

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
BACHARELADO EM DIREITO
ALEXSANDRO NEVES SILVA

AS PROVAS ILÍCITAS
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DE UMA
PROVA ILÍCITA

Três Pontas
2020

ALEXSANDRO NEVES SILVA

**AS PROVAS ILÍCITAS
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DE UMA
PROVA ILÍCITA**

Trabalho apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Três Pontas – FATEPS, como requisito parcial, para obtenção do grau de Bacharelado em Direito, sob orientação do Prof. Me. Camila Oliveira Reis.

Três Pontas

2020

ALEXSANDRO NEVES SILVA

**“AS PROVAS ILÍCITAS APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE DIANTE DE UMA PROVA ILÍCITA”.**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Camila Oliveira Reis

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico este trabalho todos aqueles que me apoiaram nessa jornada, minha família onde às vezes tive a me ausentar para dedicação aos estudos, aos meus amigos e apoiadores de sala de aula e ao meu Professor orientador, pela sua colaboração.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Aos meus pais, minha esposa e meus filhos, pelo amor, incentivo e apoio incondicionalmente.

Aos colegas de classe que fiz ao longo desses anos.

Aos professores que desempenharam com dedicação as aulas ministradas.

Ao meu orientador que me apoiou nesse trabalho.

E todos que direta ou indiretamente contribuíram para minha formação, o meu muito obrigado.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO E DA PROVA	8
3	NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO	10
4	DA PROVA	12
4.1	Classificação da prova	13
4.2	Meios de prova	14
5	PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS PROVAS	17
5.1	Princípio do Contraditório e Ampla Defesa	17
5.2	Princípio da Imparcialidade	18
5.3	Princípio da Presunção da Inocência	18
5.4	Princípio da Vedação da Prova Ilícita	19
5.5	Princípio da Oralidade	19
5.6	Princípio da Verdade Real	20
5.7	Princípio da Publicidade	20
5.8	Princípio do Livre Convencimento Motivado	21
5.9	Princípio da Liberdade da Prova	22
5.10	Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas	23
6	DA PROVA ILÍCITA	23
6.1	Diferenciando Prova Lícita da Ilícita	23
6.2	Limitações às provas ilícitas	25
6.3	Inadmissibilidade das provas ilícitas	25
6.4	Teoria da Árvore Envenenada	26
7	O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO	27
8	CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
9	REFERÊNCIAS	31

PROVAS ILÍCITAS PROCESSO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

RESUMO

Este trabalho aborda a prova em suas diversas fases, em especial às provas ilícitas no processo penal. Tal abordagem se justifica pelo Poder Judiciário ser responsável pela resolução de conflitos na sociedade. A finalidade deste trabalho é relatar que a prova demonstra a existência ou inexistência de fatos, formando o convencimento motivado do juiz. Tal abordagem é devida ao fato de que o objetivo do estudo é abranger, de forma ampla, a temática a ser discutida na área jurídica, em especial, no processo penal, expondo a situação das provas no processo e as divergências que se realiza sobre o tema.

Este intento se dará através de um conflito entre o direito à liberdade do indivíduo e o direito de apreciação do Poder Judiciário, em comparação com a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, através de pesquisas bibliográficas. Comprovou que é importante e se faz o estudo do princípio da proporcionalidade na área penal, analisando em minúcias a abrangência da ilicitude de uma prova e em quais ocasiões ela pode ser usada.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda o tema das provas ilícitas que é de grande abrangência no conteúdo jurídico atual brasileiro, considerando que a Constituição Federal de 1988 veio a consagrar direitos fundamentais no rol de garantias do artigo 5º.

Tal abordagem é devida ao fato de que o objetivo do estudo é abranger, de forma ampla, a temática a ser discutida na área jurídica, em especial, no processo penal, expondo a situação das provas no processo e as divergências que se realiza sobre o tema.

A inadmissibilidade das provas que são colhidas ilicitamente no processo é justa em razão de ser inviável, que conduz à absolvição de agentes criminosos que integram grandes organizações voltadas ao delito. Com o vigor da Lei nº 11.690/08, a norma processual passou a vetar a utilização da prova ilícita, como dispõe o artigo 157, do Código de Processo Penal. A sociedade se deparava com algumas situações nos bens jurídicos, relativos à prova, tema de alta importância para o sistema processual brasileiro e que são de suma importância para trata-los neste trabalho.

É importante salientar também que estuda-se o histórico da prova e seu conceito, em particularidades sobre a matéria probatória, que tem ganhado força nos últimos anos, principalmente sobre as questões voltadas à sua ilicitude, através das exposições necessárias às características gerais do interrogatório, confissão e outros tipos de prova.

As provas proibidas devem ser aprofundadas, pois há muito tempo se realiza um questionamento sobre a inadmissibilidade destas.

O objetivo do estudo é abranger, de forma ampla, a temática a ser discutida na área jurídica, em especial, no processo penal, expondo a situação das provas no processo e as divergências que se realiza sobre o tema.

Por fim, delimita a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no Direito Brasileiro.

Este intento será conseguido através de pesquisas bibliográficas, para isso, utiliza-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica através de lei e doutrinas referentes ao caso em tela.

2^[MOU3] BREVE HISTÓRICO DO PROCESSO E DA PROVA

Na Idade Antiga, ainda quando o homem se comunicava com sinais inventados na época, os conflitos se resolviam na famosa Lei de Talião: “olho por olho, dente por dente”, através da justiça pelas próprias mãos.

Surge, o Estado, responsável por regular suas normas a fim de que ^[MOU4]sigam as leis e que, caso não a cumpram, seriam punidos por esses líderes.

Os processos começaram a vir a partir dessas ideias, com influência fortificada do Direito Consuetudinário, assim chamado o direito dos costumes, teve seu retrocesso e com a influência do Direito Romano, as normas escritas vigoraram entre a sociedade, o que deu mais força ainda para as teorias processuais.

Neste novo Estado, as primeiras instituições ligadas aos procedimentos começam a tomar corpo e serem consideradas importantes. Tudo começou na Europa, que abrangeu, neste teor, a germânica, a francesa, os antigos bárbaros e também os romanos, estipularam suas normas processuais, com diferentes formas e aplicações.

Nos demonstráveis módulos europeus processuais, surgem os métodos aperfeiçoados de obtenção do processo, em seus aspectos amplos e gerais. A apreciação da prova alçou diferentes fases, vinculada aos costumes e ao momento político-econômico de cada povo em si.

O Direito Canônico, influenciado pela igreja católica, foi o primeiro a instituir ideais de procedimento, diferenciando formas de procedimento e estabelecendo regras escritas e complexas, com detalhes a cerca de pontos característicos de cada procedimento.

A religião comandava as regras da época através da verdade formal, onde a imagem de Deus vinha como aquele que castigava o culpado. Esse método obrigava os acusados a se submeterem a meios penosos e altamente rigorosos física e psicologicamente.

MITTERMAIER, 1997, afirma que a voz de Deus descobre a verdade.

A confiança nas ordálias altamente testemunham ainda tendências vivas para o princípio da verdade formal: e nisto devemos ver uma consequência dessa crença enraizada no povo, de que a voz de Deus acaba por descobrir a verdade, e por dar proteção a quem tem por si o direito [...] Aos juízes de Deus (ordálias), constituem meio de prova decididamente formal, obrigando o juiz, embora com convicção diretamente contrárias ao resultado de tal, a aceitar esse resultado como base e motivo de sua sentença. (MITTERMAIER, 1997, p. 17)

Rigores técnicos eram superficiais, pois os julgamentos eram utópicos, sem preocupação com a verdade dos fatos, o que formou o período inquisitivo, o qual a confissão

do acusado era o grande objetivo averiguar, a fim de obtenção da verdade, punindo as heresias. O instrumento mais utilizado era a tortura.

O método inquisitivo, portanto, serviu para garantir o poder do Papa e a vigilância sobre a sociedade, fortemente influenciada pela cultura religiosa da época.

Após o período de inquirição, começou a instaurar um sistema legal das provas, contendo textos de direito romano e canônico, organizando regras para avaliação da prova coletada, dispondo que era responsabilidade do juiz observar o que era estabelecido nas leis locais.

Esta prova tinha um valor pré-fixado na lei, o que auxiliava a injustiça e combatia a severidade da investigação, pois ainda dava forças à confissão diante da tortura, meio considerado mais eficaz para a certeza à condenação.

Logo na Idade Moderna, as monarquias perderam forças e a Revolução Industrial tomou poder. Com as mudanças sociais, surge o sistema do livre convencimento motivado, onde o juiz possui ampla liberdade de apreciação das provas.

A certeza era vinda da decisão única do juiz, que sentenciava conforme a sua convicção, seu pensamento, sem, portanto, fundamentar tal decisão.

Sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como aconteceria com o sistema das provas legais, está o sistema da livre apreciação ou livre convencimento [...] O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar a sua sentença. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 122)

A respeito do tema, o artigo 155 do Código de Processo Penal, aponta igualmente. Dispõe este:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e cautelares. (BRASIL, CPP, 1943, s.p.)

A análise das provas era vinculada a essa persuasão racional do magistrado. Isso fez com que ele reconhecesse a inviabilidade de se alcançar um resultado justo na reprodução dos fatos, para que, enfim, pudesse embasar uma condenação ou absolvição nas exigências legais.

Serão tratadas no próximo tópico as noções gerais do processo.

3 NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO

O processo em si é instrumento de operação e exercício da jurisdição.

A jurisdição é uma das principais funções do Estado, vinculado ao Poder Judiciário, onde substitui os titulares dos interesses ali em conflito para que possam buscar a resolução e pacificação da lide, ou seja, atuar na jurisdição.

Os órgãos do Estado são de caráteres imparciais, isto é, devem provocar o Estado-Juiz para que este exerça sua função jurisdicional.

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, a providência do seu povo, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõe. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente excluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 43).

A presente função está distribuída em órgãos de acordo com o artigo 92 da Constituição Federal, cada um atuante dentro de seus limites e competências. No desempenho de sua função jurídica e fundamental, cabe ao Estado ditar as relações advindas do poder legal.

E chama-se direito processual o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 46).

Essas competências estabelecidas pela lei aos órgãos judiciários se encontram também nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil.^[MOU5] Conforme cita os enunciados dos artigos propriamente ditos:

Art. 88. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.

Art. 89. Nos juízos divisórios, não havendo litígio, os interessados pagarão as despesas proporcionalmente a seus quinhões.

O processo se diferencia de procedimento, pois o primeiro é abstrato, é o instrumento que dará o direito à parte, seja autor ou réu, já o procedimento, nesse quadro, é o meio extrínseco, físico e material, pelo qual se instaura e se desenvolve este processo.

Complementa Souza Neto (2006, p.35): “O processo, sob uma perspectiva, é um conjunto de atos processuais que são praticados com um objetivo comum: chegar, num primeiro momento, à resolução do mérito e, posteriormente, à efetivação do direito declarado na sentença.”

Nesse viés, quando surge um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas na sociedade, cabe ao Estado estabelecer, ou tentar estabelecer, um acordo. Se não há acordo, há ação, a qual o Estado é provocado para resolver a lide em questão.

Direito de Ação é o direito dado às partes ao pleno exercício da atividade jurisdicional. Embasado direito se encontra teor no texto constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Processo e procedimento – etimologicamente, processo significa "marcha avante", do latim, *procedere* = seguir avante.
Por muito tempo o termo processo foi confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns definições que o colocavam nesse plano. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 51).

Essa possibilidade de ação é uma faculdade livre de todo cidadão, que ingressa com ela para buscar seu direito sob algumas condições que deverão ser respeitadas pela parte, que são as três tradicionais condições da ação.

O primeiro deles é a possibilidade jurídica do pedido, na qual o Estado só presta a tutela jurisdicional se o direito que a parte requer for juridicamente possível, obviamente, como por exemplo, o conhecido caso da dívida de jogo, proibida pelo Código de Civil (Lei 10.402/2002), que priva este direito no artigo 814. No caso de uma ação que verte sobre este direito, ela é julgada sem análise do mérito por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Seguindo-se, há o interesse, ou seja, a parte apenas ingressa com uma ação que tiver interesse de agir, interesse no resultado, ou seja, deve a parte ter a necessidade de propor a ação adequada, desde que haja interesse.

O terceiro critério perfaz-se na legitimidade. A parte pode pedir o que assim lhe desejar, desde que a previsão legal seja adequada ou, caso não esteja expressa, não seja defeso em lei.

A noção de processo é ligada a termos temporais, pois deve-se ater a uma finalidade no exercício do poder jurisdicional, dirigido ao Estado para que ele interfira na esfera jurídica de outrem.

4 DA PROVA

Prova é um elemento que se destina ao convencimento do juiz sobre o que quer ou deseja demonstrar em um processo em litígio.

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecer-las. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 213).

Processo é o meio que viabiliza a existência, ou a inexistência, por óbvio, de um fato em si alegado nos autos, proposto e debatido na lide, arguindo e demonstrando a falsidade ou a veracidade de uma afirmação, com o intuito de convencer o magistrado de suas convicções, prolatando-se sentença.

Dá-se ao magistrado a possibilidade de formar uma convicção e estabelecer seu pleno conhecimento a este, que irá ser embasada em todo o conteúdo probatório, objetivo destas. A prova no direito processual penal é altamente relevante, pois julgam-se fatos, não julgam-se matérias de direito.

A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz. (RANGEL, 2015, p. 462).

A análise da prova, pelo juiz, é justificável pois muitas doutrinas adotam o sistema de verificação da matéria.

Não obstante, é tema também de recentes jurisprudências e legislações acerca do caso.

A prova tem como objeto os fatos a serem relevantes e necessários para a formação da decisão que põe fim à lide, sendo excluídos os fatos impertinentes, notórios, irrelevantes, impossíveis e aqueles contidos em presunção legal absoluta.

A função da prova é de formar a convicção do juiz em conhecer a existência ou inexistência de fatos importantes no processo para resultar na sentença, que é interesse público e principalmente de todos os envolvidos.

Ferraz Júnior (2001, p.102) traz que “a decisão não emerge automaticamente da subsunção do caso à norma, pois há também o requisito probatório”.

O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser reconhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as circunstâncias (RANGEL, 2015, p.462).

O autor delimita a visão probante ligada à temática, realçando a importância do caso no âmbito penal, citando ainda o Ministério Público, que é o responsável pela apresentação da denúncia, estopim de todo processo criminal.

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. (CAPEZ, 2013, p. 372).

Provar é convencer os argumentos, dentro da lógica da realidade, prova se perfaz na relação concreta entre a verdade e os argumentos humanos parciais. O fundamento principal da crítica criminal é verificar a lógica das provas demonstradas, como elemento fortificado e utilizado para convencer o juiz da verdade dos fatos.

Os fatos evidentes por si mesmos não necessitam de apresentação de prova, pois são fatos evidentes, de conhecimento de todo um grupo social. Uma situação de exemplo é se o acusado conseguir provar que não estava no local do crime no momento de sua consumação. Os fatos presumidos, portanto, não precisam de conteúdo probante, principalmente se tiver um caráter absoluto (*juris et de jure*), que não admite prova em contrário, diferentemente da presunção relativa (*juris tantum*) que admite prova em contrário apresentada após sua alegação.

Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um escorço probatório sólido. (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 346)

4.1 Classificação das provas

Quanto aos critérios, a doutrina divide a prova de maneira a organiza-las quanto ao sujeito, ao objeto e à forma.

Quanto ao objeto, têm-se as provas diretas, ligadas ao fato principal da demanda e as indiretas, que são os indícios de prova, a possibilidade de existência de um fato.

Rangel (2015, p.464) mostra que direta “será quando se referir ao próprio fato probando. Pois o fato é provado sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção. É aquela que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos.”

Em complemento á Rangel, especifica indireta como sendo prova que não se dirige ao próprio fato provando, mas por raciocínio que se desenvolve, se chega a ele.

Quanto ao sujeito, há distinção da prova pessoal, aquela que é realizada através da argumentação oral ou também de testemunhas, e a prova real, realizada por intermédio de objetos materiais.

Prova pessoal é toda afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados. Assim, a testemunha que narra os fatos que assistiu o laudo cadavérico assinado por um perito oficial (art. 159 do CPP) são exemplos de provas pessoais, pois a afirmativa emana da pessoa (RANGEL, 2015, p.466).

Em especial os casos criminais, nem todos os fatos que se julgam no processo necessitam de análises mais precisas ou altamente detalhadas.

Quanto à forma, segundo a lei, divide-se em testemunhal, documental e material. Testemunha é quem viu e presenciou os fatos. Os documentos se baseiam, de acordo com Rangel (2015, p. 467) “afirmação escrita ou gravada. Exemplos são as cartas, a fotografia devidamente autenticada, a escritura pública etc.”.

A prova material, por fim, consiste em qualquer materialidade que venha a ser elemento probante fundamental para provar um fato.

Assim sendo, incide a questão das provas e suas diversas classificações, como único meio capaz de afastar quaisquer falsidades ou alegações desprovidas de consistência verídica alegada por má-fé no âmbito processual e sob métodos justos, cumprindo o Poder Judiciário sua função primordial.

4.2 Meios de prova

Meios se classificam nos elementos utilizados pelo juiz a fim de criar conhecimento acerca dos fatos apresentados. Tratam-se das ações que são usadas para demonstrar a verdade dos fatos alegados por responsabilidade das partes.

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam. (RANGEL, 2015, p.463)

O parágrafo único do artigo 155 do CPP, dispõe que deve ser observado as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, óbito e parentesco, provadas por suas respectivas certidões). Por conseguinte, o artigo 158 do CPP, exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios, ou seja, não admite a lei que crimes desta classe possam ser provados através de apenas uma confissão do acusado.

Igualmente, reza a lei sobre a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal).

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. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (BRASIL, 1992, s.p.).

As partes litigantes estão em igualdade de direitos e deveres, buscando a garantia da aplicação da lei por meio da justiça, em que se figura o princípio da dialética, ou seja, a verdade será admitida se todas as funções processuais forem cumpridas e levadas a sujeitos que representam polos opostos no conflito processual.

É por isso que o juiz deve fundamentar sua decisão, estando limitado às provas trazidas pelas partes, vinculadas no direito ao contraditório e à ampla defesa. Nessas condições, tal regra deve ser interpretada conforme a Constituição Federal. Com a vigência da Lei nº 11.690, de junho de 2008, o artigo referido da Lei Processual modificou-se, acrescentado o inciso I ao dispositivo, detalhando que a prova da alegação responsabilizara a quem a fizer, dando poder de faculdade ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Verifica-se, desse modo, que o Magistrado, assim como as partes, possui a gestão da prova, só que de forma secundária. Para Nucci, “permanece o poder instrutório do juiz, agora ampliado para a fase investigatória, quando pode determinar a produção antecipada de provas. (NUCCI, 2009, p. 235)

A escolha de qual deverá ser produzida a prova é uma indicação fortificada de predisposição legal do magistrado para condenar ou absolver o réu, com base nestas.

Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade. [...] É um imenso prejuízo gerado pelos diversos pré-juízos que o julgador faz. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 184).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, p.85), em complemento à ideia, afirma que “a imparcialidade rompida, nesse caso, não trata exclusivamente daqueles casos legais de impedimento, suspeição e incompatibilidade, quando determinadas interferências externas podem influenciar na opinião do julgador”.

A imparcialidade deve estar presente no magistrado quanto a análise probatória, engajando-se nos princípios constitucionais aplicáveis.

A liberdade do acusado está em risco, portanto, cada análise é importante para que se delimite a ampliação contínua da responsabilidade do julgador quanto sua imparcialidade. Os meios de prova coletados por este ensejam diretamente a um embasamento para a sentença que dará resposta à liberdade do polo passivo do processo.

O legislador penal ter mostrado os ditames da lei processual penal de forma organizada. A própria lei dá poder ao juiz na possibilidade plena de produção de provas que ele achar que deva ser produzida, através de seus meios antes mesmo do ajuizamento do processo-crime.

Fernando Capez (1998, p. 242) assim mostra: “A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável”.

Quem possui uma obrigação processual e não a cumpre, sofrerá uma punição disposta na própria lei, ao contrário de quem tem apenas o encargo de cumpri-la. Se não a faz, não há punição, apenas deixa de demonstrar o que se alega em juízo.

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação. Distingui-se ainda a obrigatoriedade da defesa, como por exemplo, a prática de atos defensórios que são necessários, e a presença às audiências, onde a ausência incidirá uma sanção que é a nulidade, da produção de provas que é apenas um ônus. De tal modo, que defender-se ou ser defendido é uma obrigação processual, enquanto produzir provas é um ônus. (CAPEZ, 1998, p. 243).

A prova incumbe a quem a alegar, sempre. Isso em regra, haja vista que o artigo 156, do Código de Processo Penal, já restringe tal ideologia.

O direito, em si não necessita de conteúdo de provas para ser demonstrado, basta ser alegado, pois é questão de direito.

Se a lei não cita, de forma expressa, que existe um preceito legal que obrigue a parte a provar o direito que se pleiteia, pode estar dispensado de fazê-lo.

Esta é a verdade em favorecimento ao justo julgamento realizado em âmbito judicial pela plena distribuição da competência, analisando, sinteticamente cada conteúdo probante e suas existências no aparato da lide.

5 PRINCÍPIOS RELACIONADOS ÀS PROVAS

É importante citar os princípios constitucionais e processuais que estão ligados à matéria discutida neste trabalho, mas é importante apontar a existência e aplicabilidade de princípios norteadores que podem reforçar a conclusão do tema exposto.

5.1 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Como se discute questões ligadas a andamento e procedimentos de processos, jamais se pode deixar de dar o passo inicial falando e dando destaque ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa, previstos na Carta Federal no artigo 5º, inciso LV.

Contraditório é um direito das partes litigantes. É a possibilidade da prática de todos os atos que irão formar o convencimento do magistrado no que se alega ante o processo.

Tudo aquilo que se alega ou se acusa a alguém, em especial uma imputação penal, há a necessidade de cientificar este acusado para que ele saiba que contra ele existe uma alegação, acusação ou imputação, para que gere a este o ônus de utilizar toda prova produzida por lícitos meios para fins de realizar sua defesa.

O contraditório entendido como o direito a ser ouvido (*audiatur et altera pars*), conseqüentemente de defender-se, compreende uma acusação de fato 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 condições com a acusação. O juiz deve ouvir o autor e sua pretensão sobre os fatos, além de ouvir o réu e sua defesa, de forma que acusação e defesa estarão em paridade de condições, assim, ambas as partes estarão influenciando no convencimento do juiz a respeito dos fatos para que ele possa formar sua convicção, de forma a permitir que o magistrado chegue a uma verdade processual equilibrada. (SOUZA NETO, 2006, p. 123 – 124)

O princípio da ampla defesa, por conseguinte, é moldado à defesa em si à sua matéria, onde um acusado se defende de uma acusação que lhe fora feita, também utilizando de todos os meios de prova lícitos e presentes.

5.2 Princípio da Imparcialidade

O princípio da Imparcialidade é de notória importância e é voltado à pessoa do julgador, o responsável por manter a ordem em certa distância das partes, principalmente relacionando tal distância à produção das provas no processo.

O juiz não pode produzir quaisquer provas para parte, pois é unicamente ônus desta, o que se pode fazer é realizar produção de provas para o processo.

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), 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. Para assegurar essa imparcialidade, a Constituição estipula garantias (art. 95), prescreve vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbe juízes e tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Dessas regras decorre a de que ninguém pode ser julgado por órgão constituído após ocorrência do fato. (CAPEZ, 2013, p. 64)

5.3 Princípio da Presunção da Inocência

O princípio da Imparcialidade é de notória importância e é voltado à pessoa do julgador, o responsável por manter a ordem em certa distância das partes, principalmente relacionando tal distância à produção das provas no processo.

O juiz não pode produzir quaisquer provas para parte, pois é unicamente ônus desta, o que se pode fazer é realizar produção de provas para o processo.

Esse[MOU6] princípio está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, visa proteger o indivíduo, como pode ser visto no enunciado desse artigo [MOU7]“ninguém será considerado culpado até transitado em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, por mais que o Estado tenha interesse em julgar esses indivíduos, este deverá respeitar a liberdade pessoal, no entanto

o bem jurídico do cidadão não poderá ser privado à liberdade, a não ser dentro da lei prevista acima.

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora do crime. Não se trata, por óbvio, de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal. (NUCCI, 2012, p. 264).

5.4 Princípio da Vedação da Prova Ilícita

A vedação consiste, em que os elementos de prova não sejam obtidos por formas ilícitas. Assim sendo, as provas demonstradas por meios ilegal, não devem influenciar no convencimento do juiz.

O princípio significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração de verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos. De nada adiantaria a formação de um processo repleto de garantias constitucionais, focado no juiz e no promotor imparciais, com direito à ampla defesa e ao contraditório, realizado publicamente, para a segurança de todos, além de formalizado por inúmeras regras garantistas se o principal núcleo de avaliação, voltado à apuração da verdade dos fatos, estivesse manchado pela ilicitude. (NUCCI, 2012, p. 351)

5.5 Princípio da Oralidade

O princípio da oralidade, estabelece uma relação jurídica na produção oral das provas, aquelas feitas frente aos juízes e demais tribunais, cuja eficácia se procede quando assim formuladas de forma oral, como todo o sistema que a lei estabelece.

Por esse princípio, prefere-se a palavra falada sobre os escritos. Regem principalmente as provas produzidas em audiência, motivo pelo qual os depoimentos são, tanto quanto possível, prestados oralmente, permitindo-se apenas em casos excepcionais seja prestado por escrito. (BONFIM, 2012, p. 376)

Os fatos orais são muito utilizados, tanto quanto os escritos. As provas não pertencem ao juiz, e sim ao processo, o juiz é um mero julgador do caso, o que dará resolução, através dos

fatos relevantes aos autos para convencê-lo no tocante às alegações, sendo que até uma prova que foi produzida por uma parte pode ser usada por outra.

5.6 Princípio da Verdade Real

Em complemento à constitucionalização dos princípios aqui dispostos, surge o princípio da Verdade Real.

Busca-se a produção de provas em complemento às teorias de seus meios. Como bem disposto o artigo 156 do Código [MOU8] de Processo Penal, que realça uma proibição expressa da lei quanto à formação probante.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Se uma das funções do processo é solucionar o conflito de forma justa e pacífica, deve punir o verdadeiro autor da infração fática.

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal. (MIRABETE, 2006, p.25)

O juiz, portanto, deve apreciar todos os dados e todas as informações obtidos na audiência, para que possa reconstruir a situação concreta que é o próprio objeto do fim objetivo jurisdicional. |

[MOU9]

5.7 Princípio da Publicidade

Os atos judiciais e toda produção de provas colhidas devem ser praticados publicamente, isto é, diante toda a sociedade. Ocorre que este princípio não possui tanta amplitude, sem

detalhes descritos na Lei Maior, assim como prenota o parágrafo 1º, do artigo 792, do Código de Processo Penal, que diz:

Se da publicidade da audiência, da sessão, ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz ou tribunal, câmara ou turma, poderá de ofício, ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. (BRASIL, CPP, 1943, s.p)

Apesar deste princípio da publicidade ter seus méritos, sempre há uma exceção a essa regra, quando se vincular ao surgimento do interesse coletivo sobre o interesse particular, de acordo com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse coletivo o exigirem”.

A regra é a realização da produção de provas por meios totalmente públicos, onde qualquer um pode ter acesso, exceto quando a intimidade ou o interesse público exigir que se faça o contrário.

5.8 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Ao dar valor à prova, é preciso analisar o que faz parte dela. Toda prova apresentada no processo tem um conteúdo jurídico e um valor dado pela lei.

Segundo esse princípio, ao juiz é dado valorar os elementos probatório de acordo com sua convicção, liberto de parâmetros legais, desde que o faça por meio da apreciação racional dos elementos disponíveis, considerando-os em seu conjunto, e contanto que fundamente sua decisão, indicando os elementos de prova preponderantes na formação de seu convencimento. (BONFIM, 2012, p. 376)

A livre apreciação da prova permite que o juiz não fique totalmente vinculado a qualquer regra legal, agindo de acordo com seu convencimento apresentado e pela sua própria consciência, garantida pela prova apresentada.

Para que haja uma condenação, a figura típica deve existir, devidamente provada em sua integralidade.

Assim sendo, os conjuntos probatórios que incriminem alguém sobre algum fato devem se basear em uma certeza absoluta quanto à criminalidade, que embasa diretamente nesse

princípio. Caso haja qualquer dúvida, o juiz deve absolver o acusado pela ausência ou fraqueza do conjunto probatório, como a própria lei processual assim o alega.

Esta é a presunção de inocência do acusado, na qual todos são inocentes até prova em contrário. Mais vale absolver um réu supostamente culpado do que condenar um acusado inocente.

É preciso que o juiz observe que ainda falta algo para incriminação direta do réu. Este será absolvido por falta de prova, conforme o inciso VI do artigo 386, do Código de Processo Penal. Presume-se inocente qualquer acusado até que provenha uma sentença penal condenatória não mais passível de recurso (coisa julgada).

[O doutrinador Paulo Rangel elenca outros princípios ligados diretamente à prova.]^[MOU10]

O primeiro citado e trabalhado por ele é o princípio da comunhão da prova, ou seja, a participação da prova no processo. Toda prova apresentada pertence a todos. Como dito anteriormente, a prova não é para o juiz, mas para o processo, assim, ela requer uma participação no conteúdo julgador para pertencer a todos.

A lei coloca uma prevalência do magistrado sobre as partes, possibilitando-os ouvir quem quiser, mesmo se as partes desistirem da oitiva. É a gestão da prova que ainda está em suas mãos violando o princípio acusatório que deve inspirar uma reforma processual penal (RANGEL, 2015, p.468).

5.9 Princípio da Liberdade da Prova

[Talvez o princípio mais vinculado diretamente de todos os preceitos aqui elencados]^[MOU11], surge a ideologia do princípio da liberdade da prova, onde toda e qualquer parte envolvida e interessada na resolução de algum ato, imputação ou conflito pode produzir prova para acusar ou punir alguém de algum fato que se alega e se julga em um processo.

Tal princípio tem ligação total com a verdade real, pois “o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica” (RANGEL, 2015, p.468).

Cabe à lei e à jurisprudência adotar medidas que irão regular o que se pode ou não fazer quanto à prática.

5.10 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

A fundamentação jurisprudencial e doutrinário entre magistrados e doutrinadores sempre discordaram quanto à admissibilidade das provas ilícitas. Antigamente, o conceito que determinava era de que eram recepcionadas as provas ilícitas desde que pertinentes e relevantes dando-se ênfase à punição do responsável pela recepção da prova ilegal, como cita o Doutrinador Paulo Rangel:

[A][MOU12] vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, consequentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado. Hodiernamente, o grande embate é entre normatividade e efetividade dos direitos previstos na Constituição, ou seja, estão previstos, disciplinados, consagrados, mas não são garantidos, aplicados, concedidos (efetivados) (RANGEL, 2015, p.471).

A própria Constituição, que é a lei maior a ser seguida no ordenamento brasileiro e no Estado Democrático de Direito, estipula a claríssima vedação do feito destinado a tais questões. Assim sendo, voltam-se [MOU13] as atenções para a aplicação e existência desta prova, como elencado no próximo item.

Demonstra que não é apenas uma força da lei, mas um princípio aplicado na sociedade jurídica.

6 DA PROVA ILÍCITA [MOU14]

As Provas ilícitas são aquelas, cuja a forma de obtenção da prova infringe as normas de direito material e constitucional, portanto elas não poderão ser introduzidas ao processo. Esses tipos de provas que estão violando alguns princípios constitucionais ou direitos materiais, são essas consideradas provas ilícitas. Sendo elas, em regra, vedadas, ou seja, inadmissíveis dentro do processo.

Então, não serão admitidas as provas a incorporadas ao processo que esteja adquirida por meio ilícito, entre tanto que existe uma discussão entre os direitos fundamentais dos indivíduos e a busca da verdade real dos fatos.

6.1 Diferenciando Prova Lícita da Ilícita

O direito de produção de provas tem por objetivo levá-las ao processo para percepção clara do juiz em sua avaliação.

Esse direito é limitado, como tal prerrogativa de direito disposto na lei. Os direitos fundamentais necessitam estar em um equilíbrio para não se colidirem entre si e as provas merecem ser analisadas caso a caso.

Em um primeiro momento, ilícito pode ser considerado como algo ilegal, defeso, interdito, não permitido, contrário de lícito.

A ilicitude da prova nasce quando alguma infração é cometida no ato do recolhimento desta prova, como por exemplo, a coleta de uma prova testemunhal obtida mediante tortura. Esse é um meio ilícito, pois ninguém deve ser torturado, segundo a própria Constituição.

“Prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima” (CAPEZ, 2013, p.375).

A prova ilegítima está ligada no processo, isto é, quando se realiza prova violando descrições legais, como por exemplo, realizar oitiva de testemunhas em número acima do permitido pela lei processual ou realizar procedimento do júri sem o quórum exigido por lei. Isso é causa de nulidade da prova em si.

“Prova ilícita. Quando a prova for vetada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita” (CAPEZ, 2013, p.375).

Prova ilícita é a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, deste modo, provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio ou das comunicações, as conseguidas mediante tortura ou maus tratos, as colhidas com infringência à intimidade (artigo 5º, incisos III, X, XII e XIII, da Constituição Federal), entre outras (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.84).

A característica de ilegitimidade se volta na pura ausência de qualidades essenciais obrigatórias pela lei para realização do ato.

Ilicitude probante é o meio ilícito e modo violador usado para a obtenção desta. Portanto, são proibidas as provas cuja colheita originou-se por meio ilícito.

GRINOVER (2001) apresenta o seguinte conceito: “A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal ou a um princípio do direito positivo”.

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. (AVÓLIO, 2003, p. 44).

A investigação a respeito da prova ilícita é feita com base em sua relação entre a prova produzida e a prova elevada no processo, pois não se faz justa utilização desta prova sob o prisma jurídico.

6.2 Limitações às provas ilícitas

O Estado-Juiz e o próprio Poder Judiciário de forma geral está proibido de exercer a ação de punir um indivíduo utilizando como argumento motivado as arguições e preceitos de uma prova ilícita, abrangendo apenas o processo em si.

Os direitos fazem parte da evolução da sociedade como um todo, dentro de sua visão de justiça e garantias ligadas às provas.

Se por um acaso ou esquecimento for admitida constituição da prova ilícita, isso irá motivar uma grande desvalorização por parte do legislador penal, que buscou repelir quaisquer meios inadequados para construção ideológica de fatos.

A prova é inadmissível no processo, ou seja, sua juntada aos autos deve ser tirada de qualquer forma do processo, pois é vedada sua utilização.

Prova ilícita é uma prova inconstitucional e não deve ser aceita.

Mesmo que isso sirva como regra geral, claro que posicionamentos contrários e diversos podem desfazer essa teoria, teses que se embasam inclusive no princípio da proporcionalidade, tópico discutido mais a frente.

Uma das teorias que reforçam os temas defende a admissibilidade da prova ilícita, quando considerar que esta seja favorável ao réu, fins de benefício.

Diz a referida ideia que se objetivo da ação penal é a busca da verdade real e a prova ilícita, em tese, poderia beneficiar um inocente, afastando o juiz deste descobrimento, essa prova demonstraria um direito fundamental do indivíduo.

O doutrinador Adalberto Aranha exemplifica a teoria do “mal colhida, porém bem produzida”.

Ele dá exemplo de uma conversa por interceptação telefônica, onde ficaria mantida como prova neste caso. O Estado estaria averiguando uma possibilidade de presunção clara de inocência e processaria (puniria) o ofensor pela violação da lei, mas não pela ilicitude da prova que foi produzida. [MOU15] (ARANHA, 2006, p. 63).

A prova ilícita afronta o direito como um todo, em suas garantias aplicáveis, não se admitindo de forma alguma no processo por se afetar garantias e normas incriminadoras previstas em lei maior.

Essa corrente ficou conhecida como “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*) ou, também, “ilicitude por derivação”. Sob esse ponto de vista, não se pode extrair uma prova de qualquer lugar que tenha irregularidade. A prova ilícita é inadmissível no processo, em qualquer meio, beneficiando uma parte ou não, trata-se de direito público e material e afrontamento a princípios e normas legais.

É preciso ter como base fundamental o princípio da moralidade dos atos praticados pelo próprio Estado-Juiz, como julgador e responsável pelo andamento processual.

6.3 Inadmissibilidade das provas ilícitas

Como dito anteriormente, é um princípio especificado por Paulo Rangel e merece apoio em todas as questões suscitadas perante a doutrina.

A prova obtida por meios ilícitos não pode estar presente no processo, o que acaba reposicionando o princípio da verdade real a um nível abaixo do que a injustiça de se obter uma prova por meios ilícitos assim carrega. É uma afronta à lei.

Chegou-se à conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa. A vedação da utilização das provas ilícitas existe como forma de respeito às garantias e direitos fundamentais, no sentido que para um cidadão ser condenado o Estado, por ser o detentor do *jus puniendi*, deve empregar meios lícitos. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 84)

Quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas, existe um fundamento unido à unidade e indivisibilidade do ordenamento jurídico, não sendo possível concordar que a prova seja aceita perante o processo, por ser ilícita.

O direito é todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irredutíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos (ARANHA, 2006, p. 64).

O início de um meio ilícito contamina todo o restante do “caminho” de produção de direitos.

Não pode o Estado punir pessoas responsáveis por atos que venham a ofender os direitos individuais constitucionalmente aplicados por meio de análise de uma prova que a própria aplicabilidade constitucional não aceita.

A prova deve ser adequada, lícita perante a lei e os princípios norteadores de tais questões, pois são basilares de Direito.

É inadmissível qualquer ilicitude probante em que haja violação.

6.4 Teoria da Árvore Envenenada

Denominada como, *Fruit of the Poisonous Tree*, demonstra que uma prova que fora obtida por meios ilícitos transformará todos os outros “frutos” em ilícitos também, ou seja, todos os demais meios e todas as provas que dela resultar, de maneira direta ou indiretamente. Há um vício da origem de uma prova ilícita que venha a contaminar as outras provas que se transmite por esta.

A partir da edição da Lei n. 11.690/2008, a lei processual passou a prever, expressamente, a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação (art. 157, §1º, primeira parte, do CPP), em consonância com o então já pacificado entendimento jurisprudencial, de modo a estabelecer que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as provas ulteriores que, embora produzidas lícitamente, tenham se originado das primeiras. (REIS; GONÇALVES, 2014, p. 261).

O autor cita exemplos de substâncias entorpecentes em residência vistoriada por determinação judicial, sem valor probatório, quando a presença do entorpecente adveio de uma interceptação ilegal.

Por isso é feita uma comparação com a “árvore”, possuidora de troncos e galhos que gerará neles, os “frutos”.

A doutrina e jurisprudência não são pacíficas quanto à probabilidade de uso ou não das provas derivadas das ilícitas.

É nesse conflito que vem a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando possa ser utilizado *pro societate*. As provas não devem desprezadas, mas o que se preocupa é o caráter injusto que esta prova terá.

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam todas as outras exclusivamente delas decorrentes. Conseqüentemente, tornam-se inadmissíveis ao processo e não devem fazer parte da investigação criminal.

7 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO

Ao longo dos anos e da história probatória, ocorreram diversas controvérsias relativizando a teoria da prova gerou conflitos sociais quanto à aceitação ou não aceitação das provas ilícitas por derivação.

Por vantagem e visão posicionadamente feliz, a Constituição Federal de 1988 deu fim à discussão e proibiu as provas obtidas por meio ilícitos. Mas não constou as derivadas das ilícitas.

Precisou esperar até o ano de 2008, com a Lei 11.690/2008, que alterou a redação do §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, prevendo de maneira expressa a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, aplicando, por fim, a legislação brasileira à teoria dos frutos da árvore envenenada.

A ideia de princípio de proporcionalidade se liga à aplicação de limites do poder estatal no julgamento e na tutela dos direitos individuais aos cidadãos, atendendo sempre ao interesse público.

A ideia de proporcionalidade é aplicada para fortificar e dar maior segurança nas decisões finais processuais. O princípio da proporcionalidade ainda não é descrito no texto constitucional, mas é claramente implícito no momento em que o legislador constituinte editou o artigo 5º, LIV, em especial trabalhando o sistema do controle jurisdicional da constitucionalidade (artigo 102 CF/1988), gerando efeitos vinculados *erga omnes*, ou seja, ao alcance de todos.

A prova ilícita é absolutamente inaceitável e combate qualquer meio legal de produção de prova. Os princípios apenas regulam a vivência do Direito, organizam a sociedade, mas não se contrapõe às normas.

O que releva dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformarse no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida. 89 Assim, sempre como exceção, pode-se utilizar a prova ilícita, desde que esteja em jogo e em posição contrária um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor, diante da

relatividade dos valores fundamentais. (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2001, p.93[MOU16]).

Ainda sobre os princípios, Espíndola nos apresenta:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 60)

José Laurindo de Souza Neto (2006, p. 62) traz que o termo vem “do latim *proportionalis*, de *proportio* (proporção, correspondência, relação), entende-se[MOU17] o que mostra de uma relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas”.

Proporcionalidade se liga a caráter de proporção, equilíbrio, harmonia, simetria, ou seja, a adequação justa à necessidade por algo que deve estar concreto.

Tem aceitação na doutrina o critério da proporcionalidade, segundo o qual a vedação à utilização da prova ilícita não tem caráter absoluto, motivo pelo qual a proibição pode ser mitigada quando se mostrar em aparente confronto com outra norma ou princípio de estatura constitucional. A aplicação desse critério decorre da teoria da concordância prática (ou harmonização) das regras constitucionais, que preconiza a coexistência harmônica das normas dessa natureza (REIS; GONÇALVES, 2014, p.263).

O princípio da proporcionalidade estipula um equilíbrio entre o exercício do poder estatal e a preservação dos direitos do cidadão.

Proíbe-se a utilização no processo das provas ilícitas por se tratar de[MOU18] tutelas garantias do particular contra o Estado. A liberdade do indivíduo é o segundo bem mais importante de alguém, atrás do direito à vida e da permanência desta, resguardando-se este no princípio do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, entre outros processuais.

Todos esses princípios se sobrepõem à norma que tente proibir o uso de prova ilícita. A proporcionalidade em favor do acusado é medida que merece respaldo mas que não se faz amplamente justa, mesmo que se trabalhe com a ideia de que não se faz justo condenar alguém por um crime quando perfaz-se possível demonstrar a sua inocência do acusado por meio de uma prova ilícita.

A busca pela verdade real dos fatos (relativização) se faz quase ilimitada, mas não absoluta. Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que “a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias”. Refere-se o autor que “o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa [...] constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade”.

Não obstante tal visão (equivocada) em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas objetivas por meios ilícitos. (LIMA, 2014, p. 583).

O próprio artigo 5º da Constituição Federal preceitua a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Aceitar o princípio da proporcionalidade em desfavor do réu ou do Estado não é medida que se impõe, o que deve se impor é a preocupação com o ilícito processual e a desvantagem que tal medida possui para o interesse público. Aceitas são as palavras de CAPEZ (2013, p. 376) ao citar que “a doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação [...]”.

Alias, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 136 – 137).

No alto combate entre o princípio da proibição da prova ilícita e o princípio da ampla defesa, mais vale o primeiro, pois provas ilícitas são de caráter público, material, afeta diretamente o Estado e também o réu, que será absolvido em razão de meios ilícitos, em harmonização não com sua liberdade individual, mas com as teorias probantes necessárias a ensejar o caso concreto.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos que, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal é matéria de responsabilidades e conflitos sob embates de direitos e garantias fundamentais e outros direitos dos cidadãos em si.^[MOU19]

Concluimos que o Estado tem a obrigação e, não, o ônus, de ser justo às partes envolvidas em um processo, dando a estas, maior efetividade possível no julgamento de suas lides, garantindo-se o direito à apresentação de provas, excetuando o uso e apreciação das provas ilícitas, obtidas por meios ilícitos e também as derivadas, que são os “frutos” envenenados da “árvore”, que inicialmente ensejou a ilicitude de um direito aplicável.

Dentre as infinitas e diversas finalidades do Estado, destaca-se o pleno cumprimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais e individuais do cidadão elencados pela Carta Magna no artigo 5º e dentre seus incisos.

O processo penal deve buscar a verdade real e fática do delito, acima de qualquer direito. O juiz não é intérprete ou coligado das partes, é imparcial ante elas, posicionando-se acima das relações jurídicas e ouvidor das provas alegadas pelas partes.

O juiz é fundamentador da razão jurídica com base nos fatos apresentados no conteúdo probante.

Nesse viés, a prova serve como livre forma de conhecimento dos fatos na pessoa do magistrado, para que este forme sua convicção.

A vedação da utilização das provas ilícitas é notória e deve ser aplicada em todos os casos no processo penal no direito pátrio, haja vista que se trata de uma vedação com efeito *erga omnes*, vedação que pode servir de conflito entre interesses e bens tutelados pelo legislador constituinte, mas jamais pode ser trabalhada como norma fundamental de aplicabilidade na justiça, pois confronta com diversos princípios norteadores dos mesmos.

A proibição da utilização das provas ilícitas demonstra um Estado mais justo e livre de qualquer benesse, seja a ele mesmo, seja ao réu, pois a ilicitude da prova envenena todas as outras a serem produzidas e quando se cuida da liberdade de um indivíduo, esse direito se faz ainda mais fragilizado e vulnerável.

A partir dessa linha de pensamento, o princípio da proporcionalidade vem para tentar dar fim ao problema e, juntamente com a lei processual penal, vedar qualquer tipo de possibilidade de utilização de prova ilícita, independente de ser pautada pela excepcionalidade.

Os direitos fundamentais garantidores pela Constituição de 1988 em aplicabilidade da sociedade devem estar em pleno equilíbrio, em harmonia, em proporcionalidade, através do respeito ao justo convencimento e livre apreciação da prova, negando todo caráter ilícito que dela derivar.

Este trabalho demanda um maior aprofundamento em aprimoramentos relacionados as provas ilícitas do processo penal.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2006.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações Telefônica Clandestinas**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: < <http://livraria.senado.gov.br/ebook.constituicao> > acesso em: 12 set 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei 11.690**, de 09 de junho 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm > acesso em 26 set 2015

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Institui Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-norma-pe.html> > acesso em: 27 set 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. **Habeas Corpus Nº 69.204-4-SP**. Relator: Ministro Carlos Velloso. 04 de setembro de 1992. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/11767/habeas-corpus-hc-69204/inteiro-teor-100021104>> acesso em 20 de outubro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. V.1. 17. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo pPnal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo, 2006.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller Editora. 1997.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

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

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 3. ed. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SOUZA NETO, José Laurindo de. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodovim, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007.