

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - FDCI

LEONARDO AMORIM SALARDANI

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES
2017**

LEONARDO AMORIM SALARDANI

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Tricia Lorencini

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES
2017**

LEONARDO AMORIM SALARDANI

A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Aprovado em _____ de _____ de 2017

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora. TRICIA LORENCINI
Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – ES

Prof. Examinador
Instituição de Ensino

Prof. Examinador
Instituição de Ensino

AGRADECIMENTOS

Este trabalho simboliza o término de uma longa caminhada de 5 anos a quem devo primeiramente a Deus, que sempre esteve comigo me protegendo durante o serviço e nas diversas madrugadas em que na cidade de Guarapari às 4h da manhã, ao sair do serviço fiquei em plena BR-101 aguardando carona para me deslocar a faculdade.

Agradeço também a minha esposa Thais, que traz alegria para meus dias e sempre está ao meu lado em todas as dificuldades, sem o seu apoio talvez eu tivesse ficado pelo caminho.

Agradeço aos meus pais, que desde pequeno, sempre me mostraram a importância dos estudos e me incentivaram a prosseguir.

Agradeço a minha irmã, Layra, - que felizmente está chegando ao fim desta etapa junto comigo - por ter me auxiliado durante o curso, principalmente nesta reta final onde os compromissos aumentaram e o tempo ficou escasso.

Por fim, agradeço aos professores e profissionais do direito com quem tive contato neste período e que me ajudaram a adquirir todo o conhecimento possível, em especial a professora Tricia, que com toda a atenção me deu a direção correta para a construção deste trabalho.

“A prepotência te faz forte por um dia, a humildade para sempre.”
Desconhecido

SALARDANI, Leonardo Amorim. **A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim-FDCI: Cachoeiro de Itapemirim, 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema: A Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. No decorrer do trabalho analisamos toda a teoria geral prova, passando pelo conceito, objetivo, classificação das provas, sistemas de apreciação e as definições de prova emprestada, ilícita, ilegítima, ilícitas por derivação. Depois extraímos das doutrinas de processo penal os princípios que envolvem o tema, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade, princípio da liberdade probatória e o princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros. Por fim, observamos as correntes que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas, a admissibilidade a favor do réu e a admissibilidade a favor da sociedade, demonstrando o motivo do posicionamento de cada corrente.

Palavras-chave: Prova ilícita; Admissibilidade; Inadmissibilidade; Princípio da proporcionalidade; Pro reo; Pro societate;

SALARDANI, Leonardo Amorim. **A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**. Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim-FDCI: Cachoeiro de Itapemirim, 2017.

RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

The present work has as its theme: Admissibility of illegal evidence in criminal proceedings. In the course of the work we analyze the whole general theory of proof, passing through the concept, objective, classification of the tests, systems of appreciation and the definitions of evidence borrowed, illicit, illegitimate, illicit by derivation. Then we extract from the doctrines of criminal procedure the principles that surround the theme, such as the principle of proportionality, the principle of probationary freedom and the principle of prohibition of evidence obtained by illicit means, among others. Finally, we observe the currents that defend the inadmissibility of the illicit evidence, the admissibility in favor of the defendant and the admissibility in favor of the society, demonstrating the reason of the positioning of each chain.

Keywords: Illicit Evidence; Admissibility; Inadmissibility; Principle of proportionality; Pro reo; Pro societate;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROVAS ILÍCITAS	9
2.1 Da prova: Conceito e Objetivo	9
2.2 Objeto da prova.....	10
2.3 Meios de prova.....	11
2.4 Ônus da prova.....	12
2.5 Procedimento Probatório	13
2.6 Classificação das Provas	14
2.7 Sistemas de Apreciação das Provas.....	15
2.8 Prova Emprestada	17
2.9 Provas ilícitas e ilegítimas	18
2.10 Provas ilícitas por derivação ou Teoria dos frutos da árvore envenenada	20
3 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA	23
3.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes	23
3.2 Princípio da audiência contraditória.....	23
3.3 Princípio da Comunhão ou Aquisição dos meios de prova.....	24
3.4 Princípio da Oralidade	24
3.5 Princípio da Concentração	25
3.6 Princípio da Publicidade.....	25
3.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado.....	25
3.8 Princípio da não autoincriminação	26
3.9 Princípio da Liberdade Probatória.....	27
3.10 Princípio da vedação das provas obtidas por meios ilícitos	27
3.11 Princípio da proporcionalidade	27
4 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	31
4.1 Pela inadmissibilidade das provas ilícitas.....	31
4.2 Pela admissibilidade das provas ilícitas	35
5 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo aprofundar o estudo das provas ilícitas e verificar a possibilidade de sua admissão no processo penal brasileiro. Um dos motivos da escolha do tema se deve ao fato dele possuir correntes doutrinárias em ambos os sentidos e por envolver situações extremas de condenação ou absolvição devido à aceitação ou não de determinada prova.

Uma de suas correntes aponta pela inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal com base na Constituição Federal que em seu art. 5º, LVI considera inadmissíveis os meios de provas obtidos por meio ilícito.

Essa regra constitucional é absoluta? Entendo que nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem que conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.

Portanto, um dos objetivos deste trabalho é verificar a possibilidade da admissão da prova ilícita, e o entendimento a favor ou contra desta admissão. Porque, como dito acima, a não aceitação de uma prova ilícita poderá condenar um inocente, assim como também poderá deixar de condenar um criminoso contumaz. Ou, contrariamente, sua aceitação poderá colocar em risco as regras processuais, e acabarmos adentrando na premissa dos “fins justificam os meios”. Ou seja, estaremos diante de um dilema que divide opiniões e instiga a imaginação.

Inicialmente, no primeiro capítulo, abordaremos a teoria geral da prova, passando desde o conceito de prova, seu objetivo, objeto, ônus, classificação, procedimento probatório, meios de prova, sistemas de apreciação, e por fim as definições de prova emprestada, prova ilícita, prova ilegítima e prova ilícita por derivação, que se fazem necessário para a compreensão do que será analisado adiante.

Passada a teoria geral da prova, abordaremos no segundo capítulo os princípios que envolvem o tema, com ênfase para o princípio da proporcionalidade, princípio este que embasará as teses doutrinárias que sustentam a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal. Capítulo necessário porque a base de qualquer matéria são os princípios e deles se extraem toda a justificativa para o restante do conteúdo.

Por fim, no último capítulo adentraremos no estudo das teses, inicialmente esmiuçando sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas para posteriormente abordar sobre a possibilidade de sua admissão a favor do réu – pro reo -, e também sobre uma corrente menos defendida que é a admissão pro societate – a favor da sociedade-.

Ao fim, estaremos cientes de que em um caso concreto qualquer corrente poderá ser aplicada, devendo o juiz analisar com base na equidade e justiça para não condenar um inocente, não aceitar uma prova obtida com violência, não deixar livre um grande criminoso, enfim, analisando tudo que para ele fora levado e tomar a decisão mais justa, sabendo que o radical nunca é justo, ou seja, admissibilidade irrestrita ou inadmissibilidade irrestrita não são o correto.

2 PROVAS ILÍCITAS

2.1 Da prova: Conceito e objetivo

Antes de adentrarmos ao conceito de prova ilícita, devemos primeiramente saber o que significa prova no direito e qual seu objetivo. No processo penal busca-se reconstruir os fatos em busca da verdade real e durante a instrução processual tenta-se convencer o julgador da verdade do que se alega, este convencimento se dá através das provas.

Como resume bem Silva (2006, p. 107) “A prova consiste, pois, na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta.”.

Nas sábias palavras de Tourinho Filho (2010, p. 231):

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. 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. [...] Na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

Como corrobora Capez (2013, p. 372) ao dissertar sobre prova “Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.”.

Quanto ao objetivo da prova, ou seja, para que serve a prova, nos ensina Capez (2013, p. 372) “destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”. Já conforme Vilas Boas (2001, p. 257) “A prova é o veículo da verdade, pois, através dela, chegamos à posse dessa condição.”.

Ter um direito a seu favor é inútil caso não se consiga demonstrar que se encontra na situação de aplicação desse direito. Do mesmo modo, no direito penal, também é inútil suspeitar que alguém violou norma penal se não demonstrarmos no processo os elementos necessários à condenação deste indivíduo, portanto, na prática compete às partes mais demonstrar os fatos através de provas, do que interpretar o direito, visto que este último é a função do juiz e ele conhece a lei “*iura novit curia*”, e quanto aos fatos devem ser levados ao conhecimento dele primeiramente pelas partes. (GRECO FILHO, 2012, p. 280)

Em síntese, prova é o meio pelo qual convencemos o juiz se um fato ou direito é verdadeiro ou não. Nas palavras de Claus Roxin (2003, p. 185 apud SOUZA e SILVA, 2010, p. 291) “provar significa convencer ao juiz sobre a certeza da existência de um fato”.

2.2 Objeto da prova

Objeto da prova é o fato em si, como nos exemplifica sabiamente Rangel (2015, p. 462) “Se o Ministério Público imputa a Tício a prática do crime de homicídio doloso qualificado por motivo fútil, o *objeto da prova* é o homicídio, a morte da vítima por motivo insignificante desproporcional entre o crime e sua causa moral.”.

Objeto da prova, portanto, nas palavras de Távora e Alencar (2014, p. 499) “É a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor.”.

Importante é saber a distinção entre objeto **da** prova e objeto **de** prova, quando nos referimos a *objeto de prova* estamos adentrando no tema de que tal fato deva ser provado ou não, como, por exemplo, “Dia 25 de dezembro é natal!”, esta frase constitui fato notório, é de conhecimento de todos que dia 25 de dezembro é natal, então não precisa ser provado, não é, portanto, *objeto de prova*. (RANGEL, 2015, p. 462).

Seguindo o raciocínio do que deva ser objeto de prova, ou seja, do que é pertinente ser provado, temos que:

Os fatos notórios não precisam ser provados (art. 374, I, do Código de Processo Civil); O direito, como regra, não precisa ser provado, exceto quando o juiz determinar a demonstração e vigência de direito estadual, municipal, consuetudinário e estrangeiro (Art. 376 do Código de Processo Civil); Os fatos inúteis, por serem descartáveis para a persecução penal, também não precisam ser provados; Os fatos axiomáticos também não precisam ser provados, por serem fatos evidentes, como por exemplo em uma morte por decapitação é evidente a causa da morte, sendo desnecessário o exame interno cadavérico (art. 162 do Código de Processo Penal); E por último as presunções legais podem dispensar a produção de prova, como por exemplo o previsto no art. 27 do Código Penal, que prevê a inimputabilidade do menor de 18 anos, sendo que, por essa previsão, não adianta o Ministério Público produzir prova de que o menor tinha capacidade de querer e

entender à época dos fatos, porque essa presunção legal é absoluta (*juris et de jure*), insuperável, não dependendo de prova à favor e nem admitindo prova contrária. (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 499).

2.3 Meios de prova

Como conceitua Bonfim (2012, p. 360):

Meio de prova é todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. Em outras palavras, é o instrumento utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes.

Como corrobora Capez (2013, p.408) “meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo.”.

No processo penal brasileiro, vigora o princípio da verdade real, havendo liberdade na produção de provas para se chegar à verdade dos fatos, a autoria e como ocorreu o crime, porém a liberdade probatória possui exceções previstas em lei, não sendo, portanto, absoluta (BONFIM, 2012, p. 360).

A princípio não se deve limitar a produção de provas, pois pode prejudicar a justa aplicação da lei pelo estado, tanto é verdade que a unânime doutrina e jurisprudência admitem a produção de outras provas além das elencadas no Código de Processo Penal, tornando o rol nele previsto apenas exemplificativo (CAPEZ, 2013, p. 408). Porém, o Código de Processo Penal nos apresenta algumas limitações e essa liberdade probatória, como veremos nos exemplos apresentados por Capez (2013, p. 408):

O art. 155, parágrafo único, que manda observar as mesmas exigências e formalidades da lei civil para a prova quanto ao estado das pessoas (casamento, morte, parentesco são situações que somente se provam mediante as respectivas certidões); art. 158, que exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios (não transeuntes), não admitindo seja suprido nem pela confissão do acusado; art. 479, caput, com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008, que veda, durante os debates em plenário, a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte; e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI).

Vale ressaltar que quanto à prova temos três distinções que não podem ser confundidas: *objeto, meio ou sujeito de prova*. Sendo, por exemplo, a testemunha sujeito de prova, seu depoimento meio de prova. Um local inspecionado é objeto de

prova, enquanto o ato de inspecionar, a inspeção do local é definida como meio de prova (BONFIM, 2012, p. 360). Como bem define Tornaghi (apud BONFIM 2012, p. 360) “Meio é tudo o que sirva para alcançar uma finalidade, seja o instrumento utilizado, seja o caminho percorrido.”.

2.4 Ônus da Prova

No processo penal, o juiz deve fundamentar suas decisões acerca dos fatos com base no princípio do livre convencimento motivado. Porém, só poderá fundamentar em cima do que se restar provado. Para isso temos as regras que giram em torno do ônus da prova, que dirá no caso concreto a quem incumbe à produção de provas acerca de cada fato (BONFIM, 2012, p. 381).

A regra geral vêm da expressão em latim *actori incumbit probatio*, que significa que cabe ao autor a prova do que alegar, complementada pela expressão *et reus in excipiendo fit actor* que significa que o acusado tem que demonstrar os fatos que alega, em outras palavras, cabe à parte que fizer as alegações provar que tais são verdadeiras, não possuindo nenhuma penalidade caso não consiga, apenas a de ver seu direito ou pretensão se perder, pois caso não prove sua alegação o juiz não terá a convicção da veracidade do que se alega e a consequência, portanto, é o não acatamento dessa alegação (BONFIM, 2012, p. 381).

Nas palavras de Capez (2013, p. 409) “Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.”. E ainda Capez (2013, p. 409) ressalta que ônus é diferente de obrigação, sendo que o ônus da prova é um adimplemento facultativo e quando não cumprido, ou seja, não se prova a alegação, “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.” e conclui dizendo que “Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provar os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos [...]”.

As regras acima descritas se encontram consubstanciadas no artigo 156, caput, do Código de Processo Penal que diz “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.

Quanto à prova dos elementos subjetivos culpa e dolo, temos que quanto à culpa incumbe à acusação prová-la conforme maioria doutrinária, já quanto ao dolo

parcela da doutrina entende que incumbe à acusação prová-lo devido ao princípio da presunção de inocência, enquanto outra parcela entende que incumbe ao acusado demonstrar que não possuía dolo, por ser este presumido (BONFIM, 2012, p. 382).

Tal controvérsia é amenizada devido ao poder instrutório que a lei concede ao juiz, como bem ressalta Bonfim (2012, p. 382):

Com efeito, já se disse anteriormente que vige no processo penal o princípio da verdade real, segundo o qual não poderá o julgador conformar-se com a inexistência de elementos probatórios ou com meras presunções. Em observância a esse princípio, o julgador terá sempre o poder de determinar, de ofício, medidas para dirimir dúvida sobre qualquer ponto relevante, bem como ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (art. 156, II, do CPP).

2.5 Procedimento probatório

A atividade probatória é dividida em quatro fases distintas:

Proposição, como nos leciona o doutrinador Capez (2013, p. 411) é o “momento ou instante do processo previsto para a produção da prova. Em regra, as provas devem ser propostas com a peça acusatória e com a defesa prevista nos arts. 396-A e 406, §3º do Código de Processo Penal.”. Sendo que o incidente de insanidade mental do acusado é a única prova que pode ser requerida pelas partes ou determinada de ofício pelo juiz em qualquer fase do processo (CAPEZ, 2013, p. 411).

Admissão, refere-se ao ato de deferimento ou não pelo juiz da produção de provas apresentadas pelas partes, que em regra devem ser deferidas, exceto quando irrelevantes, protelatórias ou impertinentes (CAPEZ, 2013, p.411).

Produção, como leciona Bonfim (2012, p. 361) “constitui o momento em que a prova é produzida, ou seja, o ato ou procedimento por meio do qual determinado elemento de prova passa a integrar os autos do processo.”.

Apreciação ou Valoração, trata-se do momento em que o juiz com base no princípio do livre convencimento motivado, valora as provas de acordo com o seu convencimento - não possuindo uma prévia valoração de provas prevista em lei -, proferindo uma decisão acerca dos fatos.

2.6 Classificação das provas

a) Quanto ao objeto da prova: “É a relação ou incidência que a prova tem com o fato a ser provado.” (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 501).

Pode ser direta ou indireta, direta é quando se refere diretamente ao fato cuja prova é desejada, exemplo testemunha visual, já a indireta se refere a outro acontecimento que através de raciocínio lógico nos leva ao fato principal, por exemplo, um *álibi*.

Nas palavras de Rangel (2015, p. 464), a prova será Direta quando ela 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.”. Exemplo de Rangel (2015, p.464) sobre a prova direta “No crime de homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face da ação do agente. Nesse caso, o depoimento da testemunha é meio de prova sobre o fato (objeto da prova) diretamente.”.

Sobre prova indireta Rangel (2015, p. 464) nos ensina que “é a prova que não se dirige ao próprio fato probando, mas, por raciocínio que se desenvolve, se chega a ele.”. Tal conceito é facilmente compreendido no exemplo de Nicola Dei Malatesta (apud RANGEL, 2015, p. 465):

Se uma testemunha declara que viu Tício fugir pouco depois de ter sido cometido o homicídio, a fuga de Tício é coisa diversa do delito, de onde se conclui pela sua existência. Chega-se à conclusão de que Tício foi o autor do crime, desenvolvendo-se um raciocínio lógico.

b) Quanto ao efeito ou valor: “É o grau de certeza gerado pela apreciação da prova” (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 501).

Pode ser Plena ou Não Plena (também chamada de indiciária). A prova plena como conceitua Capez (2016, p. 402) “trata-se de prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, por exemplo, a exigida para a condenação.”.

Já sobre a prova Não Plena ou Indiciária, também ficamos com o melhor ensinamento de Capez (2016, p. 402) que nos diz:

Trata-se de prova que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não se exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Exemplo: prova para o decreto de prisão preventiva. Na legislação, aparece como “indícios veementes”, “fundadas razões” etc.

c) Quanto ao sujeito ou causa: trata-se da pessoa ou coisa de onde derivou a prova.

Trata-se de classificação simples, onde resumidamente e sem mais delongas muito bem nos ensina Bonfim (2012, p. 310) que poderá ser prova real “se surgir de coisa ou objeto (ex.: aquela extraída dos vestígios deixados pelo crime)” ou prova pessoal “quando emanar da manifestação consciente do ser humano (ex.: a testemunha que narra os fatos a que assistiu; o laudo assinado por dois peritos).”.

d) Quanto à forma ou aparência: “É a maneira como a prova se revela no processo” (TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 501).

Quanto à forma as provas podem ser testemunhais, documentais e materiais. A prova testemunhal é o indivíduo chamado a depor, podendo ser o depoimento da testemunha, do ofendido e a confissão do acusado, em regra feito de forma oral, exceto quando se admite por escrito em determinados casos previstos em lei; a prova documental é a expressa por afirmação escrita ou gravada, como exemplo a escritura pública; já a prova material é a obtida por meio material (físico, químico ou biológico), como exemplo o corpo de delito, perícias, instrumentos utilizados pelo crime, vistorias, etc. (RANGEL, 2015, p. 467).

2.7 Sistemas de Apreciação das Provas

“O sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo.”. (RANGEL, 2015, p.515).

a) Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz: Trata-se de um sistema arbitrário, onde se concede ao juiz todo poder para decidir, total poder discricionário, sem a necessidade de avaliar provas, sem até mesmo a necessidade da existência de provas nos autos, baseando-se unicamente na sua convicção, em sua certeza moral de que tal pessoa é inocente ou não.

Como nos leciona Capez (2016, p. 408) sobre esse sistema:

A lei concede ao juiz ilimitada liberdade para decidir como quiser, não fixando qualquer regra de valoração das provas. Sua convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento.

Quando olhamos para este sistema, pensamos que se extinguiu no estado democrático de direito, devido a sua arbitrariedade. Porém, esse sistema ainda

vigora em nosso Processo Penal, exclusivamente no Tribunal do Júri, onde os jurados proferem decisão com base no “sim ou não”, sem necessidade alguma de fundamentação, onde o réu é absolvido ou condenado sem saber o motivo.

b) *Sistema das regras legais ou certeza moral do legislador ou da prova tarifada*: Neste sistema, o legislador começa a desconfiar do juiz, e retira a arbitrariedade prevista no sistema anterior, e por isso, começa a valorar as provas previamente, não podendo o magistrado atribuir menor valor a prova do que o previsto em lei pelo legislador, deixando para trás a certeza moral do juiz e instituindo a certeza moral do legislador.

Nos dizeres de Rangel (2015, p. 518):

O sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou, ainda, chamado de prova tarifada, significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal. Pois, se a Lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto. Da mesma forma que, se a lei estabelecia que aquele fato somente se poderia provar desta ou daquela forma, o juiz não poderia adotar outro meio de prova se não aquele que era imposto pela lei. [...] O legislador, por exemplo, no sistema das provas legais, estabelecia que a prova obtida através da confissão do acusado era a rainha das provas e, portanto, não adiantavam três testemunhas dizerem, de forma categórica, que o acusado não estava presente no local do fato. A confissão valia mais que a prova testemunhal.

Além da valoração prévia das provas, a lei também previa que determinados fatos só se provassem por determinadas maneiras, como nos exemplifica Tourinho Filho (2010, p. 271) a respeito deste sistema “Dizia, por exemplo, o art. 338 do *Code d’Instruction Criminelle* que o adultério do homem só se provava ou com o flagrante delito ou, então, por meio de cartas ou escritos do seu próprio punho...”.

Este sistema ainda deixa marcas em nosso atual Código de Processo Penal, como exemplo o artigo 62 que exige a certidão de óbito como prova da morte; o artigo 564, III, b, que exige o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios; artigo 232, parágrafo único, que condiciona a validade da fotografia do documento a sua autenticação; dentre outras.

c) *Sistema da livre convicção ou da persuasão racional ou verdade real*: Este sistema é o que vigora entre nós atualmente, conforme previsão no artigo 155 do Código de Processo Penal, sendo tratado como um princípio (Princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional), ele é um misto dos dois que vimos anteriormente, onde o juiz pode valorar a prova livremente, desde que, sua decisão seja motivada e fundamentada em provas legalmente admitidas contidas nos autos.

Nas belas palavras do mestre Frederico Marques (apud RANGEL, 2015, p. 520):

Em primeiro lugar, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom-senso, da lógica e da experiência. O livre convencimento que hoje se adota no direito processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal.

Como também nos ensina Capez (2016, p. 408) “O juiz tem liberdade para formar a sua convicção [...] No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessária a devida fundamentação.”. E ainda conclui Capez (2016, p. 408) sobre o sistema da persuasão racional “O juiz, portanto, decide livremente de acordo com sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis.”.

2.8 Prova Emprestada

A prova emprestada é aquela produzida em um processo e transferida, trasladada, para outro, documentalmente, sendo que, portanto, possui natureza jurídica de meio de prova inominado, que, quanto à forma, é sempre documental. (RANGEL, 2015, p.493).

Um de seus pressupostos é de que tenha sido produzida perante as mesmas partes e diante do contraditório, por isso não se admite prova emprestada de inquérito policial, assim como, ela não pode gerar efeito contra quem não figurou em um dos polos da ação originária. (CAPEZ, 2016, p. 407).

Ainda a respeito da eficácia da prova emprestada, melhor nos explica Bonfim (2012, p. 310):

Podem surgir algumas controvérsias quanto à eficácia da prova emprestada. Alguns autores alegam que a prova emprestada não tem a mesma força probante que teve no processo do qual é originária. Dessa forma, para ter eficácia plena, ela deverá obedecer a alguns requisitos apontados pela doutrina: a) colheita em processo que contemple as mesmas partes. b) mesmo fato probando; c) observância, no processo precedente, das mesmas formalidades legais quando da produção probatória; d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo em que a prova foi originariamente produzida.

Em seu artigo, analisando as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, corroborando com o pensamento acima conclui Leite (2012) que “a jurisprudência dos tribunais superiores admite a prova emprestada no processo penal se ela for submetida ao contraditório e desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.”.

2.9 Provas ilícitas e ilegítimas

Em nosso direito, como vimos acima, utilizamos das provas para comprovar se um fato é verídico ou não, ou seja, a prova é primordial para obtenção da justiça, no direito penal para a obtenção da verdade real (Princípio da verdade processual). Porém, dependendo da forma como obtivermos essa prova, ela poderá ser proibida e não ser aceita no processo (em regra, com algumas exceções que veremos no decorrer deste trabalho). Dessas provas proibidas temos três classificações, as provas ilícitas, as ilegítimas e as ilícitas por derivação.

As provas ilícitas são aquelas obtidas com violação ao direito material, por exemplo, violação domiciliar para a obtenção de uma prova. Conforme Capez (2013, p. 375) “[...] serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.”.

Capez (2013, p.376) ainda sobre provas ilícitas também complementa:

Pode ocorrer, outrossim, que a prova não seja obtida por meio da realização de infração penal, mas considere-se ilícita por afronta a princípio constitucional, como é o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas (CF, art. 5º, X). Podem também ocorrer as duas coisas ao mesmo tempo: a prova ilícita caracterizar infração penal e ferir princípio da Constituição Federal. É a hipótese da violação do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), da proteção contra tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) e do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros.

O nosso Código de Processo Penal traz um exemplo de prova ilícita em seu artigo 233: “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.”. Este artigo corrobora, com um exemplo, o princípio da inviolabilidade de correspondência, previsto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988.

Quando a norma violada tiver caráter processual, neste caso nomearemos esta prova proibida de prova ilegítima. Portanto, prova ilícita é aquela que foi obtida com ilicitude material e a prova ilegítima com ilicitude formal. Como nos ensina Uadi Lammêgo Bulos (apud CAPEZ, 2013, p. 375) a diferença entre ilicitude formal e material e, conseqüentemente, entre as provas ilícitas e ilegítimas:

[...] provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem, Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.

Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não diferencia prova ilícita e prova ilegítima, portanto, quando diz em seu Artigo 5º, LVI “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, a Constituição Federal está vedando ambas, inclusive às ilícitas por derivação, que possui vedação expressa no Código de Processo Penal, como veremos mais adiante.

O conceito de prova ilegítima é bem definido por Capez (2013, p. 375) que ainda nos traz diversos exemplos:

Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. Podemos ainda lembrar as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, por qualquer meio que não seja a respectiva certidão (CPP, art. 155, parágrafo único, conforme a Lei n. 11.690/2008), ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios (CPP, art. 158). Nesse último caso, a título de exemplo, se houve uma lesão corporal consistente em uma fratura do antebraço, nem mesmo a radiografia, a ficha médica do paciente, o depoimento dos médicos e a confissão do acusado podem suprir a falta do exame de corpo de delito, devido à exigência processual expressa constante do art. 158 do CPP. As provas produzidas em substituição serão nulas por ofensa à norma processual, e, portanto, ilegítimas, não podendo ser levadas em conta pelo juiz (CPP, art. 564, III, b), o que acarreta a absolvição por falta de comprovação da materialidade delitiva.

Para fixar a definição de prova ilegítima, vejamos como exemplo o Artigo 159, §1º do Código de Processo Penal que diz:

Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Em um exemplo hipotético, um laudo pericial fora confeccionado e assinado por apenas um perito não-oficial, ou que tenha sido feito por dois, mas um deles não possui diploma de curso superior. Este é um exemplo clássico de prova ilegítima, porque este laudo não seguiu as regras processuais previstas no Código de Processo Penal.

Como bem aponta o Doutor Luiz Flávio Gomes (2010) essas são as diferenças entre a prova ilícita e ilegítima:

[...] não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao momento da ilegalidade: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP).

2.10 Provas ilícitas por derivação ou Teoria dos frutos da árvore envenenada

Prova ilícita por derivação ou Teoria dos frutos da árvore envenenada ou teoria da mácula (*taint doctrine*) é o argumento de que uma prova obtida/descoberta/decorrente de uma prova ilícita é também ilícita.

Nos dizeres de Nucci (2010, p. 327), explicando a adoção desta teoria:

São igualmente inadmissíveis – logo, ilícitas – as provas resultantes das originalmente ilícitas, formando uma corrente, cujos elos são interligados de modo invariável. A ideia é correta e resulta de lógica na avaliação das provas obtidas por meios ilícitos, afinal, de nada resolveria extirpar determinada prova se os seus frutos continuassem a produzir efeitos.

Como também explica Capez (2013, p. 376) que provas ilícitas por derivação:

[...] são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei n. 9.296/96) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação.

Essa teoria decorre do direito americano, onde a Suprema Corte decidiu que as provas mesmo que lícitas, não poderiam ser aceitas caso fossem descobertas

através de práticas ilegais anteriores, ou seja, também se tornariam ilícitas (CAPEZ, 2013, p. 376). Especificamente tal decisão da Suprema Corte se deu no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* e nela a Corte disse que o Estado não poderia intimar uma pessoa para entregar documentos que foram descobertos pela polícia através de uma prisão ilegal, ficando conhecida como a teoria *fruit of the poisonous tree*, onde se entende que os frutos de uma árvore envenenada também estariam envenenados.

No nosso ordenamento, o legislador através da Lei nº 11.690/2008, alterou o caput do art. 157 do Código de Processo Penal e acrescentou esta teoria no §1º “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” e explicou no §2º o que seria fonte independente: “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 típico objeto da prova”.

Como lecionam Távora e Alencar (2014, p. 510) ao se referirem à utilização desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro: “[...] deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando, no caso concreto, a extensão do dano, que está ligado ao grau de vínculo existente entre a prova antecedente e a consequente.” E conclui, sabiamente, que: “Afastado o nexo, afastada estará a ilicitude.”.

Vejamos um exemplo, caso um Policial Civil coloque uma escuta telefônica sem autorização judicial em um traficante da região, e durante essas escutas ele descubra onde o traficante esconde os entorpecentes, no dia seguinte a polícia civil se desloca ao local e realiza a prisão em flagrante deste traficante, juntamente com a apreensão do material entorpecente. Esta prisão seria relaxada pelo juízo, porque obviamente a escuta telefônica sem autorização judicial é uma prova ilícita, e, portanto, a apreensão do material entorpecente que inicialmente seria uma prova lícita se torna uma prova ilícita por derivação de outra prova ilícita. Ainda neste exemplo, caso no dia seguinte em patrulhamento de rotina, a prisão e apreensão do entorpecente fosse realizada pela Polícia Militar, que de nada sabia da escuta telefônica, neste caso a prova é lícita, porque se deu por fonte independente da prova ilícita (escuta telefônica ilegal) anteriormente obtida.

Tal teoria e sua regra de exclusão são muito bem explicadas pelo Ministro Celso de Mello em julgamento de Habeas Corpus nº 93.050, de sua relatoria, em

juízo da Segunda Turma no dia 10.06.2008, Diário Judicial Eletrônico de 01/08/2008:

[...] A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo poder público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Portanto, no Brasil aplica-se o princípio da proibição da prova ilícita por derivação à luz do princípio da proporcionalidade reconhecendo as teorias da fonte independente e da descoberta inevitável como exceção à regra de proibição (SOUZA e SILVA, 2010, p. 299). Adiante, segue belo exemplo dos professores Souza e Silva (2010, p. 299) sobre o acima narrado:

Verifica-se que a regra é a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas (exemplo: durante uma interceptação telefônica não autorizada pelo juiz competente, descobre-se que "A" testemunhou os fatos. Logo, a princípio, A não poderá servir como testemunha). Contudo, se restar evidenciado que "A" pudesse ser arrolada como testemunha através de outra fonte (Exemplo: "A" se apresentou voluntariamente e relatou os fatos que captou, ou o nome de "A" surge durante outra interceptação telefônica, esta determinada regularmente, sem qualquer vínculo com a interceptação ilegal).

3 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Sobre os princípios e a importância deles, nos ensina Pacheco (2007):

Tratam-se de proposições ideais, nas quais todo o ordenamento vai em busca de legitimidade e validade. Assim, ordeiramente, tem-se considerado que, em determinadas circunstâncias, os princípios são mais importantes que as próprias normas, não mais sendo possível aceitar sua posição de consoante com o art. 4º da LICC, como outrora era apregoado. Com efeito, nos dias de hoje, **uma norma ou uma interpretação jurídica que não encontra respaldo nos princípios, com certeza estará fadada à invalidade ou ao desprezo.** (Negrito Nosso)

Os princípios, portanto, são as colunas, a base, que sustenta e dá força para o surgimento do restante.

3.1 Princípio da Autorresponsabilidade Das Partes

Este Princípio aduz que as partes são responsáveis por seus erros, atos intencionais ou mesmo passividade (não se manifestarem).

Nas palavras de Bonfim (2012, p. 375) “É princípio [...] segundo o qual compete às partes produzir as provas dos fatos ou alegações que lhe favoreçam.”.

Em suma, por este princípio as partes são responsáveis por produzir ou deixar de produzir as provas, absorvendo as consequências de seus atos ou omissões. Em um caso concreto, por exemplo, se o autor não provar a materialidade do fato ou autoria, o juiz terá que proferir sentença absolvendo o réu.

3.2 Princípio da Audiência Contraditória

O princípio da audiência contraditória tem origem no princípio constitucional do contraditório, onde qualquer prova introduzida aos autos deve ser levada à outra parte para que dela tenha conhecimento e possa se manifestar (BONFIM, 2012, p. 375). Conforme explica Bonfim (2012, p. 375) a respeito deste princípio “Trata-se de um mecanismo para garantir a igualdade de oportunidade, entre as partes, no intuito de influir no convencimento do julgador.”.

“Toda prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte.” (CAPEZ, 2013, p. 414).

3.3 Princípio da Comunhão ou Aquisição Dos Meios De Prova

Por este princípio, as provas não pertencem às partes, e sim ao processo, a partir do momento que nele ingressam. Conforme nos ensina Bonfim (2012, p.375):

A prova, conquanto seja produzida por uma ou outra parte, ou mesmo por determinação ex officio do próprio juiz, uma vez integrada aos autos, passa a servir indistintamente ao juízo, e não a quem as produziu. Por esse princípio, a prova produzida pelas partes integra um conjunto probatório unitário, podendo favorecer a qualquer dos litigantes. Como exemplo, temos a proibição de se admitir a desistência da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas por quaisquer das partes, sem a anuência da outra.

Como bem resume Capez (2013, p. 414) “[...] as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador.”.

Nas palavras de Távora e Assumpção (2012, p. 45) “A prova não pertence à parte que a produziu, e sim ao processo. Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida.”. Ainda nos ensinam que a previsão do artigo 401, §2º do Código de Processo Penal que autoriza a desistência de qualquer das testemunhas arroladas e ressalva apenas a possibilidade do juiz determinar a oitiva, apesar de omissa quanto a isso, a parte contrária deve ser consultada e caso insista na oitiva, a testemunha deve ser ouvida em consonância com o princípio em análise (TÁVORA e ASSUMPÇÃO, 2012, p. 45).

3.4 Princípio da Oralidade

Pelo princípio da oralidade predomina a palavra falada sobre a escrita. Conforme nos ensina Távora e Assumpção (2012, p. 45) “Deve haver a predominância da palavra falada, produzida perante o juiz, a exemplo do interrogatório e da prova testemunhal – ou, eventualmente, do esclarecimento dos peritos”.

O princípio da oralidade é geralmente utilizado como base nos casos de colheita de provas em audiência, por isso que neste momento processual se prefere os depoimentos orais, sendo excepcionalmente apresentados de forma escrita.

Ele se subdivide em dois subprincípios o da concentração onde as provas devem ser produzidas em audiência única, ou no menor número possível de

audiências e o subprincípio da imediatidade onde o juiz deve ter contato físico com as provas, estando próximo, permitindo um melhor julgamento com uma valoração mais justa das provas (TÁVORA e ASSUMPÇÃO, 2012, p. 45).

3.5 Princípio da Concentração

Como citado no tópico acima, temos no princípio da concentração, que havendo a possibilidade, as provas devem ser produzidas em audiência, exceto em necessidade de urgência ou antecipação.

3.6 Princípio da Publicidade

Com exceção das ações que tramitam em segredo de justiça, todos os atos processuais devem ser públicos. Vale ressaltar que também temos outras exceções previstas em lei, sendo a publicidade, portanto, regra. Como, por exemplo, o previsto no artigo 792, §1º 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 o 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.

Temos também tal princípio escampado na Constituição Federal em seu Artigo 5º, inciso LX onde diz “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, e também em seu artigo 93, inciso IX descrevendo a hipótese onde ele pode ser afastado, como vemos:

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.

3.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado

No ordenamento jurídico brasileiro não existe hierarquia entre as provas apresentadas no processo, o juiz que dará valor a elas de acordo com o seu

entendimento, e ao final apresentará os argumentos explicitando o que o levou a ter este convencimento.

Nas palavras de Capez (2013, p. 414) explicando o princípio do livre convencimento motivado “as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitado apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos.”.

Em uma explicação mais detalhada, sabiamente nos ensina Bonfim (2012, p. 376):

Segundo esse princípio, ao juiz é dado valorar os elementos probatórios de acordo com a 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. É, conforme já dito, regra que visa concretizar na praticados atos processuais a garantia do contraditório. Por meio da motivação, o juiz consubstancia em linguagem o processo dialético que redundará na decisão, conciliando os argumentos contrários das partes em um arrazoado único.

Nesse sentido, vale ressaltar que o magistrado não pode basear sua decisão unicamente nas provas produzidas no inquérito policial, ou seja, na fase investigatória, exceto as provas cautelares, as irrepetíveis e as antecipadas (BONFIM, 2012, p. 376). Conforme artigo 155, caput, do Código de Processo Penal que diz “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, [...]” e termina com a exceção “ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

3.8 Princípio da Não Autoincriminação

Conhecido na expressão em latim “nemo tenetur se detegere” este princípio diz que o cidadão não pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. É facilmente identificada a sua aplicação no nosso dia-a-dia quando observamos o depoimento do acusado onde ele pode se manter calado, e também no teste do bafômetro aplicado em abordagens de trânsito efetuadas pela Polícia Militar, onde o abordado tem a opção de efetuar ou não o teste.

Conforme nos acrescenta Bonfim (2012, p.375) “É importante ressaltar que o silêncio ou a não colaboração, conforme o caso, não podem ser interpretados contrariamente à defesa, não servindo de prova contra o acusado.”.

3.9 Princípio da Liberdade Probatória

Como já vimos, a prova é o meio pelo qual convencemos um julgador, e com base nisso, este princípio diz que deve haver uma liberdade na produção das provas, não ocorrendo taxação de provas. As previsões contidas em lei devem ser meramente exemplificativas, não esgotando as possíveis provas a serem produzidas para a elucidação dos fatos, ou seja, buscando sempre se chegar o mais próximo da verdade real, limitando-se apenas as proibições previstas em lei.

Conforme Mirabete (2010, p. 252):

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 do crime.

O Código de Processo Penal, portanto, apresenta as provas de maneira exemplificativa, ou seja, não taxativa. E conferindo caráter não absoluto para o princípio da liberdade probatória, prevê suas limitações, como, por exemplo, o artigo 157 do Código de Processo Penal que diz “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas [...]” limitando, portanto, o princípio da liberdade probatória ao vedar a utilização das provas ilícitas no processo penal, tema deste trabalho.

3.10 Princípio Da Vedação Das Provas Obtidas Por Meios Ilícitos

Tal princípio está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”. Portanto, com base unicamente neste artigo da constituição, ninguém poderá se valer de prova ilícita para absolvição ou condenação. Aprofundaremos neste princípio no terceiro capítulo deste trabalho.

3.11 Princípio Da Proporcionalidade

Ao verificarmos o significado da palavra “Proporcional” no dicionário, encontramos as seguintes respostas, “Que está em proporção; harmônico; simétrico”. A meu ver, no âmbito jurídico, podemos dizer que proporcional seria ser

justo. Por exemplo, um juiz que condena com pena máxima uma pessoa com bons antecedentes, que apenas furtou um brinquedo para dar de presente à filha no seu aniversário por não ter condições financeiras de comprá-lo, está sendo desproporcional, exagerado, injusto. Ao passo que, neste mesmo exemplo, uma condenação em pena mínima teríamos uma condenação proporcional, harmônica, ou seja, justa.

Da explicação acima, extraímos parte do conceito do princípio da proporcionalidade, que em suma, serve para colocar em harmonia os princípios em conflito, sopesando-os e enaltecendo o de maior valor. O princípio da proporcionalidade é tido como o “princípio dos princípios” justamente por promover a equidade entre eles. Pois, quando em um caso concreto temos a colidência entre dois ou mais princípios, à luz do princípio da proporcionalidade prevalecerá o mais justo, o mais importante. Por exemplo, em uma situação onde temos duas garantias constitucionais como a da inviolabilidade domiciliar e a garantia à vida, com base no princípio da proporcionalidade lógico que prevalecerá a vida, tanto é que a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XI ao prever a inviolabilidade domiciliar autoriza como exceção a entrada em domicílio quando para prestar socorro. Mas, caso a constituição não previsse essa exceção, pregaríamos que em hipótese alguma poderia ser violado o domicílio? Colocaríamos a inviolabilidade domiciliar acima da vida? Acredito que não, porque não seria o mais justo, seria desproporcional.

Em casos concretos são inúmeras as situações que a constituição ou leis extravagantes não podem prever, portanto, a carta magna garantiu direitos fundamentais e princípios fundamentais para garantir a proteção de todo cidadão. Os princípios quando em conflito não extinguem um ao outro, apenas deve prevalecer o mais importante, o mais justo, o mais proporcional. Sobre isso nos ensina Bonfim (2012, p. 38):

Nesse caso – conflito dos princípios -, somente saberemos qual deles deverá ser aplicado através de novos métodos hermenêuticos: os critérios de ponderação, razoabilidade ou do chamado “princípio da proporcionalidade”, isto porque os métodos clássicos de interpretação jurídica (literal, lógico, teleológico etc.) foram concebidos em uma época em que o ordenamento jurídico processual era tido como repositório de “regras”, não sendo concebido naquele tempo, com maior profundidade, o estudo dos princípios. Assim, no caso de os “princípios” serem reputados “regras”, geralmente se aplica uma ou outra delas, por validez, de ordinário recorrendo-se à metodologia hermenêutica clássica. Uma das regras, portanto, sendo válida, provoca a invalidez de outra, pois as regras são aplicáveis ao modo *all or nothing* (tudo ou nada), enquanto os princípios não

são considerados inválidos. Ao contrário, continuam vigendo mesmo que não os apliquemos, somente que, em dado caso concreto, cedem passo a outro, reputado de maior valor para aquele caso, uma vez feita a ponderação dos valores em jogo.

Portanto, podemos conceituar princípio da proporcionalidade como o princípio da justiça, que garante a não solidez dos princípios, tornando todos não absolutos, fazendo com que uma garantia individual possa ceder em face de sua aplicação, para que outra mais harmônica, justa, prevaleça.

Silva e Souza (2010, p. 7) dizem que o princípio da proporcionalidade:

Trata-se de instrumento moderador que norteia todo o sistema jurídico, tendo como principal finalidade a contenção dos excessos, apresentando-se como mecanismo apto a servir para ponderar direitos, valores e interesses, quando estes se encontram em rota de colisão. Esse princípio, que deita raízes no Direito alemão, tem estendido seus benéficos tentáculos pelos mais diversos sistemas jurídico e para os mais variados ramos do Direito, sendo essencial para garantir a equânime aplicação das normas e regras vigentes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, institui-se uma base principiológica no direito brasileiro, deixando de lado a exclusiva interpretação literal para a análise de um direito, e apesar de não estar previsto na Constituição, o princípio da proporcionalidade é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, porque constitui uma imposição presente em qualquer Carta Constitucional de um Estado Democrático de Direito repleta de garantias fundamentais como a nossa Constituição Federal de 1988. (SILVA E SOUZA, 2010, p. 7).

Como bem salienta Robert Alexy (apud TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 515):

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

No pensamento de Bonfim (2012, p. 60) o princípio da proporcionalidade pode ser tido como um “superprincípio” por ser absoluto, se caracterizando como um “princípio hermenêutico” utilizado para a solução de conflito de princípios definindo qual dos conflitantes prevalecerá, não admitindo relativização como os demais princípios justamente por se enquadrar como método hermenêutico. E ainda conclui Bonfim (2012, p.60) dizendo ser o princípio da proporcionalidade de suma importância para o processo penal porque este “constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à

liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado)”. Ainda conforme Bonfim (2012, p. 61) o princípio da proporcionalidade também é conhecido como princípio da proibição do excesso porque “Em um primeiro aspecto, sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso.”.

Outra ideia interessante que Bonfim (2012, p. 62) nos apresenta, é a da divisão do princípio da proporcionalidade em três subprincípios que devem ser concomitantemente atendidos para a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo eles Adequação, Necessidade e “proporcionalidade em sentido estrito”, e ele assim os define:

A adequação consubstancia-se em medida apta a alcançar o objetivo visado. É uma relação de meio e fim. Assim, por exemplo, decreta-se a prisão preventiva para com isso impedir o réu de turbar a instrução penal (“conveniência da instrução criminal”). A necessidade – ou exigibilidade – impõe que a medida adotada represente gravame menos relevante do que o interesse que se via tutelar (ou seja, resulte numa relação custo/benefício que se revele benéfica). Seguindo nosso exemplo, a prisão preventiva, portanto, será decretada quando não tivermos outro meio menos gravoso para a preservação de determinado interesse. E “proporcionalidade em sentido estrito”, quando se faz um balanço entre os bens ou valores em conflito, promovendo-se a opção. A proporcionalidade pauta-se, portanto, pelos dois elementos inicialmente expostos (ou subprincípios), impondo-se por fim uma ponderação entre os interesses em jogo, de modo que seja possível reconhecer como justificada a medida.

Portanto, podemos concluir que o princípio da proporcionalidade busca alcançar de maneira justa os direitos previstos na Constituição, equalizando os demais princípios, protegendo o cidadão contra os excessos para garantir a justiça.

4 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1 Pela inadmissibilidade das provas ilícitas

Como vimos nos capítulos anteriores, o direito à prova é uma garantia que decorre principalmente dos princípios da liberdade probatória e do contraditório. Porém, não é direito absoluto, porque conforme a Constituição de 1988 dispõe em seu artigo 5º, LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Vale ressaltar, conforme nos ensina Capez (2013, p. 83) que ao vedar todas as provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição “proíbe tanto a prova ilícita quanto a ilegítima.”.

Resta-nos saber se tal previsão é taxativa ou não, ou seja, se o descrito no artigo 5º, inciso LVI pode ser flexibilizado ou não.

Como nos ensinam Souza e Silva (2010, p. 296) a inadmissibilidade das provas ilícitas está relacionada com as garantias constitucionais ligadas à pessoa, como a dignidade da pessoa humana, a integridade física e psicológica, a intimidade e ao devido processo legal, sendo que a Constituição previu expressamente a proibição das provas ilícitas justamente para coibir práticas que afrontem essas garantias individuais. A Respeito disso Tourinho Filho (2010, p. 245) nos ensina:

Se a Lei Fundamental garante que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; se ela declara invioláveis “a intimidade e a vida privada”, se ela assegura aos presos “o respeito à integridade física e moral”; se ela proclama “a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência” e, coroando toda essa série de garantias, declara “serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; se a Lei das Leis proclama que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, evidente que essa presunção somente poderá ser enfraquecida por provas que hajam sido colhidas com as garantias do devido processo legal.

Em palavra simples e clara, Silva e Souza (2010, p. 296) nos explicam a lógica da vedação das provas ilícitas:

A lógica da vedação é simples e procura mandar duas mensagens claras, a primeira aos órgãos encarregados da produção de provas, qual seja: “Não adianta utilizar-se de meios escusos para alcançar a qualquer custo uma pseudoverdade processual, pois seus ilícitos esforços serão em vão”; a segunda, deve ressoar em toda a sociedade a ideia de que “na relação Estado-indivíduo não pode vigorar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, mas sim, deve vigorar a ética do devido processo legal”.

Conforme Souza e Silva (2010, p. 296) anteriormente à Constituição Federal de 1988 com fundamento no princípio da verdade real admitia-se a prova ilícita

relevante, com a devida punição ao responsável pelo cometimento do ato ilícito utilizado para a colheita da prova, assim como também nos demonstram Grinover, Scarance e Gomes Filho (1998, p. 137 apud CAGLIARI, 2000, p.16):

Na jurisprudência mais antiga era comum a admissão da confissão policial, mesmo viciada, se confirmada por outras provas – especialmente a efetiva apreensão do produto do crime por indicação do acusado, ainda que coagido: RT 441/413 [...].

Porém com o passar do tempo, o pensamento doutrinário e jurisprudencial foi mudando, conforme demonstra Cagliari (2000, p. 16) citando exemplos trazidos por Grinover, Scarance e Gomes Filho (1998, p.137):

O pensamento doutrinário e, principalmente o jurisprudencial, todavia, demonstraram uma tendência evolutiva, passando da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas, até que se alcançou a convicção de que tais provas devem ser banidas do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela demonstrados. Essa evolução veio retratada, entre nós, por três decisões do Supremo Tribunal Federal que repudiaram a interceptação telefônica clandestina. “A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.6.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva (RTJ 110/798). (...) Finalmente, e agora em processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações telefônicas feitas por particulares, confessadamente ilícitas (RTJ 122/47)”.

Advindo a Constituição Federal de 1988, firmou-se em nossa jurisprudência a absoluta inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, como Cagliari (2000, p. 17) nos demonstra através do julgado:

“São ilícitas as provas obtidas mediante quebra do sigilo bancário sem autorização da autoridade judiciária competente. Desentranhamento dos autos” (STJ – 5ª T. – HC nº 4.927 – j. 23.9.1996 – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU de 4.11.1996, pág. 42.489).

Já Souza e Silva (2010, p. 297) nos trazem que com a chegada da Constituição de 1988 ainda perdurou por algum tempo divergência quanto à admissibilidade ou não das provas ilícitas, que se encerrou com uma decisão do Supremo Tribunal Federal, com relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, adotando postura garantista e reconhecendo que a prova produzida com afronta as garantias individuais não poderia ser aceita no processo e não poderia servir de base para convencimento do julgador.

Ao defender a inadmissibilidade das provas ilícitas, Távora e Alencar (2014, p.506) explicam:

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

Ao abordar sobre a inadmissibilidade da prova ilícita, Nucci (2010, p. 323) se posiciona que:

A idoneidade dos elementos fornecidos ao magistrado para a demonstração da autenticidade ou inverossimilhança das alegações produzidas pelas partes deve ser mantida, acima de qualquer outro interesse. O julgamento *justo* se perfaz na exata medida em que o juiz se vale de provas sérias e escorreitas, sem vícios, mormente os de natureza criminosa. **Cultuar o ilícito para apurar e punir o ilícito é um fomento ao contrassenso, logo, inadmissível no Estado Democrático de Direito.** (grifo do subscritor)

As teses que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas citam que o estado para punir criminosos e combater a prática de delitos deve se basear na prática de atos eivados de legalidade, diante da presunção de legalidade que possui o estado, além do que toda vez que uma prova é obtida ilicitamente, o ato ilícito praticado para sua obtenção constituirá uma ofensa a algum direito fundamental protegido pela Constituição, conseqüentemente essa prova será inconstitucional.

Para Vilas Boas (2001, p. 84) o direito de liberdade do cidadão está acima do direito de punir do estado, e com base nisso é inadmissível a utilização de prova obtida por meio ilícito no processo penal, porque a força policial (estado) possui muito mais capacidade na produção de prova quando age com abuso de poder do que a outra parte, o cidadão, que não possui essa força para conseguir influenciar nas provas, havendo um desequilíbrio, indo de contramão com o princípio do contraditório.

Não posso deixar de citar entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, relatoria do Ministro Celso de Mello, que versa sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas:

E M E N T A: PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR -

GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domini"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - **A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". [...]** (RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147) (grifo do subscritor)

Assim, ao rigor da inadmissão, são proibidas as buscas e apreensões em desacordo com a lei, as correspondências interceptadas, as gravações clandestinas, as captações de fotos ou vídeos de pessoa em sua intimidade sem a devida

autorização, os depoimentos obtidos com violência (por exemplo, tortura) ou coação (por exemplo, ameaça); pois todas as previsões acima são garantias constitucionais do cidadão.

Sobre o tema, Gomes Filho (1999, p. 253) afirma que para impor pena é inconcebível que o estado utilize-se de métodos que contrariem os valores tutelados pela norma material, pois comprometeria a própria legitimidade do sistema punitivo, e conclui dizendo:

É com esse sentido e finalidade que os diversos ordenamentos – em maior ou menor medida – preveem a exclusão de provas cuja prática possa representar atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade, ou à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado etc. São casos em que razões externas ao processo justificam o sacrifício do ideal de obtenção da verdade.

Ao defender a inadmissibilidade das provas ilícitas nos leciona Nucci (2010, p. 324) “O Estado, como ente perfeito que é, deve perfiar os mais dignos caminhos, de modo que jamais poderá compactuar com a produção de provas ilícitas.”.

O fundamento precípua para inadmitir a prova ilícita é de que “os fins não justificam os meios”, não sendo cabível o cometimento de uma infração para averiguação de outra. Portanto, ao inadmitir a prova ilícita protegem-se os cidadãos contra possíveis arbitrariedades por parte do Estado, e garante a efetividade do Estado Democrático de Direito ao instituir limites para que os objetivos da Constituição sejam alcançados.

Portanto, vimos diversos doutrinadores se posicionando contra a utilização de provas ilícitas, principalmente por parte do Estado, para a punição de um infrator, porém existem posicionamentos que defendem em determinadas situações a utilização destas provas, é o que veremos a seguir.

4.2 Pela admissibilidade das provas ilícitas

Pelo lado da admissibilidade das provas ilícitas, temos a teoria que defende a admissibilidade irrestrita da prova ilícita, ignorando por completo a previsão constitucional da inadmissibilidade, com base no princípio da liberdade probatória e da verdade real, dizendo que mesmo que ilícita, a prova traz a verdade dos fatos e por isso deve ser utilizada pelo juiz. Porém, essa teoria não encontra guarida na jurisprudência ou doutrina, e a meu ver não merece prosperar por ser totalmente

contrária ao estado democrático de direito e extremamente radical, generalizando a admissão da prova ilícita para todos os casos, provocando injustiça.

Descartada a admissibilidade irrestrita da prova ilícita - pelos próprios argumentos defendidos no item anterior - nós temos três hipóteses que podemos cogitar a admissibilidade, sendo elas **em legítima defesa, pro reo** ou **pro societate**, ou seja, a favor do réu ou a favor da sociedade dependendo da análise do caso concreto.

A admissibilidade da prova ilícita em legítima defesa é facilmente explicada com um exemplo, vejamos: Um filho, para comprovar a prática da lesão corporal ou maus tratos que sofre, realiza uma gravação clandestina, sem conhecimento do seu pai, este que o agride constantemente no interior da residência onde convivem. Neste exemplo acima, o pai agressor não pode alegar que houve violação à sua intimidade ou imagem, porque sua conduta inicialmente violou a integridade física do seu filho que utilizou a filmagem em legítima defesa, sendo que tal prova deve ser admitida em juízo, mesmo que aparentemente ilícita.

É o que nos mostra o Supremo Tribunal Federal em julgamento de Habeas Corpus, quando afasta a ilicitude da prova produzida pela vítima, em legítima defesa, contra terceiro sem conhecimento deste:

[...] Estando, portanto, afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também **consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição** (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) **com fundamento em que houve violação da intimidade** (art. 5º, X, da Carta Magna). Correto, pois, o parecer da Procuradoria-Geral da República, ao acentuar: ‘Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. **No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela.** Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significaria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.’
(STF - HC: 74678 SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 10/06/1997, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232) (grifo do subscritor)

Passamos então, à abordagem da admissibilidade das provas ilícitas pro reo que se baseia precipuamente no princípio da proporcionalidade - princípio este que

aprofundamos o estudo no item 3.11 deste trabalho - que visa uma avaliação de bens e princípios preponderando o de maior valor.

Vejamos então, em uma determinada situação onde o cidadão “A” está respondendo a um processo penal acusado do cometimento de um delito, e para se provar a sua inocência temos apenas uma prova ilícita, estará ele fadado à condenação e nada poderá fazer?

O doutrinador Greco Filho (2012, p. 285) ao abordar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas prevista na Constituição Federal, defende a possibilidade da admissão, dizendo “Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.”.

Conforme Capez (2013, p. 378) não é razoável a postura totalmente inflexível quanto às provas ilícitas, porque em alguns casos deve se comparar os princípios em conflitos para se avaliar qual deve prevalecer. E conclui Capez (2013, p. 378) “Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.”.

Estamos falando novamente do princípio da proporcionalidade, que faz uma harmonização entre princípios, sobre isso, sabiamente nos ensina Capez (2013, p. 378):

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. [...] Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.

Nas palavras de Távora e Alencar (2014, p. 516) ao defender a admissibilidade da prova ilícita pro reo “se de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e do outro o *status libertati* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer [...]”.

Sobre o tema, nos ensina Nucci (2010, p. 324):

A produção de prova ilícita tem por resultado, como regra, a sua eliminação do processo. Porém, caso se trate de prova indispensável para

garantir a absolvição do acusado, demonstrando seu estado natural de inocência, jamais se pode desprezá-la. Lembremos que o Estado possui um propósito ao vedar a produção de provas ilícitas, que é manter a ética e a lisura dos atos processuais, mas, acima disso, encontra-se a realização de justiça e a total inviabilidade de cometimento de um erro judiciário. **Inexiste fundamento lógico para garantir a ética, em nome da falsa condenação de um inocente**; transborda-se da lisura dos meios para a ruptura ética do resultado. (negrito do subscritor)

Ainda sobre o tema, explica Capez (2013, p. 380):

Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Defendendo a utilização da prova ilícita a favor do réu Capez (2013, p.380) conclui muito bem ao dizer que “[...] o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.”.

Ao analisar uma situação onde um cidadão que responde criminalmente por um delito e encontra sua absolvição em uma prova ilícita, indaga Vilas Boas (2001, p. 86) sobre a admissão de tal prova “E como não admiti-la? Será que fecharemos os olhos à evidência dos fatos? Será que o ser humano deve ser condenado só porque não se pode juntar uma prova decisiva nos autos, obtida por meios ilícitos?”. E ainda conclui defendendo a admissão da prova ilícita pro reo, Vilas Boas (2001, p. 87):

Não podemos fechar os olhos para com a realidade gritante, quando vemos à nossa frente uma verdade indiscutível, obtida sim por um meio inidôneo e ilícito, e, logo em seguida, calar-nos diante dela, não a aceitando, por razões jurídicas.

O entendimento é o mesmo quando falamos das provas ilícitas por derivação, por exemplo, em uma situação onde o cidadão/réu furta uma correspondência e nela obtém os dados de duas testemunhas que arroladas o inocentam, as provas testemunhais são ilícitas por derivação, porém são aceitas por grande parte dos doutrinadores com base no princípio do *favor libertatis*. (VILAS BOAS, 2001, p. 87)

Ressaltam, porém, Távora e Alencar (2014, p. 516) que a admissibilidade da prova ilícita a favor do réu para evitar uma condenação injusta deve observar o meio utilizado para a obtenção dessa prova e o prejuízo provocado por este meio, em caso que havendo uma desproporção entre eles, a prova não deve ser aceita.

Tal posicionamento é o correto, pois, havendo um prejuízo grave, como lesão corporal, morte, ou outro a ser avaliado no caso concreto, não deve prosperar a

admissão da prova ilícita, porque seria uma forma de incentivo do estado para prática de crimes graves como forma de se provar a inocência, sendo totalmente desproporcional, deixando de lado o Estado Democrático de Direito e retornando ao estado de natureza de Thomas Hobbes. Como nos ensinam Souza e Silva (2010, p. 310):

Portanto, não há espaço para concessões em relação a qualquer prova que tenha sido obtida através do uso da violência, “de tormentos”, ou de qualquer forma que importe em afrontar física ou psicologicamente o suspeito ou investigado, pois tais práticas consistem em tortura e são inadmissíveis por não se coadunarem com uma sociedade detentora de uma Constituição que garante, já em seu artigo de abertura, a dignidade da pessoa humana e prevê, como objetivos fundamentais do Estado, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A respeito dos requisitos para a admissão da prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade - retomando o já abordado no item 3.11 deste trabalho - Luiz Carlos Branco (p. 136, apud CAPEZ, 2013, p. 379) nos ensina como é no direito alemão, local onde surgiu este princípio:

No direito alemão, o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: 1) adequação, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a sua finalidade; 2) exigibilidade, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; 3) proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens. (Equidade, proporcionalidade e razoabilidade, São Paulo, RCS Editora, p. 136).

Por último, temos a admissibilidade das provas ilícitas pro societate, que também se ampara no princípio da proporcionalidade para em determinadas situações se admitir a prova ilícita em defesa dos direitos à segurança, à proteção da vida, à propriedade, etc.

Nas palavras de Vilas Boas (2001, p. 87) acerca dessa corrente:

Há uma considerável corrente que raciocina no sentido de que o interesse público relevante não pode ficar adstrito a um princípio que resguarde o caráter puramente individual da prova. **Nessa linha de pensamento é justificável a aceitação da prova ilícita desde que se encontre em jogo a paz e a segurança da sociedade.** Para ela, a prova obtida por um meio ilícito é de uma flagrante relatividade, não necessitando ser seguida à risca quando afronte os interesses maiores do povo. Suponhamos que haja uma quadrilha poderosa assaltando lojas e residências de bairros inteiros, cidades e cidades, atentando contra a calma, segurança e tranquilidade de toda a população. Nas investigações policiais, soube-se que o chefe do bando enviou uma correspondência a um dos comparsas, postando-a no correio daquela cidade. **Seria justo perder essa oportunidade para desbaratar a quadrilha? Se isso ocorresse, quem ganharia?** Está, pois, em choque, a aplicação do princípio e o interesse do cidadão. Há o confronto direto de dois princípios constitucionais: 1º) o que torna inviolável o sigilo da correspondência (art. 5º, XII); 2º) o que garante a segurança e a propriedade (art. 5º, caput). Com qual dos princípios

ficaremos? Essa é a chamada *teoria da proporcionalidade*, dos alemães, tendo seu ponto crucial na aceitação da prova ilícita quando haja necessidade de se instalar o equilíbrio entre vários ideais em conflito. Daí, qual a porção mais adequada a abraçar?... (negrito do subscritor)

Vilas Boas é muito sábio ao fazer tais indagações, porque delas extraímos o porquê de se admitir uma prova ilícita a favor da sociedade. Vamos às respostas. “Seria justo perder essa oportunidade para desbaratar a quadrilha? Se isso ocorresse, quem ganharia?”. Não é justo deixarmos passar uma oportunidade de prendermos delinquentes que violam a lei constantemente e afrontam a paz, propriedade, segurança e até mesmo a vida, de cidadãos que seguem uma vida pautada na legalidade. Se ignorássemos esta prova ilícita em questão, colocando o sigilo da correspondência acima de tudo, quem ganharia seria o delinquente, a pessoa contrária à lei, e pela lógica a lei deve favorecer quem a cumpre, e não o contrário.

Nós temos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 a finalidade do Estado Democrático de Direito que seria:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma sociedade [...] (negrito do subscritor)

Na evolução da sociedade nós começamos no Estado de Natureza de Thomas Hobbes e passamos por todo um processo até chegarmos ao atual Estado Democrático de Direito, onde a sociedade transferiu para o Estado o poder, a autoridade para que ele nos garanta a convivência harmônica nos fornecendo segurança, propriedade, saúde, educação, dentre outros direitos, alguns desses direitos estão acima negritados. Portanto, ao responder as perguntas do professor Vilas Boas, nós percebemos que à luz do Estado Democrático de Direito, a prova ilícita na situação acima narrada deve ser admitida, porque asseguraríamos a manutenção da segurança da sociedade, o bem-estar de todos, dentre outros direitos, em detrimento do sigilo de correspondência do delinquente, o que, obviamente, seria o mais justo. E termino com uma indagação retórica, alguém gostaria de viver em um Estado Democrático de Direito que deixa uma quadrilha nas ruas para cometer crimes simplesmente para proteger o sigilo de correspondência?

Já Capez (2013, p.380) diz que a tendência atual da jurisprudência é de não admitir as provas ilícitas pro societate com o seguinte entendimento:

De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.

Neste sentido, segue decisão do Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Habeas Corpus:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAIS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA. 1.Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. 2. **Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada**, trancando-se a ação penal assim instaurada. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES (STJ - HC: 100879 RJ 2008/0042875-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2008) (negrito do subscritor)

No mesmo sentido, em sua obra, Nucci (2010, p. 326) diz ser contrário à admissão das provas ilícitas pro societate ao dizer que na Constituição Federal “Não existem várias normas clamando pela punição de criminosos, a qualquer custo, em nome da segurança pública.”. E continua Nucci (2010, p. 327) sustentando que “Os agentes do Estado não podem delinquir para obter provas, ainda que voltadas à apuração de crime grave. Se o fizerem, devem ser punidos como qualquer outro delinquente. E o resultado obtido precisa ser ignorado pelo Estado-Juiz.”.

Távora e Alencar (2014, p. 516) também possuem posicionamento igual ao de Nucci ao não aceitar o uso de provas ilícitas a favor da sociedade defendendo que o Estado não pode agir fora da lei na busca do combate ao crime e afirmam:

A proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantia de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o “bode expiatório” das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos.

Entendo diferente, em se tratando de crime grave, a prova ilícita não pode ser ignorada. Devemos sempre analisar o caso concreto. Vejamos a atual situação

política de nosso país, digamos que a operação Lava Jato através das inúmeras delações premiadas obtenha uma gravação ilícita ou demais documentos furtados de algum local – ou seja, obtidos por meios ilícitos -, provas estas fornecidas e produzidas por um dos delatores, onde nelas se conclua explicitamente que o nosso atual Presidente da República praticou diversos crimes e seria um verdadeiro líder de toda uma organização criminosa que assola nosso país em corrupção e, conseqüentemente, em uma crise econômica prejudicando milhões de brasileiros quanto à segurança, saúde, educação e etc. É justo inocentarmos um cidadão que pela prática dos seus crimes causou inúmeras mortes, fome, pobreza, desigualdade, alegando que a prova é ilícita porque violou sua intimidade ou seu sigilo de correspondência? Continuaremos sendo governados por um presidente criminoso, sem puni-lo? A população, de onde emana todo o poder, iria aceitar? O que seria maior desrespeito à segurança de todos a impunidade ou a punição?

Claro que o exemplo usado acima é de extrema gravidade, mas fora usado para justamente sustentar o argumento de que não podemos inadmitir irrestritamente a prova ilícita a favor da sociedade, pois em determinados casos, se refletirmos, seria possível e justa sua admissão.

PACHECO (2006, p. 553 apud TÁVORA e ALENCAR, 2014, p. 517) sustenta a admissão da prova ilícita indo de encontro com nosso posicionamento acima e diz:

Em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita **pro societate**, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário.

Exemplo interessante sobre o tema das provas ilícitas pro societate trazido por Pacelli de Oliveira (2009, p. 330) apud Araújo (2014):

O autor exemplifica com o julgamento do RE nº 251.445/GO (DJU 2.8.200), de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, que tratava do caso de uma habitual prática de crimes contra crianças e adolescentes. Ocorre que um terceiro invadiu o local de trabalho do acusado e subtraiu diversas fotografias que exibiam crianças nuas e/ou mantendo relações sexuais. De posse do material incriminador o terceiro exigiu dinheiro do acusado para devolver as fotos; ante a recusa do suspeito, o terceiro entregou as fotos à Polícia. A Suprema Corte confirmou a absolvição realizada em segunda instância, com base na inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, com violação ao domicílio do réu. Pacelli critica que a violação covarde dos direitos fundamentais (à segurança, à proteção da incapacidade, à intimidade e outros tantos) de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se proteger o domicílio do acusado. O jurista aduz que a Suprema Corte desperdiçou

uma grande oportunidade de aplicar o critério da proporcionalidade, sobretudo porque se encontrava diante de uma situação em que as lesões (presentes e futuras) causadas pela infração criminal eram (e serão) imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio.

Por isso, devemos sempre analisar o caso concreto. Assim como toda matéria de direito nós temos os princípios que norteiam todo um conteúdo, não seria diferente em processo penal, onde devemos analisar todos os princípios, e principalmente, à luz da proporcionalidade, sabermos interpretá-los e não ignorá-los para sermos justos em nossas escolhas. Diferentemente do pensamento radical, garantista, que nesse tema interpreta uma ou outra situação irrestritamente, sem deixar brechas para análises mais sensatas e justas.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho possibilitou o estudo da prova no processo penal, passando pelo seu conceito, objetivo, e demais características que estão previstas na teoria geral da prova, após estudamos os princípios que envolvem o tema, com maior ênfase no princípio da proporcionalidade, que embasa teoria para admissão da prova ilícita em determinadas situações, foco específico deste trabalho.

A importância deste tema, é a de que, imaginemos, em uma situação hipotética, você, plenamente inocente, se encontre como réu acusado do cometimento de um crime de homicídio, e descobre o verdadeiro autor do crime, que produziu falsas provas para incriminá-lo, e guardou toda a trama e provas que te inocentariam dentro de sua residência. Você, para se salvar de uma condenação injusta, invade a residência do verdadeiro autor do homicídio, e toma posse das provas de sua inocência. As provas obtidas com violação de domicílio são provas materialmente ilícitas, e não poderiam ser admitidas no processo, porém, conforme vimos neste trabalho, com base em princípios, como o da proporcionalidade, podemos analisar o caso concreto e em determinada situação, como esta narrada, admitir uma prova ilícita no processo penal.

Condenar um inocente? Deixar a solta um criminoso contumaz? São estas e outras indagações que envolvem este tema e trazem a importância de seu estudo.

Durante a pesquisa, identificamos três posições que admitem o uso da prova ilícita, sendo elas: em legítima defesa, pro reo – a favor do réu - e pro societate – a favor da sociedade -. E identificamos doutrinadores que defendem cada uma, mas que também as nega em determinadas situações, como por exemplo, em provas obtidas com violência, que não devem ser aceitas, pois instigariam a premissa do “fins justificam os meios”. Portanto, concluímos que, em determinados casos, a prova ilícita pode ser aceita no processo penal, utilizando o princípio da proporcionalidade para avaliar qual o bem de maior valor em jogo, para enfim, tomar a decisão de se admitir ou inadmitir uma prova obtida ilicitamente.

Portanto, entendemos assim como o doutrinador Greco Filho (2012, p. 285) ao abordar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas “Entendo, porém, que a

regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais.”.

Assim, posições extremas quanto à admissão ou inadmissão de uma prova ilícita devem ser evitadas, utilizando-se do direito como um todo para decidir o mais correto a ser feito em um Estado Democrático de Direito, para que a justiça seja garantida.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Adriano Claudino. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Revista Jus Navigandi: 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31390/provas-ilicitas-e-proporcionalidade>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Justitia: 2000. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. Disponível em: < <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988. MORAES, Alexandre de (coord.). **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, p. 249-266, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Rodrigo. **Prova emprestada no processo penal: limites e admissibilidade segundo STF e STJ**. Jusbrasil: 2012. Disponível em: < <https://rodrigoleite2.jusbrasil.com.br/artigos/121938519/prova-emprestada-no-processo-penal-limites-e-admissibilidade-segundo-stf-e-stj>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Eliana Descovi. **Princípios norteadores do Direito Processual Penal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3913>. Acesso em: 16 abr. 2017.

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

SILVA, Willian. **Manual de direito processual penal**. São Paulo: Scortecci, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Processo Penal II: Provas – Questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, 3º Volume**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Processo Penal Completo: Doutrina, Formulários, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2001.