporcionalidade, analisando o caso concreto e as circunstâncias de obtenção da prova em tese ilícita, mas que desvenda fatos decisivos para a verdade real.

Ressalta-se que existe uma corrente minoritária que defende a aplicação da Teoria da Proporcionalidade e o conseqüente uso das provas ilícitas também em prol da sociedade, como exemplo nos casos que afrontam toda a coletividade, como o tráfico ilícito de entorpecentes, os crimes do colarinho branco. Entretanto, a Corte Constitucional não acolheu esse entendimento, aduzindo na sua fundamentação que a Constituição não aceita essa interpretação.

No tocante à discussão em torno da contaminação das provas derivadas daquelas advindas das ilícitas, o entendimento do STF é no sentido de que as

provas ilícitas contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes, fundamentando a aplicação da doutrina do fruto da árvore envenenada. O intuito da Suprema Corte é vedar que se possa, por via indireta, relativizar a ordem constitucional que veda o uso das provas ilícitas no processo penal.

No Sistema Criminal, existem diversos tipos de provas que podem ser levantadas pelas partes. Com princípios como liberdade probatória, contraditório, ampla defesa, os interessados podem se valer de inúmeros tipos de provas para comprovar o que alegam. Entretanto, existem algumas limitações.

A principal dessas é a limitação à liberdade probatório sendo o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Provas ilícitas são aquelas que foram obtidas com violação a normas constitucionais ou infraconstitucionais. Desta forma, toda prova que for colhida com a violação de alguma norma constitucional ou infraconstitucional, é considerada ilícita, e em regra, deve ser desentranhada do processo.

Entretanto, esta regra não é absoluta, como qualquer outra regra ou princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Do mesmo modo que a Constituição Federal prevê o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, ela também elenca vários princípios de garantias individuais que acabam por colidirem em alguns momentos.

A Constituição Federal protege por meio de vários princípios, os quais podem ser *destacados: o do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, o da presunção de inocência e etc. De tal modo, fica claro que esses princípios podem ser sobrepostos à norma constitucional que proíbe a utilização de prova ilícita.*

Em uma eventual possibilidade de o réu utilizar uma prova ilícita sendo ela a única forma de provar sua inocência, pode ferir alguns princípios ou normas constitucionais e processuais. Porém, se for analisado quais direitos são mais importantes e resguardados, temos, por exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e até da vida desse indivíduo (réu) contra o direito de acusação do Estado, da segurança jurídica, entre outros; com base nos preceitos constitucionais, assim como, nos principais fundamentos da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana, art. 1º, III da CF/88) é possível aceitar a

admissibilidade da prova ilícita no processo penal, como uma exceção, mas só em benefício do réu.

Desta forma, surge à necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade. Este princípio não está expresso, porém, encontra-se de forma implícita na Constituição, podendo ser elevado ao mesmo nível de justiça, e garantia do indivíduo contra excessos do poder Estatal.

Ainda, patente é a posição de Guilherme de Souza Nucci no sentido de reconhecer que apesar da existência de posição diversa, admitindo a prova ilícita pro societate com fundamento no princípio da proporcionalidade, diz ele que ainda não é possível admitir-se tal posição no nosso ordenamento jurídico.

Nas palavras do mencionado professor, vejamos:

Sob nosso ponto de vista, não é o momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Precisamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância (...) se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita contra os interesses do réu inocente. (...) Não conseguimos, com a devida vênia, dos que pensam em sentido contrário, admitir uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais, em nome da segurança pública, pois ainda não possuímos um Estado-investigação preparado e equilibrado. Não se pode conceder carta branca a quem não se educou, sob a era da democrática Constituição de 1988, razão pela qual somos favoráveis à manutenção dos critérios da proibição da prova ilícita integralmente.

Apresentados os pontos positivos e negativos, além do posicionamento da jurisprudência, nota-se que admitir a possibilidade de provas ilícitas a favor da sociedade é pouco defendido, sendo que alguns juristas não admitem sequer tal discussão.

Prevalece no ordenamento jurídico pátrio a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, devendo estas ser desentranhadas do processo. Porém, essa regra não é absoluta.

Deste modo, pode-se afirmar que as provas ilícitas podem ser admitidas no processo penal, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, principalmente, para beneficiar o réu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. Da prova no Processo Penal. – 7. Ed. Rev. E atual – São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, apud PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas : interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany, Processo Penal. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2014

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 402717/PR, acórdão da 2ª turma, publicado no DJU de 13/02/2009, Rel. Cezar Peluso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=402717&classe=RE>.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 69552-3. Min. Paulo Brossard 2ª Turma. São Paulo, 10.nov.1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71819>>

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 3982. Min. Adhemar Maciel, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500628716&dt_publicacao=27-05-1996&cod_tipo_documento>.

Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 90.298-7. Min. Cezar Peluzo, 2ª Turma, Rio Grande do Sul, 08.set.2009. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604068>>.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 14 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004. FERRAJOLI. Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 2. Ed. São Paulo: 2006.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. Da teoria à Crítica. Princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FILHO, Grecco Vicente Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

HC 94.601/ CE, Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª T., v. U. Dje,.

JR. Aury Lopes. Direito Processual Penal. 13º ed. 2016. Editora Saraiva.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol 1. Niterói: Impetus, 2011.

LISBOA, Germano Marques. Curso de Processo Penal, Lisboa: Ed. Verbo, 1993, v. 2

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal, Campinas: Brookseller, 2001.

MELO, Daniela de. **A delação premiada como meio de prova no Processo Penal**. Disponível em: <<https://danielademelo.jusbrasil.com.br/artigos/399155170/a-delacao-premiada-como-meio-de-prova-no-processo-penal>>.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de processo Penal: comentada artigo por artigo. 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MITTERMAYER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal – Tradução de Hebert Wuntzel Heinrich. 3 ed., Campinas: Bookseller, 1996

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. – 8 ed. Rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

PROVAS ILÍCITAS: inadmissibilidade e desentranhamento do processo a partir da reforma processual de 2008. Dejanira da Silva Dias e Margarida A de Miranda.

PRADO, Leandro Cadenas. Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Clara Dias. A verdade no processo penal brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2013, n. 1749, 15 abr 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11160>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995, apud PACHECO,

Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8º Ed. Editora. Editora Jus Podium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal, 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.