

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACVEST
CURSO DE DIREITO
JOEL ROBSON MENEGAZZO DE SOUZA

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL**

LAGES
2020

JOEL ROBSON MENEGAZZO DE SOUZA

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Centro Universitário UNIFACVEST como
parte dos requisitos para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Me Joel Saueressig

LAGES

2020

JOEL ROBSON MENEGAZZO DE SOUZA

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
ao Centro Universitário UNIFACVEST como
parte dos requisitos para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Prof. Me Joel Saueressig

Lages, SC ___/___/2020. Nota___ _____
Prof. Me. Joel Saueressig

Coordenadora do Curso de direito Prof^a. Ma. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2020

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, pelo cuidado que tem comigo dando refúgio nos momentos de dificuldade.

À minha mãe, Eliane, que por inúmeras vezes colocou minhas necessidades à frente das suas. Que me inspirou a prosseguir neste sonhado curso.

Ao meu pai, Joel, que da mesma maneira que minha mãe deixou por diversas vezes de realizar seus desejos pessoais para me ajudar a conquistar o almejado. Por ser um exemplo, tanto profissional quanto pessoal, por me ensinar o valor da honestidade e do trabalho.

Ao meu avô, Esequiel, juntamente com a minha avó, Lindomar, sempre me incentivaram a prosseguir nos estudos, por me ajudar diversas vezes financeiramente.

À minha Avó, Tereza, juntamente com meu avô, Antônio, que com sua fé e crença, sempre oraram por mim e diante das dificuldades sempre estiveram ali para o que fosse preciso.

Aos professores do Centro Universitário UNIFACVEST, pois “*se vi mais longe, foi por estar de pé sobre os ombros de gigantes (Isaac Newton)*”.

Ao meu orientador, Joel Sauressig, pela presteza em aceitar o encargo e pelo auxílio no desenvolvimento deste trabalho, trazendo clareza sobre pontos deste.

Aos magistrados, servidores e estagiários do Fórum, que tive a honra de estagiar e de conhecê-los, em especial à Vara da família, na época, comandada pelo Dr. Alexandre Takaschima que muito me instruiu na escolha do tema deste trabalho de conclusão de curso.

A todos os amigos e familiares que torcem por mim, muito obrigado.

A (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Joel Robson Menegazzo de Souza¹

Joel Saueressig²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda a temática da (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro. Demonstra-se teorias que foram importadas do direito norte americano no sentido da utilização dessas provas como da não utilização. A relevância do problema de pesquisa encontra-se no que impera a vedação constitucional da utilização das provas ilícitas. Mas por outro lado a possibilidade que pode garantir a admissibilidade delas com sustentação no princípio da proporcionalidade, tanto em favor do réu como da sociedade. Sendo esta última uma corrente que não fora totalmente aceita até o presente momento, trazendo uma discussão acerca deste assunto. Relatam-se também as espécies de provas ilegais, trazendo a divergência doutrinária sobre a diferença entre prova ilegítima e ilícita. Além de tudo, destaca-se a grande importância da prova demonstrando seus aspectos e características, que fazem a convicção do magistrado que está delineado a julgar com base em fatos autênticos em decorrência do princípio da verdade real que vigora no processo penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova no Processo Penal. Prova ilícita. (In)admissibilidade das provas ilícitas.

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário UNIFACVEST.

² Professor Mestre em Direito do curso de graduação em Direito – UNIFACVEST.

THE (IN)ADMISSIBILITY OF EVIDENCE ILLICIT IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Joel Robson Menegazzo de Souza¹

Joel Saueressig²

ABSTRACT

The present work of conclusion of the course addresses the theme of (in) admissibility of illicit evidence in Brazilian criminal proceedings. Demonstrating theories that were imported from North American law in the sense of using this evidence as the non-use. The relevance of the research problem is found in what constitutes the constitutional prohibition of the use of illicit evidence. But on the other hand the possibility that can guarantee their admissibility based on the principle of proportionality, both in favor of the defendant and society. Being the latter a current that has not been fully accepted until the present moment, bringing a discussion on this subject. It also reports the kinds of illegal evidence, bringing the doctrinal divergence on the difference between illegitimate and illicit evidence. In addition, the great importance of the evidence is highlighted, demonstrating its aspects and characteristics, which make the magistrate convinced that he is outlined to judge based on authentic facts due to the principle of real truth that prevails in criminal proceedings.

Keywords: Criminal Procedure. Evidence in Criminal Procedure. Illegal evidence. (In) admissibility of illicit evidence.

¹ Academic of Law, 10th term, Subject of Completion Course, from the UNIFACVEST University Center.

² Master Professor in Law of the Law graduation Course - UNIFACVEST.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Através deste instrumento, isento meu/minha orientador (a) _____ e a Banca Examinadora de qualquer responsabilidade sobre o aporte ideológico conferido ao presente Trabalho de Conclusão de Curso – TCC.

Lages/SC, ____ de _____ de 2020.

JOEL ROBSON MENEGAZZO DE SOUZA

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	TEORIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	10
2.1	Conceito de prova.....	10
2.2	Classificação das provas e os tipos de provas	11
2.3	Sentidos de prova	16
2.4	Meio e ônus da prova.....	17
2.5	Sistemas de avaliação de provas.....	19
3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL	21
3.1	Princípio da verdade real	21
3.2	Princípios do contraditório e ampla defesa.....	23
3.3	Princípios da imparcialidade e do juiz natural.....	26
3.4	Princípios da comunhão das provas e da publicidade	28
3.5	Princípio da presunção de inocência	29
4	MANEJO DAS PROVAS	32
4.1	Teoria dos frutos da árvore envenenada (<i>fruits of the poisonous tree</i>)	32
4.1.1	Vedação das provas obtidas por meios ilícitos	33
4.1.2	Prova ilícita por derivação e suas limitações.....	34
4.2	Definição e diferença entre provas ilícitas e ilegítimas.....	36
4.3	A admissão de provas ilícitas e ilegítimas.....	38
4.4	Teoria das janelas quebradas	40
4.5	Aplicabilidade das provas ilícitas em favor do réu e da sociedade baseado no princípio da proporcionalidade	41
5	CONCLUSÃO	45
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda a temática que versa sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. O referente tema se extrai, não só um problema processual penal, mas também sob valor social, aonde se percebe a presença de direitos e garantias constitucionais.

A relevância do mencionado assunto concerne à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 que, elenca no artigo 5º, inciso LVI, a vedação ou inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos, assim também trata o Código Penal Brasileiro no artigo 157, nesse sentido figura-se a teoria dos frutos da árvore envenenada importada do direito norte-americano. Assim sendo, parece estar solidificado o entendimento, pois tais provas são produzidas em desconformidade com algum direito fundamental, porém há correntes favoráveis à flexibilização da admissibilidade da prova.

Diante disto, justifica-se as correntes doutrinárias favoráveis pela aceitação das provas ilícitas em favor da sociedade de forma excepcional. Ademais, a justificativa tem por base o aumento e altos índices de criminalidade no país sob a perspectiva que organizações e facções criminosas estariam bem mais equipadas e preparadas do que órgãos da segurança pública. Nesse sentido acrescentarão a teoria das janelas quebradas, demonstrada pelo direito norte-americano também, visando uma justiça que não haja impunidade.

Observa-se que há dois princípios fundamentais em torno do assunto. Seja o princípio da isonomia que busca a igualdade na persecução criminal, tendo em vista a falta de controle do Estado frente à criminalidade, que enaltece ainda mais a potência do crime organizado. E o princípio da proporcionalidade em favor da sociedade, sendo esse, de extrema importância, dentre a temática, no nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Verifica-se a problemática de pesquisa no questionamento sobre a admissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade frente ao princípio da proporcionalidade, demonstrada divergência sobre essa, tendo em vista que tal modalidade de provas, com outra perspectiva, referente a benefício pró réu já está plenamente pacificada no sentido de sua aceitação.

Objetiva-se, em linhas gerais, apresentar as características que norteiam essa utilização pelo Estado, confrontando a norma e a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência diante dos princípios individuais assegurados constitucionalmente, visto que seria uma forma de o Estado, se utilizar de meios ilícitos na condenação dos réus. Objetiva-se, ainda, especificamente, averiguar se essas podem ser utilizadas no processo em favor da sociedade, em consonância com princípio constitucional da proporcionalidade.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

O presente trabalho encontra-se organizado em três capítulos. No primeiro capítulo traz uma análise geral da prova, como a parte conceitual e seus aspectos, o ônus e sentidos de prova, buscando a compreensão e a demonstração de como é aplicado no Processo Penal Brasileiro.

O segundo capítulo expõe os princípios norteadores do Processo Penal Brasileiro, com destaque nas provas. Por fim, o terceiro capítulo é a essência da pesquisa, trata-se da análise sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas. Trará a explicação sobre como funciona a teoria dos frutos da árvore envenenada, a definição das provas ilícitas e diferenciação com as ilegítimas, buscando descrever a inadmissibilidades delas. Também vai tratar da teoria das janelas quebradas ligada ao destino final do trabalho juntamente com a admissão das provas ilícitas frente ao princípio da proporcionalidade.

2 TEORIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O presente capítulo objetiva apresentar, sucintamente, a parte conceitual da prova penal bem como alguns de seus aspectos, partindo da classificação, meios e ônus de prova, verificando-se os tipos, sentidos de prova, até que complete pelos sistemas de avaliação da prova e seus tipos relevantes no referido assunto.

2.1 Conceito de prova

Ao se falar sobre provas no processo penal é necessário entender o seu significado, bem como o contexto que impende sobre o assunto.

Se tratando do conceito de prova, é necessário salientar que o termo prova origina-se do latim “*probatio*”, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Deriva-se dele o verbo provar “*probare*”, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCCI, 2016, p. 301).

Nesse sentido, observa-se que no mundo jurídico deve-se cuidar, especialmente, da correta demonstração de veracidade ou autenticidade de algo.

Além disso, Nucci (2009, p. 12) ressalta que: "a prova é um conjunto de elementos produzidos pelas partes no processo, bem como, a determinação legal do juiz visando o convencimento dos atos, fatos e circunstâncias do caso concreto".

Assim, entende-se como prova o arcabouço demonstrado pelas partes, seja através de testemunhos, documentos, periciais, acareações, busca e apreensão, dentre outros elementos servíveis, a fim de convencer o magistrado sobre a verdade real.

Acerca da abrangência da prova, Nucci (2009, p. 13) discorre que:

A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos de espírito ou valorações sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é.

Com outras palavras, fica evidente declarar que nem toda prova convence. Destaca-se que provar é enfim demonstrar a certeza do que se diz ou que se alega.

Desse modo, fica entendido, que é necessário que o magistrado conheça o fato, objeto do processo, e, para tanto, urge restaurá-los nos autos, por meio de informações, as quais sejam testemunhais, documentais, periciais e de outros elementos de prova (TOURINHO FILHO, 2011, p. 561).

Com isso, os fatos e atos ocorridos em exame no processo precisam, de alguma forma, serem demonstrados no campo processual, daí o direito processual dispor sobre as formas pelas quais é possível tal comprovação.

Percebe-se que, há várias formas probatórias, as quais, cada uma tem seu aspecto dentro do processo penal. Capez (2014, p. 278) traz que:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Não obstante, a doutrina evidencia que só é possível haver condenação se obtiver a certeza quanto ao conjunto probatório produzido, os quais devem ser utilizados nos pertinentes procedimentos.

Neste sentido, Nucci (2016, p. 301) explica que: “para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade”.

Como se vê, o estado de certeza não se confunde com o estado de dúvida, não havendo possibilidade de existir condenação fundada em incerteza, eis o postulado máximo de absolver o réu em caso de dúvida.

No mesmo entendimento, Prado (2009, p. 4) declara que: “qualquer pessoa que tenha acesso à decisão fundamentada poderá comprovar a regularidade do que foi prolatado, em face das provas presentes”.

Nesse caso, havendo uma sentença hígida, devidamente motivada, será possível verificar a verdade contida em sua fundamentação. Isso porque a decisão precisa estar motivada nas provas existentes no processo.

Ademais, constata-se que as partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão. Por esse motivo, o juízo é o destinatário principal do acervo probatório que forma seu convencimento pelo material que é trazido aos autos (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2012, p. 22).

Destarte, nota-se o quão importante é a prova no processo penal, sintetizando seu significado, utilizada pela acusação ou pela defesa do acusado, sendo que o magistrado utilizará essa como fundamento de suas decisões, com o objetivo de encontrar a verdade real, a fim de não proceder com sentenças errôneas e equivocadas.

2.2 Classificação das provas e os tipos de provas

Também há o critério de classificação das provas, que possui vários aspectos, com suas espécies de provas que compõe o meio probatório.

Inicialmente, Lima (2016, p. 797) traz à tona a definição de finalidade da prova:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.

Da elucidação acima é possível observar preliminarmente que a finalidade da prova, assim como todo esse capítulo, está ligada ao princípio da verdade real, o qual foi adotado pelo código de processo penal, adiante será melhor exposto neste trabalho.

Nesse contexto é relevante mencionar o ensinamento de Mirabete (2007. p. 249) quando refere que:

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Desse ensinamento, extrai-se a questão demonstrativa de um fato que ocorra, pois para que se tenha a plena certeza é necessário que se prove.

Em uma análise global da prova incorporada ao processo, há uma necessidade, que decorre da circunstância de não terem o Código de Processo Penal e as Constituições Federais que o sucederam estabelecido critérios rígidos para o exame das provas produzidas no processo penal (AVENA, 2018, p. 467).

Diante da explanação acima, percebe-se que há lacunas e falhas no âmbito legislativo quanto ao aspecto de análise de provas, isto é, o critério de análise é o convencimento do julgador, que deverá valorá-la de acordo com cada caso concreto.

Távora e Assumpção (2012, p. 22-23) explicam-nos que: “o objeto é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda e deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento”.

Diante disso, percebe-se que há uma diferenciação entre objeto da prova e objeto de prova, onde o primeiro trata-se de fatos relevantes e o segundo do que venha a ser provado, ou seja, da apreciação judicial com base no livre convencimento.

Ainda sobre esta abordagem, Capez (2014, p. 278) descreve que:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na

responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

No que tange o ensinamento explanado, vislumbra a necessidade de se presenciar o objeto da prova, pois os mesmos, são capazes de influenciar na decisão, para que seja favorável ou não favorável.

Ramajoli *apud* Mossin (2010, p. 304) também leciona sobre o objeto da prova:

O tema necessário para a decisão tem, como pressuposto e segundo a articulada enunciação da regra fixada pela disposição em exame, a aquisição do fato concernente a imputação, entendida como a síntese entre o *fattispecie* abstrato indicado pela lei e o *fattispecie* concreto, representado pela conduta (comissiva ou omissiva) tida pelo inculpado.

Nesse diapasão, o objeto da prova compreendem-se os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação.

Desse modo, tende ser a demonstração por meio do processo de acontecimentos, fatos ou circunstâncias que interessam à solução da pretensão posta em juízo ou todos aqueles fatos, principais e acessórios, que interessam à decisão do juiz, e que requer um acertamento (AVENA, 2018, p. 468).

Ainda sobre o assunto, dentro da concepção de objeto da prova existem algumas subdivisões elaboradas por doutrinadores para estabelecer sua classificação.

Quanto ao objeto, a relação ou incidência que a prova tem com o fato a ser provado, pode ser de forma Direta ou Indireta. A primeira hipótese é a aquela que se refere diretamente ao fato probando, por si só, demonstrando-o, por exemplo: testemunha ocular. Entende-se, que o fato é provado sem necessidade de qualquer processo lógico de construção, portanto demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2012, p. 24).

Assim, a prova direta ocorre quando o fato é exposto por objeto inerente ao contexto fático em exame. É o que ocorre em depoimentos de testemunhas presenciais, por exemplo, em que se narra o fato testemunhado diretamente.

Tratando-se de objeto indireto, são aquelas que não demonstram, diretamente, determinado ato ou fato, mas que permitem deduzir tais circunstâncias a partir de um raciocínio lógico e irrefutável. Exemplo: o álibi. Comprovando-se que o suspeito se encontrava em determinado local no dia e hora do crime, é intuitivo que não poderia estar na cena do crime. Por isso infere-se que os casos típicos de prova indireta são os indícios e as presunções (AVENA, 2018, p. 469).

Portanto, entende-se que no auditivo constrói-se um raciocínio lógico diante dos fatos que a testemunha diz ter ouvido, para se chegar ao fato probando, o fato propriamente dito. No visual, a testemunha declara sobre o próprio fato.

De outro vértice, existem os fatos que não dependem de prova que são os fatos notórios, os fatos axiomáticos, as presunções legais e ainda os fatos inúteis.

Para um melhor entendimento destes fatos, é de suma importância uma breve explanação sobre cada um.

Tratando-se primeiro sobre os Fatos notórios, Avena (2018, p. 468) traz à tona que:

Fatos notórios: são os que fazem parte do patrimônio cultural de cada pessoa. Por isso mesmo, aqui se aplica o princípio *notorium non eget probatione* – o que é notório dispensa prova. Possível, inclusive, na esfera criminal, aplicar analogia ao art. 374, I, do CPC/2015, segundo o qual não dependem de prova os fatos notórios. Exemplos: Na Comarca de Camaquã, denunciando o Ministério Público determinada pessoa por crime contra a honra do Prefeito Municipal, será desnecessário comprovar, naquele juízo, que a vítima realmente foi diplomada como Chefe do Executivo, pois essa circunstância é por todos sabida na localidade, inclusive pelo juiz que lá jurisdiciona. Outros exemplos: moeda nacional, condição de Presidente da República, um feriado nacional etc.

Dessa forma, os fatos notórios é aquilo que se nota, que fica claro, algo que não há necessidade de se comprovar, intimamente ligado a publicidade, pois daquilo todos já o conhecem como tal.

A lei, entretanto, exige o exame de corpo de delito, consoante se observa no art. 564 do Código de Processo Penal: “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos abaixo: [...] III. Por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: [...]. b). O exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.” Isso ocorre porque existe dúvida acerca do corpo estar com vida, mas apenas para trazer aos autos aquele acontecimento.

Ademais, dentro do assunto, outro fato que independe de prova são os fatos axiomáticos que podem ser chamados de intuitivos também. São aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem do conhecimento sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada, logo, não carece de prova.

Por exemplo, um ciclista é atropelado por uma jamanta e seu corpo é dividido em pedaços. Dispensa-se o exame cadavérico interno, pois a causa da morte é evidente (CAPEZ, 2014, p. 278).

Dessa forma, representa algo natural, que já se conhece e não faz sentido provar algo evidente.

As presunções legais ou fatos presumidos também não necessitam ser provados, pois são tidos como verdadeiros, pode-se dizer que tem como suporte a experiência diária daquilo que ocorre normalmente.

Desse modo, Mossin (2010, p. 307) leciona o seguinte exemplo:

Por exemplo: o juiz vê sentar-se na cadeira do advogado alguém que ele não conhece, e o advogado, por seu turno, vê no lugar reservado ao juiz alguém que ele também desconhece. Apesar disso o juiz presume que aquele sujeito é advogado, tendo em consideração *id quod plerumque accidit*, isto é, o que ocorre quase todos os dias. E o advogado por sua vez, presume que o outro seja o magistrado, pela mesma razão.

Assim, percebe-se uma questão de presunção, consoante em determinada lei para tal fato. Observa-se, pelo entendimento explanado, que os fatos que independem de prova, são fatos inúteis, assim denominado na doutrina.

Ademais, Távora e Assumpção (2012, p. 23) também esclarecem que: “os fatos inúteis não carecem de prova, pois são irrelevantes para a persecução penal”.

Dando seguimento, se tratando dos sujeitos da prova, os quais são as pessoas ou coisas de quem ou de onde deriva a prova, podendo ser pessoal ou real.

Neste liame, sobre a provas pessoais e reais, a prova real é aquela emergente do fato, no exemplo, a fotografia, pegadas etc. Do outro lado, a pessoal, que é a que decorre do conhecimento de alguém em razão do *thema probandum*, Por exemplo a confissão, testemunha, declarações da vítima (TÁVORA; ASSUMPCÃO, 2012, p. 24).

Desse viés, extrai-se que a pessoal relaciona-se com o meio probando, como tal a autoria e, a real relaciona-se com a matéria produzida do crime. É válido mencionar que diante do descrito, observa-se que as provas pessoais, bem como as provas reais podem ser diretas ou indiretas.

Sobre o assunto complementa Malatesta *apud* Mossin (2010, p. 32):

Os vestígios reais consistem nas modalidades de efeito que se apresentam com adesão à realidade inconsciente das coisas; e a coisa, enquanto na sua inconsciência faz perceber estas modalidades, dá lugar a uma espécie de prova denominada real. Os vestígios morais consistem nas impressões minemônicas do espírito humano; a revelação consciente das impressões minemônicas dá, ao contrário, lugar a outra espécie de prova, denominada pessoal.

Com essa explanação, denota-se diferenças importantes acerca dos sujeitos da prova de formas, em que uma seja o material produzido, e outra, demonstrada por falas pessoais.

No que diz respeito à forma da prova, ou seja, a forma que ela se apresentará em juízo, existe três maneiras: a documental, a material e a testemunhal.

Em rápidas palavras Messa (2014, p. 486) diferencia estas maneiras de forma: “a prova documental é a afirmação escrita ou gravada; A prova testemunhal é a afirmação oral; A prova material é o meio físico, químico ou biológico”.

Inicialmente sobre a documental, entende-se que ela se estrutura pela demonstração do fato alegado por meio do documento, ou seja, do papel que contém escritas, cujo conteúdo se encontra a demonstração do fato alegado. A seguinte, entende-se que será prova material qualquer materialidade, que, apresentada à percepção direta do juiz, comprove ou lhe sirva como prova. E por último, entende-se que a prova testemunhal emana da pessoa humana, onde se produz ou se forma por depoimento ou declarações testemunhais.

Depreende-se desse item as várias finalidades as quais servem as provas, percebe-se que tudo que foi descrito abarca vários princípios processuais penais, o item seguinte aborda os sentidos elementares da prova.

2.3 Sentidos de prova

Nesse item, é muito importante ressaltar que existem três sentidos para a palavra prova, prova como atividade probatória, como meio e como resultado.

A prova como atividade probatória segundo Dinamarco (2001, p. 41): “consiste em um conjunto de atividades de verificação e demonstração mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”.

Ou seja, verifica-se aqui, a exatidão ou a verdade do fato determinado alegado pelas partes no processo.

O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido das garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado democrático de direito, o Processo Penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (LIMA, 2016, p. 792).

Logo, embora haja o direito a prova, vale a ressalva de que nenhum direito é absoluto, devendo a observância, quando necessário, de solenidades processuais para que seja possível usufruir o direito de provar.

Considera que a prova como meio, trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, no exemplo, a prova testemunhal (NUCCI, 2016, p. 301).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que tudo o que é demonstrado no processo, a autoria de algo, é o material utilizado pelo órgão julgador para determinar a existência de algum fato no processo é a prova como meio.

A prova como resultado é aquilo que se extrai da análise dos instrumentos probatórios oferecidos, onde se demonstra a verdade dos fatos incontroversos inseridos no processo. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo (NUCCI, 2016, p. 301).

Esta última nos remete a convicção sobre os fatos alegados em juízo pelas partes pois, por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro sobre os fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza a respeito da ocorrência daqueles mesmos fatos.

2.4 Meio e ônus da prova

Preliminarmente, insta salientar que no direito processual penal o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim, tem-se a prova documental, a pericial, a testemunhal, dentre outras, justamente para trazer ao processo, direta ou indiretamente, a verdade real debatida em juízo.

Dito isto, deve-se esclarecer que os meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo, eles dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo (LIMA, 2016, p.799).

Com isso, os fatos são acontecimentos fora do campo processual, sendo que os meios de prova são mecanismos disponíveis justamente para trazer esses fatos ao processo, daí os meios de prova serem endoprocessual e os fatos serem extraprocessuais.

Nas palavras do professor Badaró (2003, p. 166), das diferenças entre fonte de prova e meio de prova: “a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo

é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova”.

Nesse aparato, basicamente, reflete a mesma ideia de que o meio de prova serve como instrumento que venha operar para demonstrar veracidade da fonte de prova, buscando o convencimento do julgador.

Sobre a distinção entre meio de prova e meio de obtenção de prova, Lima (2016, p. 800) destaca que:

Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Por outro lado, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, caput).

Dessa forma, extrai-se que por regra geral, o meio de obtenção de prova é usado na forma administrativa, ou seja, na fase investigativa, já o meio de prova, na fase judicial da persecução penal.

Sobre o ônus da prova Lima (2016, pp. 817-818) ensina que:

Transportando-se o conceito de ônus para o âmbito da prova, pode-se dizer ônus da prova é o encargo que as partes têm de provar, pelos meios legal e moralmente admissíveis, a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, resultando de sua inação uma situação de desvantagem perante o direito.

Desse contexto, observa-se que, assim como diz a lei, é o momento de se provar aquilo que foi alegado introdutoriamente, como uma necessidade para a demanda prosseguir.

Cabe destacar que o ônus da prova, para a acusação, são os fatos constitutivos da pretensão punitiva. No seguinte, para a defesa, são os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva (AVENA, 2018, p. 477).

Assim, tanto a defesa quanto a acusação precisam demonstrar a verossimilhança de suas alegações, isto é, as teses acusatórias e as teses defensivas necessitam de lastro probatório correspondente.

Ocorre que, se de um lado o sistema jurídico brasileiro ergue-se sob o modelo acusatório contemplado na Lei Maior, por outro não se pode esquecer que adotou o princípio da verdade real como objetivo precípuo do processo penal. Desta forma, embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, dado que tal ônus compete às partes, também não é correto que assumam uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes (AVENA, 2018, p. 478).

Ao que se vê, vigora o sistema acusatório no processo penal, embora exista a ressalva quanto à inércia de o magistrado não ser absoluta. Essa inércia do magistrado é um campo rodeado de polêmicas e controvérsias, havendo bastante rigor no controle de tais atos, sob pena de nulidade.

Dentro do assunto, Aranha (1999, p. 15) *apud* Rangel (2015, p. 505) explana que:

À acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa; à defesa compete demonstrar a inexistência do dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes de antijuricidade e eventuais excludoras da culpabilidade.

Contudo, percebe-se, no que tange ao primeiro impulso, tenda a vir pela parte acusadora que traz ao campo processual um fato criminoso, ao que a defesa não poderia se defender sem conhecê-lo.

Por fim, se o acusado conseguiu produzir uma dúvida razoável, ou seja, um *álibi*, de que estava em local diverso, quanto da prática delitativa, recai sobre a parte acusatória o ônus de dissipar qualquer dúvida acerca do *álibi* (LIMA, 2016, pp. 823-824).

Assim, percebe-se que preponderantemente aquilo que é alegado deve ser provado de maneira a não deixar dúvidas, portanto nota-se a ligação com o *in dubio pro reo*, decorrente da presunção de inocência que será tratado no segundo capítulo.

2.5 Sistemas de avaliação de provas

É necessário salientar que no direito processual penal existem três grandes sistemas de avaliação de prova: o da íntima convicção, da prova legal e do livre convencimento motivado.

No sistema da íntima convicção, também conhecido como sistema da certeza moral do juiz ou da livre convicção, Rangel (2015, p. 516) explica que:

O legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com a sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima.

Da lição acima, extrai-se que esse sistema está ligado ao poder de decisão do juiz, em que conforme ele entende e se convence, o mesmo resolve.

O sistema da íntima convicção não foi adotado no ordenamento pátrio, pelo menos em regra. Segundo o art. 93. IX, da Constituição Federal, todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (LIMA, 2016, p. 831).

A esse entendimento está a previsão constitucional de que as decisões devem ser motivadas, sob pena de nulidade processual. Por isso, a convicção do magistrado deve estar adstrita ao conjunto probatório endoprocessual.

Embora este sistema não seja o sistema-regra do Código de Processo Penal, não foi abandonada definitivamente no direito brasileiro, sendo agasalhada nos julgamentos afetos ao tribunal do júri, caso em que o veredicto absolutório ou condenatório tem origem em um conselho de sentença, integrado para pessoas do povo, os jurados (AVENA, 2018, p. 474).

Assim, o Júri constitui uma exceção a regra geral de decisões devidamente motivadas, já que o veredito ocorre de acordo com a convicção do Conselho de Sentença. Todavia, mesmo aqui é possível haver ressalvas quanto à livre convicção do Júri, devido as hipóteses de recurso de apelação quando a decisão for contrária as provas dos autos.

Já o sistema da prova legal, conhecido como sistema das regras legais ou prova tarifada, trabalha com a ideia de que determinados meios de prova têm valor probatório fixado em abstrato pelo legislador, cabendo ao magistrado tão somente apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor conforme estabelecido pela lei (LIMA, 2016, p. 831).

Com base na definição acima que, percebe-se que desse sistema taxativo de valoração de provas, o magistrado tende a agir de forma estritamente vinculada, apenas aplicando o valor (já previsto em lei) à prova.

Segundo Nucci (2016, p. 832) em seu ensinamento sobre o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova: “o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão”.

Entende-se, já que o magistrado pode valorar qualquer prova, que não existe uma hierarquia nas provas.

Este capítulo serviu para se ter a noção da abrangência da prova no Processo Penal, tendo em vista, ser de suma importância em todas as áreas e sentidos. Depreende-se do estudo realizado, que esta matéria está no rol das mais importantes em todos os ordenamentos jurídicos. Contextualizado essa parte conceitual, serão tratados no capítulo seguinte uma série de princípios que norteiam o processo penal com destaque na prova, inclusive o princípio tão referenciado da verdade real.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Buscará o presente capítulo apresentar os princípios norteadores do Processo Penal brasileiro, aqueles que, via de regra, são utilizados como pilar do processo, com o foco na prova penal. Também, nota-se que existem princípios explicitamente inseridos na constituição e alguns outros implicitamente, muitos deles são vinculados, na essência, à pessoa humana, outros são mais próximos da relação processual. Há, ainda, os princípios orientadores da atuação do Estado, logicamente para servir de proteção ao sujeito.

3.1 Princípio da verdade real

Inicialmente, insta salientar que no processo penal brasileiro, vigora o princípio da verdade real também conhecido como princípio da verdade material ou da verdade substancial, no que concerne à produção de provas, consoante se vê no Código de Processo Penal, em seu art. 156 e seus incisos.

Deste modo, característico do processo penal, dado o caráter público do direito material sub judice, excludente da autonomia privada. É dever de o magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença (CAPEZ, 2014, p. 64).

Embora existam limites constitucionais, exceções, a finalidade do processo tende ser a punição mais coerente possível ao autor da infração, por isso, este princípio, a busca pela verdade real dos fatos, ecoado no processo penal, em que na investigação das provas não haja limites na iniciativa das partes.

Marques (2000, p. 337) define que:

A verdade real – eis a causa finalis da instrução e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o thema probandum a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contém na acusação. E isso só se consegue quando emergem da instrução, de maneira fiel e real, os acontecimentos que motivaram a 26 acusação. Para tanto, necessário é, também, que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a instrução, para reconstruir a situação concreta que deve ser objeto de seu pronunciamento jurisdicional.

O ensinamento acima preconiza também a finalidade de busca pela justa e exata solução na punição dos agentes, que está ligada ao princípio da verdade real.

Sobre o referido assunto, Mirabete (2007, p. 252) destaca que:

A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam o mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real, e, portanto, a justa aplicação da lei.

Percebe-se o entendimento de que não existe limitação aos meios de prova, tangendo às partes a liberdade de produzi-las, pois havendo limitação prejudicaria a obtenção da verdade real.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. PROVA CONSTANTE DE GRAVAÇÃO EM FITA MAGNETICA. PENA: FIXAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. I. - PROVA CONSTANTE DE GRAVAÇÃO EM FITA MAGNETICA: INOCORRENCIA DE ILEGALIDADE. II. - INOCORRENCIA DE VÍCIO NA FIXAÇÃO DA PENA, JA QUE ESTA FOI IMPOSTA COM RAZOAVEL FUNDAMENTAÇÃO. AUMENTO DA PENA COMPATIVEL COM AS REGRAS DOS ARTIGOS 59 E 68 DO COD. PENAL. III. - INOCORRENCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IV. - H.C. INDEFERIDO. Frise-se por oportuno que o direito processual penal não se limita à busca da verdade formal. Ao contrário do processo civil tem como escopo maior a evidenciação da verdade real, devendo o processo ser dirigido em tal sentido. (STF, HC n. 69.204-4/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celio Borja, DJU 04/09/1992).

Logo, o entendimento do STF caminha na busca da verdade real, não limitada à mera verdade processual, o que torna efetiva a ampla defesa, desde que se respeite os aspectos legais, ao menos na sua essência.

Nesse diapasão, por força do art. 156 do Código de Processo Penal, admite-se que o magistrado produza provas de ofício, porém apenas na fase processual, devendo sua atuação ser sempre complementar, subsidiária. Na fase preliminar e investigações, não é dado ao magistrado produzir provas de ofício, sob pena de evidente violação ao princípio do devido processo legal e à garantia da imparcialidade do magistrado (LIMA, 2016, p. 108).

Dessa forma, tende-se como objetivo chegar o mais próximo da realidade fática, ou seja, daquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, embora tal tarefa seja difícil dentro do processo penal.

Cumpra observar, ainda, que por muito tempo afirmou-se que na esfera penal a investigação dos fatos trilhava caminho bem diverso do que é estabelecido para a esfera cível. Entendia-se que nesta última vigorava apenas o princípio da verdade formal, o que possibilitava ao juiz contentar-se com o resultado das manifestações formuladas pelas partes e limitar sua análise aos fatos por elas debatidos (AVENA, 2018, p. 63).

Nesse contexto, enquanto que na seara cível seja suficiente a verdade formal, na seara penal é insuficiente, pois nesta se exige uma condenação que se fundamente, o máximo

possível, na verdade real, ainda que não se consiga chegar à verdade real concreta ou integralmente fiel aos fatos.

É inegável que, mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, isso parte da premissa do velho brocardo que vem do Direito Romano “o que não está nos autos, não está no mundo” (CAPEZ, 2014, p. 64).

É por isso que se diz não haver verdade real concreta dentro do processo, já que a fidelidade dos fatos jamais poderá ser exposta no campo processual, pelo menos não na sua integralidade.

Ademais, além do artigo do Código de Processo Penal supra mencionado, existem outros que demonstram a busca pela verdade real, como explana Nucci (2016, p. 35):

Note-se o disposto nos arts. 209, caput (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes” – grifamos), 234 (“se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível” – grifo nosso), 147 (“o juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade” – grifamos), 566 (“não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” – destaque nosso) do Código de Processo Penal, ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência à busca da verdade real.

Essa explanação corrobora, ainda mais, a vigência do princípio da verdade real no processo penal.

Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes (NUCCI, 2016, p. 34).

Dessa forma, infere-se que neste princípio o magistrado pode como deve buscar provas, tanto quanto as partes, mantendo a imparcialidade que é devida, obviamente, não se contentando com o que lhe é apresentado.

3.2 Princípios do contraditório e ampla defesa.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são corolários do devido processo legal, já que para o alcance deste é imprescindível o alcance daqueles. Em outras palavras, não há devido processo legal sem contraditório e ampla defesa.

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu art. 5º, inciso LV, que aos litigantes, seja em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral são assegurados a ampla defesa e o contraditório.

Não só a Constituição da República, mas também a Convenção Americana sobre os direitos humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, garante o contraditório. Diz o seu art. 8º:

Art. 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independentemente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O direito ao contraditório, sob a ótica do réu, guarda estreita relação com a garantia da ampla defesa. Entretanto, comparadas essas duas garantias, o contraditório possui maior abrangência do que a ampla defesa, visto que alcança não apenas o polo defensivo, mas também o polo acusatório, na medida em que a este também deva ser dada ciência e oportunidade de contrariar os atos praticados pela parte ex adversa (AVENA, 2018, p. 76).

Resumindo, este princípio significa que toda a prova realizada por uma parte, admite a produção de uma contraprova, tanto da acusação como da defesa.

Assim, entende-se que qualquer das partes, diante de provas produzidas, devem ser intimadas, para, querendo, se manifestem a respeito. Nesse sentido, a lição de Netto (2006, p. 123-124):

O contraditório entendido como o direito a ser ouvido (*audiatur et altera parts*), conseqüentemente de defender-se, compreende uma acusação de ato concreto, devidamente claro, preciso e delimitado (imputação), o conhecimento desse fato por meio de ato formal (citação), a presença do acusado a todos os atos do processo, em igualdade de posição com a acusação.

Do ensinamento, extrai-se que o contraditório é o meio de defesa que deve ser feito formalmente assim como a própria acusação.

Por força do princípio ora em análise, a palavra *prova* só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa (LIMA, 2016, p. 88).

As provas no geral, o que deixa a entender, ficam excluídas aquelas não apresentadas e discutidas na instrução probatória do processo de conhecimento penal.

O contraditório é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo. Por esses motivos, é essencial que o acusador, ao formular a denúncia ou queixa-crime, narre claramente os fatos que está a imputar ao futuro réu (CAPEZ, 2014, p. 72).

Assim, em respeito ao contraditório, a denúncia precisa conter os fatos e suas circunstâncias, a classificação do crime e do acusado, dentre outros aspectos, a fim de garantir que o réu possa exercer concretamente o contraditório.

Consagrada, assim como o contraditório, no art. 5º, LV, da Constituição da República, a ampla defesa traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada. Este princípio guarda relação com o direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem antes ter a oportunidade de ser ouvido quanto aos fatos imputados (AVENA, 2018, p. 77).

Logo, o contraditório é a manifestação do devido processo legal, mesmo que haja um contraditório diferido. Na seara processual penal, não basta o mero oportunizar o contraditório tal como ocorre na seara cível, ao contrário, necessita-se de um contraditório concreto, seja por advogado constituído, seja por defensor nomeado pelo Juízo.

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2016, p. 25).

Por força, do princípio da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade.

Por consequência ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição do *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, entre outros (LIMA, 2016, p. 90).

Deste modo, é necessário enfatizar que o princípio do contraditório serve para embasar os dois polos, a ampla defesa é um privilégio do réu, já que traz a ideia isonômica exposta até aqui.

Nesse seguimento, Nucci (2016, p. 25) aduz que:

A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode

desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros.

Como se percebe, há direitos exclusivos do réu por uma questão isonômica ou de paridade de armas, entre as partes envolvidas. A questão sobre o magistrado escolher o defensor diante da situação em que avalie, como garantidor do processo penal, está positivada no art. 497, dos procedimentos especiais, qual seja de competência do Tribunal do Júri.

3.3 Princípios da imparcialidade e do juiz natural

Como é cediço, no processo penal é preciso haver imparcialidade, ou seja, é vedado que o julgador exerça postura parcial no processo, baseando sua convicção em aspectos íntimos, não em provas. Da mesma forma, é preciso haver um juiz natural, preexistente, de acordo com a ordem jurídica e não especificamente criado para cada caso. Isso porque é proibido que haja tribunais de exceção.

De acordo com Avena (2018, p. 74), o princípio da imparcialidade do juiz significa que:

O magistrado, situando-se no vértice da relação processual triangulada entre ele, a acusação e a defesa, deve possuir capacidade objetiva e subjetiva para solucionar a demanda, vale dizer, julgar de forma absolutamente neutra, vinculando-se apenas às regras legais e ao resultado da análise das provas do processo.

Esse princípio é assegurado pela constituição da república federal, embora de maneira implícita. Ingressa no sistema por meio do art. 5º, § 2º, onde descreve que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Deste modo, visa uma postura imparcial do magistrado no processo, no sentido de que o mesmo tenha desinteresse pelo favorecimento de uma das partes em detrimento do sofrimento da outra.

Destarte, o juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas, fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. Como narrado, essa imparcialidade é princípio assegurado na constituição, entre as regras, decorre a de que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato (CAPEZ, 2014, p. 61).

Daí a necessidade de que a jurisdição já esteja posta anteriormente ao fato, de maneira que ninguém seja julgado por juízes ou tribunais constituídos especialmente para exame de fatos determinados.

E pensando na efetividade deste princípio, como garantia da imparcialidade, a Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVII, estabelece ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, proibindo, ainda, juízo ou tribunais de exceção (AVENA, 2018, p. 74).

Observa-se que, para que possa o magistrado atuar, realmente, com imparcialidade, ele deve seguir a premissa de não agir de ofício para dar início a ação penal, ou seja, se as partes permanecerem inertes, prejudicadas vão ser.

O princípio do juiz natural surge da previsão inscrita no art. 5º, LIII, da Constituição da República, dispondo que ninguém será processado e sentenciado senão pelo juiz competente. No inciso consta como “autoridade competente”. (AVENA, 2018, p. 79-80).

Diante disso, entende-se que o descrito na constituição no referido artigo, como autoridade competente, atine a dimensões maiores do que apenas um juiz competente, o qual já tem sua regra no Código de Processo Penal.

Sobre o tema dispõe Capez (2014, p. 68): “é, portanto, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à infração penal, investido de garantias que lhe asseguram absoluta independência e imparcialidade”.

Assim, como se entende, a competência a quem incumbe julgar será, pela lei, por órgão do Poder Judiciário, e nele, o juiz a quem compete, com todas as garantias constitucionais e pessoais previstas na lei.

Este princípio deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural, ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei (LIMA, 2016, p. 110).

Logo, o juiz natural precisa ser investido de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, de acordo com regras estabelecidas genericamente para todos os administrados, não apenas para pessoas ou fatos determinados.

Ademais, Avena (2018, p. 81) considera que: “apesar da existência de posições em contrário, em face da natureza do princípio, o postulado do juiz natural apenas pode ser invocado em prol do acusado, e não em seu desfavor”.

Dessa forma, percebe-se que esses princípios também beneficiam o acusado e a dignidade da pessoa humana que é taxativa na constituição da república federal.

3.4 Princípios da comunhão das provas e da publicidade

A comunhão das provas deve ser entendida pelo conjunto de elementos probatórios reunidos no processo. De outro lado, a publicidade das provas é a sua exteriorização aos agentes processuais, essencial ao contraditório.

O princípio da comunhão das provas significa que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz (NUCCI, 2016, p. 37).

Assim, a comunhão das provas serve justamente para que delas as partes participem, manifestem-se, não havendo permissão que autorize apenas o produtor da prova usá-la. Pelo contrário, a prova produzida pela parte será também utilizada pela parte adversa, seja contestando-a, seja invalidando-a.

Em consonância com a ideia exposta, Aranha (2006, p. 33) leciona que: “no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

Desse modo, entende-se que uma prova produzida também gera o direito de ser utilizado em desfavor de quem a produziu.

Tratando-se do princípio da publicidade, o qual encontra previsão constitucional no art. 5º, LX, XXXIII, e 93, IX, da Constituição da Federal. Quer dizer que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo. É justamente o que permite o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário (NUCCI, 2016, pp. 28-29).

Logo, a publicidade permite às partes a ciência do teor processual, de modo a possibilitar que as partes ajam no processo, após verificar o efetivo andamento processual com o seu lastro probatório correspondente.

Para Avena (2018, p. 73), “este princípio traduz o dever do Estado de atribuir transparência aos atos que praticar, bem como fornecer todas as informações que lhe forem solicitadas”.

Ele reforça as garantias da independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz. No entanto, não é uma garantia absoluta.

Há que se pontuar, que as garantias constitucionais não são absolutas, como por exemplo, nesse caso, questões que requeiram determinado sigilo.

Nesse sentido, percebe-se que a publicidade traz consigo a transparência para poder regular os órgãos públicos, seja no âmbito judicial, executivo ou legislativo.

Mossin (2010, p. 35) traz a explicação sobre o assunto:

A publicidade do processo penal concerne ao controle da justiça penal pela coletividade. Os assuntos penais são demasiados importantes para que sejam tratados secretamente (como no direito processual comum). Na democracia, soberano é o povo. Em seu nome se administra a justiça e o juiz é unicamente o representante da comunidade jurídica.

O entendimento, por Mossin, infere-se de forma a controlar aquilo que, por lei, não há necessidade de sigilo. Assim, é pertinente mencionar o art. 1º, § 1º, que prescreve que todo poder emana do povo, e elege seus representantes, tais esses que deverão ser fiscalizados por meio da publicidade.

Por conseguinte, na mesma vértice, o art. 93, IX, da Constituição da República Federal, prevê que:

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Entretanto, ocorre que, em algumas situações excepcionais, a própria Constituição da República ressalva a possibilidade de se restringir a publicidade.

Contudo, a publicidade em si, traz a ideia de fiscalização do erário público, de forma geral, nos seus três poderes, ou seja, no âmbito judicial, legislativo e executivo, por isso a importância da publicidade.

3.5 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é um gigante na seara penal. Isso porque, segundo ele, ninguém poderá ser considerado culpado, senão com o trânsito em julgado. Logo, enquanto houver recursos, não haverá culpa inequívoca do réu, já que pode ser modificada na via recursal.

Assim, o princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado, este

princípio encontra guarida no art. 5º, LVII, da Constituição da República. Tem por interesse primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu (NUCCI, 2016, p. 23).

Como se vê, a presunção de inocência é inerente a todo e qualquer indivíduo, visto que o ordenamento exige que haja comprovação inequívoca da culpabilidade do réu, o que só ocorre com o trânsito em julgado, ou seja, quando não há mais recursos disponíveis.

Tal direito de não ser declarado culpado enquanto ainda houver dúvida na questão da pessoa ser culpada ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, onde preceitua que: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Conforme tal documento, verifica-se que o princípio em exame possui também assento na ordem jurídica internacional, porquanto consagrado por instrumentos internacionais cuja participação se dá de forma ampla por diversos Estados soberanos. Logo, dito princípio é assegurado no âmbito das nações unidas que assim decidiram acordar.

Neste contexto, Capez (2014, p. 74) aponta que o princípio da presunção de inocência deve ser considerado em três momentos distintos, os quais sejam:

- a) Na instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) Na avaliação da prova, impondo-se seja valorada em favor do acusado quando houver dúvidas sobre a existência de responsabilidade pelo fato imputado; e c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência.

Dessarte, percebe-se que este princípio ajuda a igualar forças entre o poder da acusação e o acusado, também denota-se que o princípio não confronta uma possível prisão provisória, pois já está sumulado o entendimento no Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, no ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, esse princípio somente existia de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Com o advento da CR de 1988, este princípio passou a constar expressamente no inciso LVII, do art. 5º supramencionado (LIMA, 2016, pp. 79-80).

Com essa positivação, há mais segurança jurídica ao jurisdicionado que agora pode se valer de previsão expressa na Carta Maior para invocar a presunção de inocência, servindo, pois, como uma verdadeira garantia ao réu.

Consiste, assim, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (LIMA, 2016, p. 80).

Com isso, garante-se ao réu o uso amplo dos meios necessários à comprovação de suas alegações, não só nas vias ordinárias de primeiro grau, mas sobretudo nas vias excepcionais de recursos dirigidos às cortes excepcionais.

Assim, Nucci (2016, p. 24) aponta a ideia que deste princípio pode-se extrair outros, que são consequenciais do referente princípio, tal como: “*o favor rei, favor innocentiae, favor libertatis e in dubio pro reo*”. No caso do último, quando o magistrado tiver dúvidas se o réu deve ser ou não condenado, em face da insuficiência probatória, prevalecerá a liberdade sobre a punição. Portanto deve o juiz decidir em favor do acusado, pois pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em estado de inocência, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual o ônus da prova é do Estado-acusação.

Apresentados os princípios pertinentes nesse capítulo, depreende-se a relevância doutrinária e jurisprudencial, muito desses princípios foram extraídos da Constituição da República Federal de 1988, bem como norteiam o Código de processo Penal, trazidos a tela com foco na prova penal. Importante ressaltar, que não há uma hierarquia estabelecida entre os princípios, será tratado, no capítulo seguinte, novamente cotejando às interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, acerca das provas ilícitas e suas peculiaridades, possibilidades, e divergentes, quanto ao cerne do presente trabalho.

4 MANEJO DAS PROVAS

O presente capítulo aborda a discussão acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Busca-se um entendimento, trazendo indagações, visando uma melhor avaliação sobre cada possibilidade, sobre cada meio prova onde seja inadmissível tal ilicitude, cotejada às interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que guarnecem este assunto.

4.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*)

Inicialmente, é preciso destacar que a teoria da árvore envenenada relaciona-se com a temática da admissão de provas ilícitas no processo penal. O termo árvore é emprestado no seu sentido literal, significando aquilo que origina frutos.

Nesse sentido, a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas (PACELLI, 2017, p. 191).

A Constituição Federal de 1988 vedou as provas ilícitas de forma expressa, no art. 5º, inciso LVI. O Código de Processo Penal também repetiu a vedação, nos termos do art. 157. O qual seja a forma expressa da referente teoria.

A doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida (CAPEZ, 2014, p. 281).

Assim, a prova que deriva de outra prova será considerada ilícita se a prova originária for ilegal, independentemente do seu teor. Imagine-se uma interceptação telefônica produzida sem autorização judicial como sendo ilegal, toda prova que dessa interceptação ilegal derivar, será ilícita de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

No Brasil em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal rechaçou o uso desta teoria, posteriormente, mais precisamente no ano de 1996 o Supremo passou a aceitá-la, mas não fez menção quanto a regra de exclusão relativas à aplicação deste princípio (LIMA, 2016, p. 842-843).

Portanto, a teoria em comento é utilizada no ordenamento jurídico pátrio, inclusive na jurisprudência das cortes superiores. Neste viés, adentra-se nos subitens abaixo que melhor explicaram a pertinente teoria.

4.1.1 Vedação das provas obtidas por meios ilícitos

No tocante a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, a própria Carta Política de 1988 prevê expressamente tal impossibilidade. Com efeito, vige na ordem jurídica pátria a impossibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos.

Nesse sentido, dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição da República Federal que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Na legislação infraconstitucional, especificadamente no Código de Processo Penal, encontra-se o art. 155, parágrafo único, preceituando que no juízo penal: “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”.

Sobretudo, a Constituição da República vedou de forma expressa a utilização no processo, de provas originadas por meios ilícitos, consoante se observa acima, sendo que tal vedação é proveniente da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve sobrepor à atuação estatal, limitando, dessa forma, a persecução penal (DIAS, 2010).

Assim, é proibida a utilização de prova obtidas por meios ilícitos no processo penal, sendo tal vedação decorrente de menção expressa no texto constitucional, especialmente por se sobrepor a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Insta salientar, que não há uma regra específica no sentido da inadmissibilidade de provas ilegais no ordenamento jurídico pátrio, sendo, tal proibição proveniente da importação da regra do direito americano, conhecida pela expressão *fruits of poisonous tree* (frutos da árvore envenenada) (DIAS, 2010).

Logo, conquanto prevista na Constituição a proibição de utilização de provas ilícitas, não há regramento infraconstitucional explicitando seus meandros, ou seja, as regras de utilização da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Ademais, o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, nas palavras de Nucci (2016, p. 29): “significa não poder a parte produzir provas não autorizadas pelo ordenamento jurídico ou que não respeitem as formalidades previstas para a sua formação”.

No entanto, vale destacar que não há princípio absoluto, prevalente sobre todos os outros, devendo haver harmonização e equilíbrio na aplicação de cada um deles.

Da mesma maneira, traz Capez (2014, p. 74) que: “pode-se dizer que o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito”.

Como visto, esse princípio é constitucionalmente assegurado, na qual veda a utilização das provas ilícitas no processo penal, visa proteger a lisura do devido processo legal e o primado da dignidade da pessoa humana.

4.1.2 Prova ilícita por derivação e suas limitações

As provas ilícitas por derivação como demonstra-se, decorre do direito norte americano, que em determinado caso em sua suprema corte criou a chamada teoria dos frutos da árvore envenenada.

Nesse sentido, Lima (2016, p. 842) traz a origem do título:

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente no caso NARDONE v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada [...].

No direito brasileiro, estas regras foram positivadas no Código de Processo Penal, foi com a reforma trazida pela Lei nº 11.690 de 2008, alterando a redação do artigo 157 caput e parágrafos. O parágrafo 1º, trouxe que: “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”.

No mesmo sentido leciona Avena (2018, p. 490) que: “Provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade manifesta ocorridas anteriormente à sua produção, restando, portando, contaminadas”.

Depreende-se do entendimento, que uma prova lícita que foi obtida por um meio ilícito, conseqüentemente será ilícita também. No entanto, nota-se que há positivado exceções à inadmissibilidade, tais como a da fonte independente e a do nexo causal atenuado.

Quando se trata de fonte independente, também denominado de critério da prova separada, fica estabelecido que a prova produzida com base em fator dissociado da ilicitude de prova anteriormente auferida deve ser validada. O importante em relação à prova advinda de fonte independente é a consideração de que, mesmo conectada, de algum modo, à prova ilícita, ela poderia ter sido conseguida de qualquer modo, fundada em bases lícitas (NUCCI, 2016, p. 321).

Logo, entende-se por prova independente aquela que, conquanto tenha relação com a prova ilícita, foi obtida por fonte independente e seria obtida independentemente de qualquer prova ilícita pretérita.

Nesse sentido, nota-se que são várias fontes, por diversos métodos de se conseguir chegar na prova desejada com o mesmo objetivo, ou seja, de solucionar o mesmo caso. Dessa forma, traz Lima (2016, p. 845) que:

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução criminal 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 vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

O conceito dado por Lima corrobora a ideia acima, de modo que com uma fonte independente não há contaminação que enseje na teoria dos frutos da árvore envenenada, não havendo, pois vedação à prova independente.

De outro vértice, Lima (2016, pp. 248-249) aborda outra limitação exemplificando:

[...] nexo causal atenuado ou mancha purgada, é também trazida do direito Norte Americano, neste caso em julgamento na Suprema Corte daquele país, um indivíduo “A” foi preso ilegalmente, da prisão deste ocorreu a apreensão de drogas na posse de outro suspeito “B”. O segundo suspeito quando interrogado disse ter recebido a droga de uma terceira pessoa “C”, sendo que a terceira pessoa também fora presa ilegalmente como os outros dois. Tempos depois de ser posto em liberdade, o suspeito “C” confessou em interrogatório policial a prática do crime. No que concerne a apreensão da droga com o indivíduo “B” a Corte Norte Americana entendeu se tratar de um caso da prova ilícita por derivação. No entanto com respeito ao suspeito “C”, entendeu não se tratar de um caso de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois quando este confessou o crime cometido após ter sido orientado sobre seus direitos no interrogatório, afastou a ilicitude da prisão ilegal.

Assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada pode ser afastada se, por outros meios, colher-se a prova em exame, como no caso de confissão posterior.

Destarte, apesar da prisão ilegal, houve o confesso de um dos envolvidos, tal qual se respeita a vontade de colaborar com a persecução penal, por isso não se aplica a referente teoria. Sobre o tema, discorre Nucci (2016, p. 320):

[...] a) inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a prova acoimada de derivada da primeira. É possível que determinada prova seja apontada por qualquer das partes como derivada de outra, considerada ilícita. Entretanto, feito uma verificação detalhada observa-se que não existe nexos de causa e efeito entre elas. Por isso, não se pode desentranhar a denominada prova derivada [...].

Já o parágrafo 2º do art. 157 do Código de Processo Penal prescreve que “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Assim, entende-se deste dispositivo legal, que o legislador, como se observa, tentou explicar um pouco mais sobre a teoria da fonte independente, e acabou por conceituar outra exceção de inadmissibilidade.

Como não poderia deixar de ser, esta limitação, sob nomenclatura de descoberta inevitável, é também de origem do direito Norte Americano, neste caso a polícia conseguiu por meio de tortura do suspeito, a localização do corpo da vítima de um homicídio. No entanto mesmo havendo a ilegalidade da tortura na confissão, no caso concreto demonstrou-se que alguns grupos de pessoas estavam fazendo uma busca pela área onde se encontrava o corpo, dessa forma inevitavelmente a localização da vítima seria descoberta de uma forma ou de outra (LIMA, 2016, p. 847).

No caso descrito, inevitavelmente a prova foi encontrada e o meio ilícito que o agente utilizou não teve conexão com a descoberta da prova, por isso exclui a inadmissibilidade, tornando-a lícita.

Ainda, sobre o tema, discorre Lima (2016, p. 847) que:

A aplicação desta teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

Nesse caso, a prova que deriva da prova ilícita originária seria inevitavelmente conseguida de qualquer outro modo, porém percebe-se que tal assunto é um tanto quanto amplo, pois há perigo de confronto com garantias constitucionais, no que tange a vedação da utilização das provas ilícitas.

4.2 Definição e diferença entre provas ilícitas e ilegítimas

Neste item, adentra-se na questão da definição deste tipo de prova e discute-se com mais afinco as divergências, das provas ilícitas e provas ilegítimas, com controversas dos entendimentos de doutrinadores brasileiros.

Insta salientar que há três espécies de provas ilegais, quais sejam, a derivada da ilícita, a ilícita e a ilegítima.

No tocante as provas ilícitas, são todas as provas obtidas por meios ilícitos conforme preceitua o artigo 5º, LVI da Constituição da República Federal, o qual aduz que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nesse entendimento, Avena (2018, p. 486) destaca que: “será considerada como ilícitas as provas obtidas mediante violação de normas que possuam conteúdo material (assecuratório de direitos), sendo necessário, ainda, que essa violação acarrete, direta ou indiretamente, a ofensa a garantia ou a princípio constitucional”.

Logo, regra geral, prova ilícita viola direito material, ofendendo garantias ou princípios constitucionais. É o que ocorre no caso clássico da interceptação telefônica sem autorização judicial, em que há nítida violação ao direito material à intimidade e sigilo das comunicações.

Com isso percebe-se, também, que a prova ilícita é obtida fora do processo violando norma material, porém, Lima (2016, p. 836) acrescenta que: “apesar de, em regra, a prova ilícita ser produzida externamente ao processo, nada impede que sua produção ocorra em juízo”.

Assim, percebe-se que provas por meios ilícitos contrariam os requisitos de validade exigidos pela própria lei, um exemplo seria um acusado confessar o crime sem ser advertido pelo magistrado sobre o direito ao silêncio dentro das formalidades gerais que regra a lei.

Diferentemente das provas ilícitas, as provas ilegítimas são aquelas obtidas mediante violação à norma de direito processual, conforme leciona Lima (2016, p. 837), onde expõe que: “outro traço peculiar das provas obtidas por meios ilegítimos diz respeito ao momento de sua produção: em regra, no curso do processo”.

Por isso a diferença presente entre as duas, pois a ilícita está fora do processo e as mesmas violam normas de conteúdo material com reflexo constitucional, já a ilegítima encontra-se dentro do processo.

Assim, Avena (2018, p. 490) descreve que as provas ilegítimas: “são aquelas produzidas a partir da violação de normas de natureza eminentemente processual, isto é, normas que tem fim em si próprias”.

Logo, prova ilegítima é aquela produzida dentro do processo, possuindo natureza endoprocessual, cuja violação consiste em normas processuais, não materiais.

Um exemplo clássico desta situação é a oitiva de testemunhas em que o magistrado deixa de compromissá-las, quando assim o faz incorre na violação da regra contida no art. 203 do Código de Processo Penal (LIMA, 2016, p. 836).

Nesse entendimento, quando se tem algo legítimo, ou seja amparado em lei, tem que ser cumprido, senão, ocorrendo algo que viole dispositivo que legisla sobre, torna-se ilegítimo.

Sobre essa distinção, apresenta-se o entendimento de Avolio (1999, p. 44):

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual. [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando de violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator.

Diante disso, percebe-se, que o momento em que acontece a ilegitimidade da prova é posterior a ação, já a prova ilícita é no momento da colheita podendo, ainda, ser anterior ou concomitante ao processo, do que externa ser uma prova já vedada.

Por outro lado, existem doutrinadores que afirmam serem as provas ilícitas e ilegítimas espécies de um mesmo gênero, conforme Nucci (2016, p. 315):

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material processual ao ordenamento jurídico.

Então, entende-se que provas ilegais é um gênero do qual decorre duas espécies: provas ilícitas e provas ilegítimas. As ilícitas ferem direito material, enquanto que as ilegítimas ferem direito processual, porém, ambas são ilegais.

4.3 A admissão de provas ilícitas e ilegítimas

Após a explanação feita acerca do entendimento doutrinário sobre as provas ilícitas e ilegítimas, é necessário conhecer a discussão sobre a admissibilidade destas no processo penal. Destaca-se, ainda, que o assunto abrange algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Sobre o assunto Mendonça (2004, p. 43) traz a lição que:

A admissibilidade das provas ilícitas dentro do contexto processual com o objetivo de instruir o processo e influenciar a decisão final, diante dos valores da personalidade e dignidade humana resulta de um grande drama processual, onde renomados juristas se debruçam em busca de uma solução, devendo-se, para tanto, delinear os limites, tendo por base a interpretação axiológica do texto constitucional.

Diante disso, percebe-se a grande dificuldade para valorar, sabendo que essas provas embasarão diversas decisões e, abrindo precedentes, jurisprudências serão fonte de, quem sabe, diversas injustiças.

A discussão em torno da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos em determinado ordenamento jurídico está diretamente relacionado à opção entre a busca ilimitada da verdade, dando-se preponderância ao interesse público na persecução

penal, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais, dentro de uma visão ética do processo, ainda que em prejuízo à apuração da verdade (LIMA, 2016, p. 839).

Posteriormente, passou-se a entender que o reconhecimento da ilicitude de uma prova, faria com que esta não pudesse entrar nos autos do processo conforme o artigo 157 do CPP, se isto acontecesse ocorre o chamado direito de exclusão, devendo a prova ilícita ser desentranhada dos autos.

Como foi visto, o entendimento doutrinário brasileiro, também na jurisprudência a décadas, entende que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas foi importado do direito norte americano, mesmo sabendo que não houve regulamentação da norma na constituição norte americana. Também se demonstrou que a regra do direito de exclusão estaria implícita na constituição.

Assim, subentende-se que ainda que o assunto seja tão relevante e importante, que esta prova tenha se mostrado ser, se ela foi obtida por meio ilícito deve ser desentranhada do processo, isso depois do vencimento do prazo de manifestação, sendo causa de nulidade.

A grande maioria da doutrina e da jurisprudência nacional entende que poderão ser utilizadas em favor do réu quando se constituírem na única forma de beneficiá-lo. Apenas uma parcela minoritária, entre os quais nos situamos, entende possível seu uso, também, em prol da sociedade quando se tratar do único modo de evitar a impunidade de crimes que, pela gravidade, possam ser considerados como de mal coletivo (AVENA, 2018, p. 497).

Dessarte, observa-se a causa de nulidade que impera sobre o assunto. Nesse mesmo sentido, importante lembrar também, e acerca da prova ilícita por derivação que é aquela que mesmo sendo lícita, foi produzida por meio ilícito, estas não são aceitas no processo também. Nesse contexto, verifica-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos frutos 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 da 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 desrespeitam 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” (STF, HC n. 93.050/RJ, 2.^a turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 10/06/2008).

A jurisprudência ecoa-se pela doutrina, além disso, percebe-se pelo presente precedente, que há outras garantias que merecem ser observadas.

Em outras palavras, o direito à liberdade no caso da defesa, os direitos à segurança, à proteção da vida e do patrimônio no caso da acusação, muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito a intimidade e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas (CAPEZ, 2014, p. 282).

Depreende-se aqui, como a doutrina e a jurisprudência entende quanto a admissibilidade, percebe-se que pode sim ser admitido, entretanto devem ser muito bem analisados. Nos seguintes, não obstante, trará motivos e como pode ser aplicado.

4.4 Teoria das janelas quebradas

Esta teoria não tem aplicabilidade no Brasil, mas cabe aqui pincelar brevemente a ideia de uma justiça que traz uma segurança no seu sentido mais amplo.

A Teoria das Janelas Quebradas publicada em 1982 por uma revista norte-americana se fundamentou no experimento de deixar dois automóveis idênticos em bairros diferentes, sendo um já danificado, que em 24 horas foi destruído, já o outro só a partir da segunda semana que o próprio pesquisador quebrou a janela, então depois foi destruído. Os mesmos criadores desta teoria nos seus estudos utilizaram o exemplo de uma janela quebrada de uma fábrica ou escritório, verificando que caso não haja imediato conserto, logo as demais serão quebradas. Quando uma pessoa se depara com esta janela quebrada por vários dias, pensará que o imóvel está abandonado e assim quebrará as demais janelas do local (SILVA, 2015).

Dessa forma, nota-se que se uma janela é quebrada, e não é imediatamente consertada, a população passará a pensar que não existe autoridade responsável pela ordem ali, com isso, em instantes todas as outras janelas estariam destruídas, levando à decadência daquele espaço urbano, criando terreno propício para a criminalidade.

Quando a desordem se instala no seio da sociedade pela falta de punição, a impunidade faz surgir no cidadão o sentimento de abandono estatal, a sensação de que as transgressões não serão punidas, passando a agir sem os freios morais inibidores. Por outro lado, o cidadão observa de dentro da sua casa que ele está acuado pela criminalidade, enquanto os transgressores estão nas ruas (VERGAL, 2012).

É nesse sentido que vislumbra-se a necessidade de se utilizar as provas ilícitas, é claro que não se pode dizer que com isso terá um menor número de criminalidade, até porque sabe-se que existem diferenças econômicas e sociais na questão local, mas a aplicação gera a ideia de uma justiça eficaz como descrito nas ideias acima. No próximo e último item será apresentado como deve e pode ser aplicado essas provas.

4.5 Aplicabilidade das provas ilícitas em favor do réu e da sociedade baseado no princípio da proporcionalidade

Neste item, discute-se a utilização das provas ilícitas em favor do réu e da sociedade com base na utilização do princípio da proporcionalidade, tal princípio assegurado na constituição, onde se poderá observar quais suas possibilidades de manuseio no processo.

Na Alemanha Federal, desenvolveu-se a teoria da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade na doutrina americana, significando a colocação, em uma balança, dos bens jurídicos que estão contrastando-se e verificar qual tem o peso maior (RANGEL, 2015, p. 486).

Como se vê, segundo essa teoria, busca-se um equilíbrio entre bens jurídicos em apreço, de modo a verificar, em cada caso, qual bem jurídico deve preceder. Sabendo-se que nenhum bem jurídico é absoluto, o princípio da proporcionalidade serve para balizar qual bem deve preponderar em casos de conflitos de bens.

A denominada teoria da proporcionalidade tem por finalidade equilibrar os direitos individuais com os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos (NUCCI, 2016, p. 317).

Contudo, observa-se que a norma constitucional que veda a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos limita a atuação ao direito de punir do Estado.

Dessa forma, ainda, explica Lima (2016, p. 863):

Entende-se que o direito de defesa (CF, art. 5º, LV) e o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVIII) devem preponderar no confronto com o direito de punir. De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutro giro, ao Estado não pode, interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, quando o acusado pratica um ato ilícito para se defender de modo efetivo no processo penal, conclui-se que sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí porque não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Diante disso, percebe-se que os doutrinadores remam no mesmo barco quando se fala em aplicar as provas ilícitas em favorecimento do réu, tendo por base o princípio da proporcionalidade.

Na ótica deste entendimento, Avena (2018, p. 494) traz a lição:

Imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente, em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, XII, fine, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado. De um lado há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, porém, há o caput do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, entre outros, o direito à liberdade. No balanceamento comparativo entre esses dois fatores, mais do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida

Nesse caso, uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente teria de ser considerada, tendo em vista que condenar um inocente não pode ser o objetivo do Estado. De forma geral, no sentido de favorecer a utilização das provas ilícitas pelo réu, percebe-se que a utilização trazida a tela é baseada na dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional conforme já julgou o Supremo Tribunal Federal:

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, X, XII e LVI da CR. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que não se 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. (STF, RE n. 402717/PR, 2ª turma, Rel. Min. Cezar Peluso. DJU 13/02/2009).

Dessarte, extrai-se que, neste caso, foi o único meio encontrado para se provar a inocência e diante do senso de justiça consiste a prova que, a priori, poderia ser considerada ilícita. Assim, percebe-se que quando é para inocentar alguém realmente inocente a utilização está pacificada, mas não do contrário, pois de regra segue o que há positivado.

Mas se de um lado, a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em apontar a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, mesmo que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, do outro, há intensa controvérsia quanto à possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor da sociedade (LIMA, 2016, p. 864).

Deste modo, percebe-se que o entendimento doutrinário, no sentido de não admitir as provas ilícitas em favor da sociedade, é baseado no fato de não estar previsto na constituição, além disso, criaria um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, sobre a efetividade deste princípio Nucci (2016, p. 317-318) traz à tela:

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. Necessitamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância.

Logo, é preciso ter cuidado quanto à aplicação da teoria da proporcionalidade na temática das provas ilegais, sobretudo porque há fragilidade ainda em se assegurar os direitos e garantias individuais.

Também, para complementar o entendimento, leciona Lopes Jr. (2014, p. 401):

Em suma, nossa posição é a de que a sentença condenatória só pode manter-se enquanto não surgir uma prova que crie uma dúvida fundada. Logo, o *in dubio pro reo* é um critério pragmático para solução da incerteza processual, qualquer que seja a fase do processo em que ocorra! O sistema probatório fundado a partir da presunção constitucional de inocência não admite nenhuma exceção procedimental, inversão de ônus probatório ou frágeis construções inquisitoriais do estilo *in dubio pro societate*.

Portanto, entende-se que a constituição assegura somente a dúvida quanto ao réu e não à sociedade sendo então incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência.

No entanto, dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum “o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais”. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado (CAPEZ, 2014, p. 282).

Aqui, deste ponto, fica evidente o porquê da evolução acerca do entendimento da admissibilidade da prova ilícita *pro societa*, se tratando da condenação do réu, o qual fazer parte de uma organização criminosa.

Neste viés, demonstra-se a intenção da doutrina em esclarecer que agentes como estes, os quais matem uma organização criminosa, são inimigos do Estado e merecem ser punidos a qualquer custo.

Contudo, a intenção desses entendimentos é demonstrar o Estado punitivo, mas em situações extremas, como é o caso de organizações criminosas, porém requer delicadeza no

assunto, pois assim seria muito perigoso, despreziosamente, tornar inútil aquilo que está positivado em lei.

Na mesma linha, alguns doutrinadores entendem, como o caso concreto trazido por Lima (2016, p. 865) sendo no seguinte sentido:

Caso concreto relativo à tentativa de fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, em que a correspondência dos presos foi violada, sem prévia autorização judicial (LEP, art. 41, parágrafo único). Com a violação da correspondência, foi descoberto o plano de fuga, bem como o objetivo de se sequestrar um juiz de direito quando todos estivessem reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. A defesa contestou a admissibilidade de prova resultante de violação de correspondência de preso sem prévia autorização judicial, tendo o Supremo Tribunal Federal concluído que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Em que pese, a explanação acima, verificado o entendimento jurisprudencial e doutrinário, não há uma efetivação da análise e aplicação do princípio da proporcionalidade pro societate, ou seja, em favor da sociedade.

Lima (2016, p. 865) traz ainda que a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito: “deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada”.

Diante de tudo, é perceptível a questão da abordagem doutrinária majoritária, quando refere-se à aplicação do princípio em favor da sociedade é negativa, porém alguns destacam que deve sim ser usado diante de casos de extrema gravidade na defesa da segurança, no sentido de justiça para todos com efetividade. Ressalta-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade pro reo, ou seja, quando a prova ilícita é utilizada em favor do acusado, é admissível tranquilamente pela doutrina majoritária, uma vez que, não interessa ao Estado a condenação de um inocente nem a impunidade do verdadeiro culpado.

Destarte, diante do fim deste capítulo, tratado o cerne da pesquisa, percebe-se a suma importância que tem o assunto que, ainda, muito será discutido, pois sabe-se que o país encontra-se em alta no índice de criminalidade, sendo este assunto defendido por representantes políticos, a fim de rigorisar o tratamento que atine a criminalidade. Logo, no que tange ao item, deve ser muito bem observado e analisado, devendo o juiz aplicar este princípio a cada caso concreto.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho, teve como objetivo compreender, dentre as funções do Estado Democrático de Direito, o acatamento aos Direitos humanos e as liberdades fundamentais, tal razão para a presença da proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, a priori, previsto na constituição federal como demonstrou-se.

No primeiro capítulo, se observou a parte que impera a conceituação e aspectos gerais da prova penal, com sua devida análise, também, em rápida passagem, sua origem no contexto penal. Assim, ficou evidente que as provas são de relevância extrema, tanto para a acusação, defesa e/ou juiz, o qual fundamenta sua decisão aproximando-se da verdade real. Acerca desta visão, o Estado abarca o direito de punir conhecido como *jus puniend*, ou seja, é ele quem tem o poder/dever de penalizar o sujeito que comete algum ilícito, por isso a importância da prova.

A abordagem do segundo capítulo, trouxe os princípios norteadores, tal como o princípio da verdade real que predomina o processo penal brasileiro, com ênfase no campo probatório. Dentre esses, se verificou que, alguns estão expressos na Constituição da República Federal, outros implícitos e muitos são vinculados, na essência, à pessoa humana, outros são mais próximo da relação processual. Constatou-se, também os princípios orientadores da atuação do Estado, logicamente para servir de proteção ao sujeito.

No terceiro capítulo, intensificou e delimitou a pesquisa, inicialmente trazendo a teoria da árvore dos frutos envenenados, mostrando que a vedação das provas ilícitas está no fato de que, como o Estado ocupa o controle exclusivo da Justiça, ele deve realizar atos lícitos para sentenciar uma pessoa. Abordou-se também, as provas ilegais, trazendo seus significados e entendimentos, tanto na própria lei, como jurisprudenciais e doutrinários. Verificou-se, também, consoante no artigo 5º, da Constituição da República Federal, outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, liberdade, intimidade, privacidade. Entretanto, foi exposto que não existe direito absoluto e dessa premissa subsistiu a relativização dos direitos pleiteados, que deve ser realizado uma devida análise acerca dessas garantias constitucionais, dando valor a de maior importância.

Não obstante, trouxe a ideia que, a forma mais correta de não violar uma garantia fundamental é atenuando o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e nesse contexto observou-se a teoria das janelas quebradas, que traz à tona a percepção de um Estado que vigora o direito punitivo que perpetua a eficácia da justiça. Assim, esclareceu que para que o juiz tome conhecimento e exerça aquilo que chamamos de *jus puniend*, como agente do

Estado, a fim de se convencer, trazendo a autenticidade dos fatos ecoados em uma verdade próxima à absoluta, tal qual vigora no processo penal, a verdade real.

Diante de tudo, concluiu-se que, conforme o último item do referente capítulo, o entendimento majoritário não se modificou acerca da não utilização das provas ilícitas em favor da sociedade, no entanto este assunto segue cada vez mais discutido, tendo em vista tamanho crescimento das organizações criminosas no país. Ressalta-se que quando a prova ilícita é utilizada em favor do acusado, ou seja, *pro reo*, a doutrina majoritária aceita, uma vez que, não interessa ao Estado a condenação de um inocente nem a impunidade do verdadeiro culpado. Porém, quando se trata de princípio da proporcionalidade *pro societate*, ou seja, em favor da sociedade, a doutrina diverge, no sentido de que o Estado possui inúmeros métodos legítimos de realizar a persecução penal e punir o transgressor, sendo assim o Estado não poderia manusear uma prova ilícita para condenar um indivíduo, contudo poderá utilizar quando for para absolver, consagrando o princípio da proporcionalidade *pro reo*.

Entretanto, vislumbra que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em casos específicos e excepcionais, e desde que a veracidade dos fatos não possa ser atingida por outros meios, dessa forma, para que se tenha segurança jurídica.

Resta, por fim, como resultado, enaltecer que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas não é ilimitado, pois como foi descrito não existe esse tipo, sendo o princípio da proporcionalidade o de proteção dos direitos e garantias fundamentais dispostos na constituição da república federal. Logo, compreende-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser aplicado pelo magistrado, que analisará qual direito deve ser protegido no caso concreto, de forma a admitir a prova ilícita tanto para o réu como para a sociedade.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônica clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Leis e Decretos. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 23 de fev. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 de fev. 2020.

_____. Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992. **Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/>>. Acesso em: 23 de fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 69.204-4/SP**, 2ª Turma, Relator: Min. Celio Borja, DJU 04 set. 1992. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 11 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93.050/RJ**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello, DJU 10 jun. 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em: 01 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 40.271-7/SP**, 2ª Turma, Relator: Min. Cesar Peluso, DJU 13 fev. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 01 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V.3. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Fábio Coelho. **Princípios constitucionais à luz do Direito Processual Penal brasileiro**. (2010). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8453&revi.>. Acesso em: 22 de abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal: curso completo**. Barueri, São Paulo: Manole, 2010.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 de mar. 2020.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 9. ed. Lages: Papervest, 2020.

SILVA, M. M. C. **Teoria das janelas quebradas na criminologia**. Artigo Jurídico. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36275/teoria-das-janelas-quebradas-na-criminologia>>. Acesso em: 01 maio 2020.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinícius; **Processo penal II: provas – questões e processos incidentes**. 11. ed. Coleção saberes do direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VERGAL, S. **A desordem e a teoria das janelas quebradas**. Artigo Jurídico. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937294/a-desordem-e-a-teoria-das-janelas-quebradas>>. Acesso em: 01 maio 2020.