

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO – ASCES

BACHARELADO EM DIREITO

MARIA DE FÁTIMA SILVA SANTOS

**A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE NAS PROVAS
ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

CARUARU

2016

MARIA DE FÁTIMA SILVA SANTOS

**A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE NAS PROVAS
ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO**

Monografia apresentada pela acadêmica
Maria de Fátima Silva Santos como exigência
do curso de graduação em Direito da
Faculdade ASCES sob a orientação do professor
Esp. Marupiraja Ramos Ribas.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ____/____/____.

Presidente: Professor Esp. Marupiraja Ramos Ribas

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

CONCEITO FINAL: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus por ser meu guia, minha fortaleza, responsável pelos caminhos que sigo. Ao meu pai Geneci José dos Santos pelo apoio de sempre, à minha mãe Irani Maria Silva por toda dedicação e cuidado, ao meu irmão Antonio José dos Santos Neto pelo incentivo, a minha avó Noemia Maria da Silva por suas infinitas orações e atenção, e aos demais familiares por todo carinho e confiança.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me ajudado em toda minha vida e não somente por esses anos de faculdade, como também por sempre me proporcionar o devido discernimento e força para vencer as dificuldades.

Ao meu orientador, Professor Marupiraja Ramos Ribas, pela dedicação e principalmente pela competência em cada orientação, pois, a realização desse trabalho não seria possível sem o seu auxílio. Aos meus familiares pela confiança, torcida e apoio para que seguisse sem desistir.

Aos professores por contribuir na minha caminhada até o presente momento, pela oferta de conhecimentos e valores ao passar de cada período, e por sempre estarem dispostos a esclarecer dúvidas, por serem acessíveis e prestativos.

Aos meus amigos, por me ouvirem passar horas explicando e discutindo o tema. Por entenderem minha ausência e me apoiarem durante a caminhada.

E todos aqueles que direta ou indiretamente auxiliaram com ideias e carinho, para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia estuda a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nas provas ilícitas por derivação. Analisa a admissibilidade das provas ilícitas ou não, e os aspectos relevantes quanto a sua utilização na doutrina e no caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade e dos princípios constitucionais, sob a perspectiva da Lei 11.690/08. O conflito de direitos é à base de toda a discussão, devendo ser solucionado. Visto que, na prática sempre haverá um direito que num dado momento irá sobrepor aos demais. Quanto à ilicitude, esse trabalho irá demonstrar a importância da relativização desta limitação. A pesquisa é distribuída em três momentos: primeiramente um breve estudo sobre as provas no processo penal. Na segunda parte, tem-se um estudo sobre as provas ilícitas, apresentando teorias permissivas, teoria inadmissível e também teoria do princípio da proporcionalidade de forma breve. Por fim, uma exposição sobre as provas ilícitas por derivação e a aplicabilidade do princípio da ponderação, como também procedimento de apuração de ilicitude da prova, princípios que favorecem as provas ilícitas e as provas ilicitamente produzidas nas teorias decorrentes. Tem por objetivo principal restringir o campo de admissão das provas ilícitas, para que sejam utilizadas nas seguintes hipóteses: com base na ponderação de direitos, no princípio do favor rei e para beneficiar à acusação. Finaliza o estudo, demonstrando quais teorias haverá utilização da prova e que sempre que possível baseada na proporcionalidade.

Palavras chave: PROCESSO PENAL, PROVAS ILÍCITAS, DERIVAÇÃO, ADMISSIBILIDADE, PROPORCIONALIDADE.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	BREVE ESTUDO DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....	10
2.1	Conceito, Natureza Jurídica e Objetivos da Prova.....	10
2.2	Espécies de Provas.....	14
2.2.1	Exames Periciais.....	14
2.2.2.1	Número de Peritos.....	15
2.2.2.2	Assistente Técnico.....	15
2.2.2.3	Realização das Perícias.....	16
2.2.3	Exame de Corpo de Delito.....	16
2.2.3.1	Outras Espécies de Perícias.....	17
2.2.3.2	Interrogatório do Acusado.....	17
2.2.4	Confissão.....	18
2.2.4.1	Requisitos.....	19
2.2.4.2	Quanto ao ofendido.....	20
2.2.5	Testemunhas.....	21
2.2.5.1	Regras Procedimentais Gerais.....	23
2.2.5.2	Lei nº 9.807/99 – Proteção à Testemunha.....	23
2.2.6	Reconhecimento de Pessoas ou Coisas.....	24
2.2.7	Acareação.....	25
2.2.7.1	Natureza Jurídica.....	25
2.2.7.2	Procedimentos e Demais Informações.....	25
2.2.8	Documentos.....	25
2.2.9	Indícios.....	27
2.2.10	Busca e Apreensão.....	27
2.3	Sistemas de Apuração e Valoração das Provas.....	28
3	DA PROVA ILÍCITA.....	30
3.1	Provas Ilícitas.....	30
3.1.1	Teoria da Inadmissibilidade ou Teoria dos Frutos da Árvore	

Envenenada (fruits of the poisonous tree).....	31
3.1.1.1 Teoria da Fonte Independente.....	31
3.2 Teoria da Proporcionalidade e as Teorias Permissivas e Inadmissíveis.	32
3.2.1 Teoria da Proporcionalidade.....	32
3.2.2 Da Admissibilidade da Prova Ilícita.....	33
3.2.3 Admissibilidade da Prova Ilícita da Pro Reo.....	33
3.2.4 Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Societate.....	34
3.3 Distinção entre Prova Ilegítima e Prova Ilícita.....	35
4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE NAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	38
4.1 Provas Ilícitas por Derivação.....	38
4.2 Procedimento para apurar a Ilícitude da Prova.....	40
4.3 Princípios que Favorecem as Provas Ilícitas.....	41
4.3.1 Ampla Defesa e Contraditório.....	41
4.4 Incidência da Teoria da Proporcionalidade na Prova Ilícita por Derivação	41
4.5 Legitimação da Prova Ilícita por Derivação a Partir das Provas Incidentes.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa visa notadamente fazer uma discussão entre a aplicação da teoria da proporcionalidade em relação as provas ilícitas por derivação.

Esse estudo abordará o tema prova no processo penal, mas destacará um estudo sobre as provas ilícitas por derivação, as quais normalmente se referem as provas obtidas de forma ilícita, todavia angariadas a partir de informação extraída de uma prova captada ilicitamente, que poderá apresentar três correntes doutrinárias quanto a sua problemática de aplicação processual, quais sejam: a inadmissibilidade ou teoria objetiva, a admissibilidade ou teoria permissiva e a intermediária ou denominada de teoria da proporcionalidade, que será o foco da nossa discussão.

Não serão desprezadas as teorias decorrentes do princípio do favor rei, que seria em favor do réu e a que defende a sua aplicação em favor da sociedade.

Sabe-se que para um julgamento justo e adequado da lide penal, se faz necessário reunir, sob o manto do contraditório judicial, todos os elementos de provas, que sejam suficientes para a formação livre, porém motivada do julgador.

Nesta tarefa, a própria carta magna e a nossa legislação processual civil, estabeleceu que as denominadas provas arrecadas de forma ilícita, não poderiam influenciar no julgamento e solução das lides penais, ou seja, elas seriam desentranhadas do processo.

Nota-se uma relevante valoração do tema prova proibida, enquanto limite ou obstáculo para sua livre apreciação pelo magistrado que preside e tem a árdua função de julgar o litigio criminal.

Não distante da realidade projetada nas relações processuais penais pela prova ilícita, temos também enorme destaque para a prova ilícita por derivação, pois essa irá reunir idêntica notoriedade acerca da sua efetivação, ou seja, da sua correta utilização nos procedimentos penais.

Por outro lado, a existência da teoria da proporcionalidade e sua íntima relação com o a aplicação, ou seja, aceitação da prova ilícita por derivação, transmuda a discussão de mais polêmica, por haver posições contraditórias na doutrina e jurisprudências brasileira.

No desenvolvimento deste trabalho, será destacada no primeiro capítulo uma atenção especial para um breve, mas necessário estudo sobre a prova e sua utilização no processo penal.

Será imprescindível estudarmos o conceito, a natureza e os objetivos das provas no processo penal, também trazendo uma visão acerca das suas espécies e do sistema de apuração e valoração da mesma no nosso processo penal.

No segundo capítulo, será trazida a baile a polêmica sobre a própria prova ilícita, fazendo a apresentação das teorias permissivas, inadmissíveis e também da teoria da proporcionalidade, onde faremos a ilação construtiva destas com a prova ilícita por derivação, sem deixar é claro de definir e comentar os conceitos de prova ilícita e de prova ilegítima.

Finalmente no terceiro e último capítulo, a discussão será em torno da aplicabilidade da teoria da proporcionalidade nas provas ilícitas por derivação, justamente com o intuito de justificar a sua aceitação ou não para a realidade processual penal.

2 BREVE ESTUDO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito, Natureza Jurídica, Valoração e Apuração da Prova.

O termo prova, deriva dos significados de inspeção, verificação, confirmação e afins. Encontra-se relacionado com a “arte de provar”, para que alguém demonstre ou faça alguma coisa, sendo esta uma conceituação de prova em sentido amplo. Todavia, para o mundo jurídico a prova está intimamente ligada para a demonstração da verdade ou autenticidade de algo.

Assim, podemos observar que a prova vincula-se à veracidade e certeza daquilo que se alega, estando de acordo com a realidade e convicção social. Dessa forma, é importante frisar o seguinte, ter certeza de alguma coisa e crer que ela é verdadeira será sempre algo subjetivo, pois nem sempre a “certeza” será compatível com a realidade.

Em suma, a prova conta com o dever de convencer o magistrado, utilizando-se dos modos mais variados de recurso proporcional ao caso, para que assim fique evidente a veracidade do que as partes litigam. Portanto, a prova nada mais é, que uma demonstração lógica da realidade. Desta feita, podemos seguir com o nosso estudo mais a fundo, demonstrado a seguir as peculiaridades, espécies e valores da prova no processo penal.

Conforme preleciona Nestor Távora, para que o processo seja realizado conforme o princípio do devido processo legal, ou seja, de forma ideal, se objetiva fazer uma reconstrução histórica dos fatos ocorridos e respectivas consequências. O convencimento do julgador dependerá daquilo ansiado pelas partes que litigam em juízo, por meio do qual procurarão fazê-lo por via do manancial probatório constante nos autos. (TÁVORA, 2012, p. 376).

É a fase usada para destrinchar “a verdade” daquilo que se alega na busca de uma satisfação judicial favorável. Entende-se, portanto, que prova é tudo aquilo que contribui para o convencimento do julgador, sendo demonstrados os fatos, atos, consequências ou o próprio direito discutido em litígio.

Para Guilherme Nucci, em lição irretocável, entende que existem “três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase de probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato”. (NUCCI, 2007, p. 351.)

Assim, é buscado o melhor resultado e a verdade viável dentro daquilo realizado nos autos. Dessa forma, fica clara a importância do processo ser produzido com qualidade, pois só haverá condenação diante de culpabilidade, sendo embasada por meio de um escorço probatório sólido.

Os principais elementos da prova são todos os fatos e consequências que, incentivarão na convicção do juiz (ex.: depoimento de testemunha, resultado de perícia).

Temos como meio de prova, todo instrumento ou atividade pelo qual os elementos da prova são introduzidos no processo (ex.: testemunha, documento). É fonte de prova, todas pessoas ou coisas de onde se possa extrair informações (ex.: denúncia).

Segundo Tourinho Filho, o objeto da prova são os fatos principais, ou secundários que reclamem uma apreciação judicial e que exija comprovação. Já para Távora, o foco são os fatos relevantes, pois nesse caso é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor.

Já em relação a natureza jurídica temos por observar que a prova está intimamente ligada à veracidade dos fatos, sendo verdadeiro o direito subjetivo que estiver em concordância constitucional para que assim, seja demonstrada a realidade dos fatos. As normas aplicáveis às provas são de caráter processual, possuindo aplicação imediata. (TÁVORA, 2012, p. 377).

Dessa forma é evidente que a prova no processo decorre da suma importância para o convencimento do magistrado. Sendo que, a prova só assume um papel importante dentro do processo.

Portanto, o convencimento do magistrado será alcançado através do que lhe for produzido, isto é, a solução da lide embasada na veracidade dos fatos e de acordo com o produzido nos autos, será responsável pelo convencimento do juiz.

É possível verificar que alguns fatos independem de prova, são os fatos axiomáticos ou intuitivos: são os fatos evidentes (ex.: Em um acidente aéreo, é encontrado o corpo de uma das vítimas carbonizado, desta feita é desnecessário que se prove a causa da morte). Também é necessário saber o que é pertinente ser provado. Por isso, fatos notórios como o próprio direito não precisam ser provados de acordo com o art. 334, inc. I do CPC.

Nesse sentido ainda podemos acrescentar as presunções absolutas, que ocorrem quando a lei determinar a veracidade de um fato, no qual não admitirá determinação em contrário (ex.: art. 27, CP). Como também, fatos incontroversos que são os fatos que, ao serem alegados por uma parte, não poderão ser contestados pela outra.

Existindo ainda os fatos inúteis ou irrelevantes que nada contribuem para a apuração da verdade, e as máximas de experiência que são os conhecimentos adquiridos pelo magistrado ao longo sua carreira profissional. Sendo esses conhecimentos construídos com base nos casos concretos já vivenciados. (JURISITE, 2009, acesso em: 01.09.2015).

Por fim, é importante registrarmos quais são os objetivos da prova, assim, podemos dizer que o objeto da prova são os fatos alegados pelas partes e adequados à realidade. Portanto, o objetivo e finalidade da prova é que sejam estabelecidos os fatos relevantes em relação ao caso concreto, para que assim determinem-se os fatos diante do julgador, se valendo de um juízo de valor.

Em suma, o principal objetivo da prova é que ocorra o convencimento do magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados, devendo assim provar o que for pertinente e indispensável para a descoberta da verdade, tendo por regra geral, a demonstração da “verdade real” o quanto possível.

Existe também, o ônus da prova, que é a responsabilidade que as partes possuem de provar o que for alegado em litígio. Dessa forma, conforme preleciona o art. 156 do CPP, o ônus da prova incumbe a quem fizer a alegação. E é fonte também dos poderes instrutórios do juiz, no qual o juiz pode de ofício:

- I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
- II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, Legislação).

É válido salientar também o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Pois, se a defesa permanecer inerte durante todo o processo, tendo atividade probatória desprezível, ao final do feito o magistrado estando em dúvida, deverá absolver o acusado. Sendo que, a responsabilidade probatória é conferida à acusação. Conforme visa o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, a debilidade probatória implica na absolvição. (TÁVORA, 2012, p. 394).

É importante ressaltar os diversos meios de prova, que são tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente para que demonstre o que se atesta no processo, isto é, são recursos para que seja perceptível a verdade e o convencimento do julgador. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 563).

Nessa ótica, é válido demonstrar o que consta no art. 155 CPP:

Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Sendo assim, é evidente que o convencimento do magistrado irá decorrer da apreciação das provas produzidas desde o contraditório judicial, como também todas as informações colhidas na investigação.

Dentre os meios de provas, podemos vincular em dois métodos, sendo elas as provas diretas ou indiretas.

De acordo com o entendimento de NUCCI, é prova direta aquela que se unir sem qualquer intermediário ao fato objetivado. E são indiretas, aquelas que necessitem de interposto fator, elemento ou situação para que assim, seja atingido o fato pretendido. Ele ainda contempla dizendo que, no processo penal é aceito os dois meios para o fim de condenar ou absolver. (NUCCI, 2013, p. 25).

Ainda acrescenta que, a prova indireta poderá ter mais força, desde que seja forma de atingir o convencimento do magistrado, embora que deverá ser fundamentada, visto que a prova direta é mais autêntica. Em suma, a regra é que a colheita seja de provas diretas (ex., testemunhas que viram o fato). (NUCCI, 2013, p. 25).

2.2 Espécies de Prova

2.2.1 Exames Periciais

É o exame procedido por pessoa que possua conhecimentos técnicos científicos ou domínio específico em determinada área, ou então experiência qualificada acerca de determinados fatos, condições pessoais ou circunstâncias relevantes, a fim de comprovar determinada situação. Até porque, não possuindo o magistrado especialidade em todas as áreas do saber, contar-se-á com os peritos para auxiliá-los. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 576).

Em regra, a perícia é realizada por um perito oficial, ou seja, pessoa adequada ao próprio Estado, e portador de diploma de curso superior, sendo-lhe assegurada autonomia técnica, funcional e científica. (TÁVORA, 2012 p. 402).

A perícia por ser um exame complexo, pode abranger mais de uma área de conhecimento, sendo possível a atuação de mais de um perito oficial, possuindo cada um sua respectiva especialidade e responsabilidade, conforme dita o art. 159, §7º, CPP.

Na perícia oficial, consoante à regra do §2º do art. 159 do CPP, os peritos que não forem oficiais deveram prestar compromisso, e fielmente desempenhar o encargo. Quanto aos que forem oficiais, a estes não ficará incumbida à obrigação ou necessidade de compromisso, pois, a assunção do compromisso já fora realizada quando assumido o cargo.

Já no caso de ausência de peritos oficiais, vale ressaltar:

Na ausência de perito oficial, a autoridade pode valer-se dos peritos não oficiais ou juramentados, é dizer, pessoas idôneas, portadoras de curso superior, leia-se, terceiro grau completo e preferencialmente na área específica, com habilitação técnica relacionada à natureza do exame, que serão, no caso concreto, nomeadas e compromissadas a bem e fielmente desempenharem o seu encargo. A ausência da colheita do compromisso é mera irregularidade, não tendo o condão de macular o laudo. Na atuação dos peritos leigos, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade. Estes continuam sendo em número de dois. (TÁVORA, 2012, p. 403).

Em suma, estando ausente o perito, a autoridade competente pode valer-se de peritos não oficiais ou mesmo juramentados, que respeitem os requisitos acima citados.

2.2.2.1 Número de Peritos

Anteriormente preconizava o art. 159 do CPP que a perícia deveria ser realizada por dois peritos oficiais, no qual, na falta destes, por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior e com habilitação técnica relacionada à natureza do exame pericial necessário. Todavia, com o advento da Lei n. 11.690/08, uma nova redação ao caput do mencionado artigo foi elaborada, passando a exigir apenas um perito oficial e que este seja portador de diploma de ensino superior. Porém, se tratar de uma perícia complexa em decorrência de abranger mais de uma área de conhecimento especializado, o magistrado poderá nomear mais de um perito oficial, e a parte possui a faculdade de indicar mais de um assistente técnico. (artigo 159, § 1º e 7º, do Código de Processo Penal Brasileiro).

2.2.2.2 Assistente Técnico

A figura do assistente é facultada as partes, ao Ministério Público, ao querelante, ao assistente de acusação, e, também ao acusado a sua indicação, para que elaborem quesitos e indiquem assistente técnico, sendo que este passará a atuar a partir de sua admissão pelo magistrado, devendo possuir nível superior, sendo que neste caso não é exigível imparcialidade, e, somente após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelo perito oficial, com intimação das partes. (art. 159, §2º e 3º do CPP).

A atuação do assistente ocorre na fase processual, e após a elaboração dos laudos periciais oficiais. A assistência só intervirá após a conclusão da perícia oficial. Em sequência, cabe ao magistrado deliberar pela admissibilidade ou não do assistente técnico indicado, desta feita, intimando as partes para demonstração de sua decisão, esta que é irrecurável, mas que não afasta a possibilidade de um mandado de segurança.

Portanto, ao assistente ou assistentes, quantidade que dependerá das áreas de conhecimentos especializados envolvidos, caberá toda condição de realização de seu mister, tendo acesso tanto ao laudo oficial como aos autos do processo, como também havendo requerimento das partes, ao material probatório que serviu de base para a perícia, conforme dita o art. 159 §6º, CPP.

2.2.2.3 Realização das perícias

Da realização da perícia resulta a elaboração do laudo, que será produzido no prazo de dez dias, possuindo prorrogação em caso excepcional, a requerimento dos peritos ou mediante autorização da autoridade competente. O laudo pericial realizado pode ser realizado antes ou durante o inquérito, ficando em apenso do mesmo. A perícia poderá ser autorizada por autoridade policial ou judiciária, *ex officio* ou por provocação.

Quanto aos quesitos, que são perguntas formuladas por autoridade ou pelas partes quanto à figura dos peritos, podem ser formuladas até o ato da diligência. Caso a perícia seja determinada por carta precatória, os quesitos serão transcritos na carta. Além do mais, poderão ainda as partes, solicitar a oitiva dos peritos em audiência, a fim de responder aos quesitos ou esclarecer a prova, assim, o mandado de intimação e os quesitos devem ser remetidos com antecedência aos peritos no prazo mínimo de dez dias.

Havendo divergências entres os peritos, estas devem ficar consignadas no auto do exame. Sendo que, cada perito pode elaborar seu próprio laudo, nomeando a autoridade, para que um terceiro perito analise a matéria.

Na ocorrência de irregularidades quanto ao laudo, será determinado pelo magistrado que sejam sanadas. Entretanto, se os defeitos persistirem, a autoridade poderá ordenar nova perícia de responsabilidade de outros peritos.

2.2.3 Exame de Corpo de Delito

Podemos apresentar um conceito básico e completo:

Diz João Mendes Júnior: é o conjunto de elementos sensíveis do fato criminoso (O processo criminal brasileiro, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911, v.2, p. 7). Conjunto de vestígios materiais deixados pelo criminoso, diz Tornaghi, citando Farinácio. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 577).

Seguindo essa ótica, podemos afirmar que quando uma infração deixa vestígios, é necessário um exame de corpo de delito, pois, é a comprovação pericial dos elementos da conduta delituosa.

É o que afirma o art.158 do CPP: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Portanto, aquela infração que deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, visto que somente a confissão, não supre os elementos da conduta.

2.2.3.1 Outras Espécies de Perícias

Tem por objetivo analisar os vestígios deixados pela infração. São elas: exame necroscópico, exumação, exame de lesões corporais, perícia em incêndio, perícia laboratorial, exame grafotécnico, exames nos instrumentos da infração, exame na destruição ou rompimento de obstáculo e na escalada, avaliação e exame de embriaguez ao volante.

2.2.3.2 Interrogatório do Acusado

É um dos atos processuais mais importantes, sendo visualizado dentro da prova como um meio de defesa. Porém, ao juiz cabe formular as perguntas que lhe parecerem uteis, transformando o interrogatório em um meio de prova. Todavia, pensando no bem estar do réu, foi consolidado um princípio constitucional (art. 5º, LXIII), que garante ao réu o silêncio, podendo responder apenas as questões que quiser.

No interrogatório, é permitido:

[...] indicar provas, confessar a infração, delatar outros autores, apresentar as teses defensivas que entenda pertinente, ou valer-se, se lhe for conveniente, do direito ao silêncio. (ÂMBITO JUÍRIDICO, 2008, Acesso em: 17.08.2015).

O interrogatório traz as seguintes características: é ato público, é ato personalíssimo, possui judicialidade e, finalmente, oralidade.

Residindo o acusado em comarca diversa do Juízo processante, entende a jurisprudência e grande parte da doutrina que o interrogatório seja realizado mediante carta precatória. E quando houver mais de um acusado, dita o art.191 do CPP que os interrogatórios deverão ser realizados separadamente.

A legislação dispõe que o acusado deve ser interrogado no curso do processo, pois, a ausência do interrogatório gera nulidade (art. 564, III, e, do CPP).

Existem os momentos, fixados pelo Código de Processo Penal, para realização do interrogatório, quais sejam:

No inquérito policial (art. 6º, V); no auto de prisão em flagrante (art. 304); logo após o recebimento da denúncia ou queixa e antes da defesa prévia (art. 394); no plenário do júri (art. 465), em qualquer fase do processo o Juiz poderá interrogar o acusado, ainda que já o tenha feito (arts. 185, 196 e 502

parágrafo único), e no Tribunal, em processos originais ou no curso da apelação (art. 616). (ÂMBITO JUÍRIDICO, 2008, Acesso em: 17.08.2015, as 10h00min horas).

As perguntas e respostas ficarão apenas no termo de audiência, por meio do qual todos os presentes deverão assinar.

2.2.4 Confissão

Silva ensina que provem do latim “confessio, de confiteri”, possuindo nos termos jurídicos o “sentido de declaração da verdade feita por quem a pode fazer”. (SILVA, 1996, p. 199).

Marinoni, explica que confissão é quando a parte admite como verdadeiro um fato ou um conjunto de fato desfavoráveis a sua posição processual. (MARINONI, 2009, p. 114).

Para Feitoza é aceitação formal da imputação da infração penal, feita por aquele a quem foi atribuída a prática da infração penal. (FEITOZA, 2009, p. 751).

Na ótica de Nestor é a admissão por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis. (TÁVORA, 2012, P. 431).

Dessa forma, a confissão ocorre quando o suposto infrator admite ser culpado pelo fato delituoso em apuração, ou confessa que são verdadeiros os fatos alegados na denúncia. Não bastando, a confissão não pode ser considerado tipo de prova plena, cabendo ao magistrado responsável confrontá-la em relação às demais provas.

Portanto, a confissão é um meio de prova como outro qualquer, que ajuda na averiguação da verdade dos fatos.

Segundo Capez, se estabelece as espécies de confissão como sendo, simples que é quando o confitente reconhece pura e simplesmente a prática criminosa; qualificada que é quando há confirmação do fato imputado a ele, opõe um fato impeditivo ou modificativo, procurando uma excludente de antijuridicidade, culpabilidade ou eximentes de pena.

Exemplifica no caso de quem “confessa ter emitido um cheque sem fundos, mas a vítima sabia que era para descontá-lo a posteriori”.

Veja julgado do STJ:

HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. A confissão qualificada, na qual o agente agrega à confissão teses defensivas discriminantes ou exculpantes, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65 , inciso III , alínea d , do Código Penal. [...]. (BRASIL. HC 197395 – DF - 2011/0031975-4 – 30.04.2013).

Pode ainda ser complexa, que é quando o confitente reconhece de formas simples, várias imputações; judicial que é aquela prestada no próprio processo, perante juiz competente, mediante forma prevista e não atingida por nulidade; extrajudicial que são aquelas produzidas no inquérito ou fora dos autos da ação penal, ou melhor, todas aquelas que não se incluem entre as judiciais e por fim explícita que é quando o confitente reconhece, espontânea e expressamente, for o autor da infração.

A confissão pode ocorrer de forma escrita ou falada e depois somente confirmar perante o Juiz o teor elaborado pelo mesmo, já que não se fala em forma tácita ou ficta no processo penal. (CAPEZ, 2011, p. 415).

2.2.4.1 Requisitos

Para que a confissão seja realizada de forma regular, são necessários alguns requisitos:

Intrínsecos: são requisitos inerentes ao ato, para lhe dar credibilidade e aproveitamento:
 Verossimilhança: deve ser aferido se é factível, provável que o fato tenha ocorrido da forma como confessado;
 Certeza: provocada pelo julgado;
 Clareza: é a confissão límpida, despida de ambiguidade, contradições ou elementos que possam dificultar o entendimento do ocorrido ou a real vontade do confitente;
 Persistência: é a segurança transmitida pela repetição do fato sem disparidade entre a versão dada inicialmente e as posteriores reproduções;
 Coincidência: é a compatibilidade com os demais elementos probatórios existentes nos autos.
 Formais: são questões de ordem procedimental, para dar validade ao ato:
 Pessoaalidade: a confissão tem que ser feita pelo próprio réu. Não poderá fazê-lo por intermédio de interposta pessoa ou por procurador, mesmo que este possua poderes especiais. Havendo co-réus, a confissão de uns não vincula os demais.
 Ser expressa: já vimos que no processo penal não há de se falar em confissão implícita ou tácita.
 Ser feita à autoridade competente;
 Ser livre e voluntária: não se admite coação na realização da confissão. A tortura ou a intimidação levam ao reconhecimento da ilicitude da prova;
 Higiene mental do confitente: só podem confessar as pessoas que tenham a devida capacidade de entender e querer. (TÁVORA, 2012. p. 433 e 434).

Sobre a confissão é necessário indicar algumas peculiaridades, tais como a divisibilidade que trás como conceito a característica de que o magistrado tem de se convencer pela parte que lhe foi confessada e descartar as demais. Como também, a retratabilidade que aufer, mediante o art. 200, CPP que o réu possa desdizer o que afirmou como verdade anteriormente.

2.2.4.2 Quanto ao ofendido

Vejamos algumas noções sobre as perguntas quanto à pessoa do ofendido (titular do direito lesado).

Nessa ótica, adverte Nucci que o Estado:

É considerado o sujeito passivo constante ou formal, sempre presente em todos os delitos, pois detém o direito de punir, com exclusividade. Entretanto, leva-se em conta, para os fins processuais, o sujeito passivo eventual ou material, isto é, a pessoa diretamente lesada. (NUCCI, 2007, p.407).

Quanto à pessoa do ofendido, não será designado, chamado ou tratado como testemunha, assim, a pessoa diretamente lesada prestará suas declarações sempre que possível, pelo qual será interrogado e qualificado diante das circunstâncias da infração de quem presume ser infrator. Por assim dizer, este não será compromissado a dizer a verdade, não incidindo em falso testemunho, conforme o art. 342, CPP, cabendo apenas à obrigação de comparecer sempre que devidamente intimado para o ato.

Sempre que as partes tomem a iniciativa ou determine de ofício a autoridade, o ofendido será ouvido. Caso não seja realizado o ato, implicará em nulidade meramente relativa procurando, portanto, a parte prejudicada demonstrar a ocorrência quanto ao prejuízo.

O valor probatório quanto às declarações do ofendido é meio de prova, certas vezes fundamental, como em crimes de pouca visibilidade (ex.: crimes sexuais).

Por fim, podemos acrescentar algumas informações essenciais como: as comunicações ao ofendido serão feitas no endereço indicado por ele; o lugar da audiência durante sua realização e o tempo em que a antecede será diverso com o do agressor, para que seja evitado o contato entre ofendido e agressor; cabe ajudar de forma psicossocial, assistência social, apoio jurídico, assistência de acusação, amparo médico conforme a necessidade do ofendido; cabe ao Estado prover o atendimento da vítima; enseja também que se retire o réu da sala, para que o

ofendido preste suas declarações livre de desconfortos e, por fim, cabe ao magistrado garantir a intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo em alguns casos determinar segredo de justiça. (TÁVORA, 2012, p. 440, 441 e 442).

2.2.5 Testemunhas

É meio de prova, sendo testemunha a pessoa desinteressada do discutido em litígio, apenas com função de declarar aquilo que sabe sobre os fatos, em face do que já foi colhido sensorialmente.

Podemos apresentar como suas principais características: judicialidade (em regra a testemunha presta depoimento ao juiz, sendo os demais depoimentos realizados durante a fase processual); oralidade (palavra falada; aqui não é necessário exigir que a testemunha decorra detalhadamente, ocorrendo à exceção da fala quanto à pessoa dos surdos-mudos); objetividade (aqui serão apresentados pela testemunha os fatos que apreciou, não cabendo emitir sua opinião); individualidade (as testemunhas deverão ser ouvidas separadamente para que cada uma delas não tenha acesso ao depoimento das mesmas); restrospectividade (a testemunha narrará os fatos que por eles tem conhecimento, fatos estes que já ocorreram).

Quanto à recusa de ser testemunha, podemos citar o art. 206, CPP que rege que em determinadas circunstâncias poderá recusar-se a depor, ou até mesmo poderá ser impedida de figurar como testemunha (art. 207, CPP).

Vejamos outras vedações:

Os advogados estão impossibilitados de figurar como testemunha, e mesmo quando autorizados pelo interessado, poderão recusar-se;
Os Deputados e Senadores não estão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas no exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações;
Os magistrados e promotores estão impedidos de atuar na persecução penal e figurar como testemunha concomitantemente;
Co-réu também não pode ser testemunha em relação ao seu comparsa, afinal, não presta compromisso de dizer a verdade, podendo até mesmo mentir. (TÁVORA, 2012, p. 444 e 445).

Quanto aos deveres, às testemunhas deverão comparecer ao juízo no local, hora e dia designados na intimação. Caso não compareça e nem justifique, poderá ser multado nos valores de 1 a 10 salários mínimos, como reza o art. 458 c/c art.436, § 2º, CPP. Ficará incumbida de prestar compromisso com a verdade, isto é,

em regra a testemunha tem por comprometimento dizer a verdade. Dessa forma, se fizer afirmação falsa ou se calar diante a verdade, sofrerá as penas do art. 342 do CP (falso testemunho).

Podemos acrescentar ainda as figuras de testemunhas, declarantes informantes e outros. Que seriam na prática forense ou em sede de doutrina as pessoas que, estariam descompromissadas de prestar a atribuição legal do art. 203 do CPP.

Porém, aos ditames do Código Processual Penal, não é permitido tais conclusões. Pois, com base no art. 201 do CPP, se faz referência apenas às testemunhas e às perguntas direcionadas ao ofendido.

Dessa forma, surge o questionamento, quem seriam os declarantes? Seriam aquelas pessoas desobrigadas ao compromisso de dizer a verdade a que se refere o art. 203 do CPP. Segundo disposição no art. 208 do CPP, “[...] não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”. (PACELLI, 2009, p. 366).

Vejamos a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. TESTEMUNHA. ART. 208 DO CPP. COMPROMISSO. 1. O deferimento de compromisso à testemunha contraditada e que não poderia prestá-lo, a teor da letra do art. 208, última parte, do Código de Processo Penal, não vicia a ação penal, mas exterioriza-se como mera irregularidade, pois, não encerrada a instrução e dentro do princípio do livre convencimento motivado, o juiz, não adstrito a critérios de valoração apriorístico, atribuirá ao depoimento o peso que sua consciência indicar, mediante fundamentação, nisto residindo, como, aliás, assevera, na exposição de motivos do Código de Processo Penal, do Ministro FRANCISCO CAMPOS, "a suficiente garantia do direito das partes ...". 2. Ordem denegada. (STJ - HC: 11896 RJ 2000/0003204-2, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 27/06/2000, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 21.08.2000 p. 173 RT vol. 784 p. 561).

Portanto, as pessoas mencionadas no art. 207 do CPP, isto é, aquelas que são proibidas de testemunhar, quando desobrigadas pelo interessado, mas que possuam vontade de depor, poderão sob o dever de dizer a verdade.

Por fim, podemos chegar à conclusão de que alguns doutrinadores como Greco Filho, jurisprudências e na própria prática processual penal, que a testemunha presta depoimentos e os demais prestam declarações ou informações, por não estarem comprometidos ao dever legal do art. 203 do CPP (promessa de dizer a verdade).

2.2.5.1 Regras Procedimentais Gerais

Quanto ao rol de testemunhas, observo que deverá constar na petição inicial, ou seja, da queixa ou da denúncia, havendo número máximo definidos em cada procedimento cabível (oito no rito ordinário e na fase de acusação e de instrução preliminar nos processos do Tribunal do Júri, e cinco no rito sumário e no Plenário do Tribunal do Júri). Havendo cabimento de exceção a regra, quanto aos crimes de competência do Juizado Especial, como também na Lei 11.689/08, e na Lei de Drogas (11.343/06).

É importante salientar:

[...] o número de testemunhas diz respeito aos fatos imputados. Assim, se houver imputação da prática de mais de um crime, o número de testemunhas variará em relação à quantidade dos delitos. O limite é, portanto, para cada fato. Do contrário, bastaria ao Ministério Público oferecer denúncias separadas, ali arrolando o número de testemunhas que lhe parecesse suficientes, para depois requerer o apensamento dos autos, seja em razão de conexão, seja em razão de continência entre os fatos. (PACELLI, 2009, p. 368).

Além das pessoas arroladas pelas partes, o juiz também poderá determinar a oitiva de testemunhas, quando julgar necessário ao esclarecimento de ponto sobre o qual esteja em dúvida, ou quando se tratar de pessoa mencionada em outro depoimento (art. 209, §1º, CPP). (PACELLI, 2009, p. 369).

A lei 11.900/09 autoriza a inquirição de testemunhas por videoconferência no cumprimento de cartas precatórias, de modo a facilitar a participação dos interessados, sobretudo à defesa, garantida na presença de defensor (art. 222, § 3º, CPP). (PACELLI, 2009, p. 369).

Dessa forma seguindo esses parâmetros de informações, é possível inquirir testemunhas com base em cada caso concreto.

2.2.5.2 Lei nº 9.807/99 – Proteção à Testemunha

O 1º capítulo atende à proteção das vítimas especiais, como também as regras gerais quanto à proteção:

Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

§ 1º A União, os Estados e o Distrito Federal poderão celebrar convênios, acordos, ajustes ou termos de parceria entre si ou com entidades não-governamentais objetivando a realização dos programas.

§ 2º A supervisão e a fiscalização dos convênios, acordos, ajustes e termos

de parceria de interesse da União ficarão a cargo do órgão do Ministério da Justiça com atribuições para a execução da política de direitos humanos.

Dessa forma, de início, a lei determina que vítimas e testemunhas de crimes poderão requerer medidas protetivas, desde que sejam coagidas ou esteja exposta agrava ameaça. Portanto, se entende que as próprias vítimas e testemunhas terão o direito de requerer as medidas de proteção.

Em atenção ao que alude o art. 11, a proteção terá duração de dois anos, podendo de forma excepcional ser prorrogada. A proteção auferirá a gravidade da coação ou da ameaça quanto à integridade física ou psicológica, a dificuldade de reprimi-las ou preveni-las por meios convencionais e sua importância para a produção da prova (art. 2º).

É prevista também, a figura do réu colaborador, a redução de pena, de um terço a dois terços, quando atingidas as finalidades, anteriormente mencionadas (art. 14).

Portanto, aqui se observará com atenção a gravidade do caso concreto e sua excepcionalidade para que seja formalizado o pedido ou oferecimento da medida protetiva.

2.2.6 Reconhecimento de Pessoas ou Coisas

Dermival Ribeiro, afirma que “reconhecer” é lembrar uma pessoa ou coisa ao tornar a vê-la; Verificar a identidade por algum sinal; Afirmar a autenticidade. (RIOS, 1997, p. 452).

É o procedimento previsto no art. 226, do CPP, aqui é tomado o devido cuidado para que não ocorra a relação entre testemunha e pessoa a ser reconhecida, sendo realizado de modo sigiloso, “impedindo que o reconhecido possa ver aquele que o reconhece”.

O reconhecimento ocorrerá na fase de instrução, como também os demais atos de instrução. Preleciona o art. 226, inciso:

“IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais”.

Portanto, a sistemática do reconhecimento de pessoas ou coisas, buscou afastar ao máximo a possibilidade de, sobretudo, ocorrer eventual equívoco na

indicação do suspeito. Sendo meio de prova extremamente ligado ao consciente humano.

2.2.7 Acareação

Conceito segundo Nucci:

É o ato processual, presidido pelo juiz, que coloca frente a frente os depoentes, confrontando e comprando declarações contraditórias ou divergentes, no processo, visando à busca da verdade real. Registremos que a acareação, tal como prevista no Capítulo VII do Título VII, pode ser realizada igualmente na fase policial (art. 6.º VI, CPP). (NUCCI, 2008, P. 494).

O termo acareação é o ato que os depoentes são confrontados caso suas declarações sejam contraditórias e divergentes, e assim que prevaleça o tanto quanto possível a verdade real. Conforme o artigo acima citada.

2.2.7.1 Natureza Jurídica

É um meio de prova, pois com a acareação o magistrado conseguiria excluir do processo as declarações divergentes ou contraditórias, para que o processo possa correr normalmente sem futuros prejuízos.

2.2.7.2 Procedimentos e demais informações

Para que a acareação seja realizada, são necessários alguns requisitos, tais como: que as pessoas já tenham prestado declarações; que exista divergência entre os relatos das pessoas sobre os fatos ou circunstâncias relevantes.

Dessa forma, o ato de acarear acontece de forma que os acareados serão perguntados quanto às divergências podendo modificar as declarações ou simplesmente confirmá-las, como consta no art. 229, CP.

A acareação em situação excepcional, conforme o art. 230, CPP, pode ocorrer por precatória, caso alguma testemunha esteja ausente e suas declarações sejam diversas as de outra pessoa.

Aqui, o ato de acarear possui meio probatório relativo, como os demais.

2.2.8 Documentos

O conceito de documentos pode ser visto de forma dupla, que seria no sentido restrito ou amplo. Vejamos:

Na concepção restrita, temos o art. 232, caput do CPP, que considera “documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, seriam documentos os escritos em papel (matéria-prima, o material que contém o escrito). Já os instrumentos seriam os documentos confeccionados com o intuito de fazer prova (documentos pré-constituídos). Já na concepção ampla, que é atual, considera documento qualquer objeto representativo de um fato ou ato relevante. (TÁVORA, 2012, p. 459 e 460).

São espécies de documentos:

Particular: produzido por particular, ou até funcionário público que não esteja no exercício de sua função, ex.: assinatura. (art. 235, CPP).

Público: elabora por funcionário público no exercício da função. Possuem presunção relativa.

Original: fonte produtora.

Cópia: reprodução de documento original.

Nominativo: contem o seu autor.

Anônimo: não possui indicação do responsável

Em regra, os documentos podem ser apresentados em qualquer fase do processo (art. 231, CPP), podendo ser de forma espontânea, ou provocada quando o magistrado determinar (art. 234, CPP). Quando se tratar de procedimento do Júri (Primeira fase), após o recebimento da denuncia, poderá a acusação juntar documentos e arrolar testemunhas (art. 406, *caput* e § 3º, CPP). Na segunda fase, caso a parte queira apresentar documento no plenário de julgamento, deverá providenciar a juntada aos autos com antecedência de três dias, dando-se ciência a parte contrária (art 479, CPP, nova redação dada pela Lei nº 11.689/08). (TÁVORA, 2012, p. 461).

Por fim, quando o documento for produzido por língua estrangeira, poderá ser lançado imediatamente nos autos, e se, necessário for, será traduzido por pessoa indicada pela autoridade competente.

2.2.9 Indícios

É tipo de prova indireta, e sua principal característica é que, não tem força suficiente para levar a condenação de alguém.

Nessa ótica, apresentemos um breve conceito:

Fornecido pela própria lei, trata-se de circunstancia conhecida e comprovada, que, relacionando-se com o fato, autoriza o juiz, por indução, a concluir a existência de outra circunstancia ou de outras (art. 239, CPP).

Segundo Távora, podem ser classificados como:

Indício positivo: indica a presença de fato ou elementos que se quer provar. Ele ratifica a tese sustentada. Indício negativo (contra indício): alimenta a impossibilidade lógica do fato alegado e que se deseja provar. Infirma uma determinada tese. É o exemplo do álibi. (TÁVORA, 2012, p. 463).

Por fim, pode-se dizer que seu valor probatório é como os demais (relativo), podendo caminhar pela condenação ou absolvição.

2.2.10 Busca e apreensão

Diferentemente das demais provas já vistas até aqui, esse tipo de prova se atenta para as peculiaridades da medida.

Afirma Pacelli em sua breve concepção:

Trata-se, por certo, de medida de natureza eminentemente cautelar, para acautelamento de material probatório, de coisa, de animais e até de pessoas, que não estejam ao alcance, espontâneo, da Justiça. (PACELLI, 2009, p. 384).

Essa espécie de prova tem natureza mista, pois muda conforme o caso concreto. A busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, ou pode significar, meio de prova, quando autorizado pelo magistrado proceder à perícia em determinado ambiente domiciliar. (NUCCI, 2008, p. 512).

Portanto, somente quando houver necessidade, casos de suma importância e urgência é que será concedida a busca e apreensão, seja na fase de investigação ou no curso da ação penal.

2.3 Sistemas de Apuração e Valoração das Provas

Primeiramente é necessário destacar que é através de uma lide penal, que se designa o processo penal, possuindo fulcro no exercício que o Estado possui de seu *jus puniend*. Dessa forma, o direito a prova, é dado às partes que litigam em processo judicial, para que assim, provem o que alegam.

Assim, podemos dizer que as ideias de provas possuem circunstâncias históricas e culturais, evoluindo constantemente.

Nessa ótica, temos:

A diversidade dos sistemas probatórios conhecidos desde os primitivos em que a apuração da verdade se fazia com auxílio de forças sobrenaturais, até os mais modernos, assentado na superioridade da razão e da experimentação científica, deve-se à longa batalha de tentar adequar os métodos de busca da verdade às convicções, conveniências, costumes e ao regime político de cada povo. (TORNAGHI, 1978, p. 420).

Em meio às evoluções, surgiu a necessidade de apurar a verdade dos fatos. Desta feita, se iniciou um processo de elaboração de formas racionais de prova e demonstração da verdade. Assim, fez surgir à arte da persuasão, ou convencimento da verdade do que se diz, e ainda que seja verídica a declaração decorrente de testemunho ou lembrança que ensejará o inquérito.

Esse procedimento de apurar a verdade da prova possui algumas etapas evolutivas, tais como a elaboração do sistema probatório e a figura do julgador como terceiro imparcial.

Nesse sentido, Tornaghi, afirma que o inquérito é um instrumento de apuração da verdade. Assim sendo, preleciona.

A verdade de uma coisa nos foge até que não possamos conhecer todas as outras coisas e assim, não podemos conseguir senão conhecimento parcial dessa coisa. [...] Em síntese, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. [...] Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo à busca da verdade, deveria ter substituída a investigação da verdade, pela certeza. (TORNAGHI, 1978, p. 427).

No processo penal, as provas passam pela fase de apuração para que as partes possam demonstrar seus interesses ao juiz baseados na verdade real dos fatos e à luz do princípio do devido processo legal, para que seja garantido o livre convencimento do magistrado, e que através do que ficou demonstrado, solucionar a

lide. Por fim, é extremamente importante salientar os três tipos de sistemas: prova legal, convicção íntima e livre convencimento. Nesse sentido, alude TÁVORA:

Sistema de certeza moral do juiz ou íntima convicção: O juiz está absolutamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão, podendo, inclusive, utilizar o que está nos autos.

Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada: A lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo inclusive hierarquia entre estas, aniquilando praticamente a margem de liberdade apreciativa do magistrado.

Sistema do livre convencimento ou persuasão racional: É o sistema reitor no Brasil, estando o juiz livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada. (TÁVORA, 2012, p. 398 e 399).

Assim, as regras de valoração da prova cooperam para demonstrar a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento do magistrado, servindo de fator de justiça para as partes e fiscalização do órgão julgador.

3 DAS PROVAS ILÍCITAS

3.1 Provas Ilícitas

No capítulo anterior, foi demonstrado um breve conhecimento da prova no processo penal, a partir do seu conceito, natureza jurídica e objeto, como também suas espécies e por fim seu sistema de valoração e apuração.

Neste segundo capítulo dar-se-á continuidade ao estudo, cabendo primeiramente uma apresentação sucinta do que é prova ilícita, como ela surge e, por conseguinte, as suas espécies e teorias.

Surge quando verificado a violação das normas constitucionais ou legais. Podendo ser quando houver infração na esfera penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou violando-se a norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial), adequando-se ao gênero *ilícito* devendo ser desentranhada dos autos.

Conceituando de forma simples e objetiva, as provas ilícitas são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: Interceptação telefônica realizada sem autorização judicial. (TÁVORA, 2014, p. 506).

Assim, é notável esclarecer que o ilícito é um universo e que pode ser constituído de várias maneiras lesando os preceitos diversos no ordenamento jurídico. Dessa forma, podemos concluir que o ilícito abrange toda e qualquer ofensa a Constituição Federal, e a legislação em geral.

Pode-se assim dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF). Assim, não é cabível meios termos. Vejamos:

[...] concedendo-se a titulação de prova ilícita somente àquelas que violem preceitos penais, olvidando-se as lesivas a processo penal, o tratamento será desigual. No campo das nulidades, há o meio-termo: a nulidade relativa. No cenário das ilicitudes, como se viu, inexistente essa medida intermediária. No âmbito das nulidades, há maior maleabilidade para o Judiciário considerar válida ou inválida determinada prova. No contexto da ilicitude, deve-se zelar, acima de tudo, pelo respeito à produção escorreita da prova, pois é norma constitucional. (NUCCI, 2011, p. 34).

Visto que, ora definido o conceito das provas ilícitas, passamos a acentuar suas teorias e especificações.

3.1.1 Teoria da Inadmissibilidade ou Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (fruits of the poisonous tree)

A ideia deste tipo de prova é advento do surgimento da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, na Suprema Corte norte-americana em 1920. Tal teoria determina que, toda prova que for obtida por meios ilícitos, e as demais que derivem dela estarão contaminadas, e conseqüentemente nulas. Com base no caso da empresa Silverthorne Lumber Co. v. U.S. (CABRAL, 2015, Acesso em: 01.10.15).

Essa teoria conta com o apoio de Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, que positivam o entendimento majoritário ao dizer que:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim igualmente banidas do processo. (TÁVORA, apud GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 2014, p.516) [...] Por hora limitamo-nos a dizer que com a adoção da referida teoria, se a contaminação probatória for ampla, faltará verdadeira justa causa para a deflagração da ação penal, de sorte que a inicial acusatória deve ser rejeitada caso os elementos informadores sejam contaminados pela extensão da prova ilícita. (TÁVORA, 2014, p. 510).

Nesta ótica é de extrema importância estabelecer que a Teoria da Árvore Envenenada não seja absoluta, para que não soe como arbítrio. Por isso, é necessário elencar as limitações quanto a essa teoria, são elas:

Prova absolutamente independente ou teoria da fonte independente;
 Descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente;
 Contaminação expurgada, conexão atenuada, purged taint exception, tinta diluída ou doutrina da mancha purgada;
 Boa-fé, exceção da boa-fé, good Faith exception ou limitação da boa-fé.

Por fim é trazido também em questão o sistema de prova ilícita por derivação, o que por hora passaremos a diante e trataremos do assunto no próximo capítulo.

3.1.1.1 Teoria da Fonte Independente

De início é necessário saber que na investigação ou ao longo da instrução criminal, as provas são buscadas em diversas fontes, e por variados métodos. Diante de tal informação pode-se concluir que, uma prova pode ser encontrada por uma ou mais pessoas quase que ao mesmo tempo, sendo em circunstâncias e por instrumentos divergentes.

Em síntese, temos:

A prova [...] pode ter variadas fontes e uma delas ser considerada ilícita. Ora, comprovada a existência de outra fonte independente (ou outras fontes separadas), nada impede que se acolha a prova como lícita no processo. [...] Fonte independente, portanto, é aquela que segue os trâmites legalmente previstos, mas também os inseridos na praxe forense, fundados em investigações ou instruções criminais, capaz de encontrar a prova colocada em discussão. (NUCCI, 2011, p. 37, 38).

Provas independentes, isto é, são aquelas que independem de uma prova ilícita produzidas, não acarretando em nulidade e desentranhamento do processo, e muito menos em contaminação às provas decorrentes. É exatamente o que se alega o art. 157, § 2º CPP – “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Assim, poderá ser aproveitável o processo com existência de outras provas, absolutamente independentes das ilícitas, no qual, certifiquem autoria e materialidade do fato delituoso. Portanto, como ora já foi dito, na falta de nexo causal entre as provas ilícitas e as demais, não se falará em sistema de contaminação, ou seja, não se efetiva.

3.2 Teoria da Proporcionalidade e as Teorias Permissivas

3.2.1 Princípio da proporcionalidade

Alguns doutrinadores fazem menção a essa teoria como sendo a “intermediária”, pois ela age de acordo com o princípio da proporcionalidade. Portanto, com base nesse princípio, é admissível a prova nessas circunstâncias em caráter excepcional e extremamente grave, equilibrando os valores contrastantes.

Visto que nenhuma liberdade pública é absoluta como já visto na teoria da árvore envenenada, sendo perceptível que alguns casos serão extremamente delicados, e que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo e liberdade de comunicação, devendo permitir sua utilização.

No entendimento de Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho:

Não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. (TÁVORA apud PELLEGRINI, SCARANACE, MAGALHÃES, 2014, p. 516).

Essa corrente tem por fundamento evitar resultados injustos. Portanto, significa dizer que em casos extraordinários, existe a possibilidade de determinado ilícito ser aceito.

3.2.2 Da Admissibilidade da Prova Ilícita

Nesta Teoria não é de interesse a violação ao direito material, e sim para que a prova seja admitida, desde que não seja vedada pelo ordenamento jurídico. Portanto, segue a lógica de procedimento que aquele que produzir prova ilícita poderá utilizá-la no processo, desde que responda em outro processo pela eventual violação do direito material (LOPES JR., 2013, p. 594).

No entendimento de CORDEIRO:

Não interessa a violação de normas de direito material, apenas a vedação processual. Explica o autor que “queda por decir cuándo una prueba es admisible; y conviene decirlo por la negativa; lo es siempre que ninguna norma la excluya. Normas procesales, claro está. No importa que haya sido descubierta o establecida ilícitamente. Um caso típico es la queja no ordenada por el magistrado y realizada por la policía fuera de los casos previstos en el artículo 352, apartado 1º (delito flagrante o evasión); los que efectúan la requisita responden por el abuso (C.P., art. 609), pero si han descubierto cosas referentes al delito, nada impede la convalidación del secuestro (art. 355, aptd. 2º); y lo hallado (por ejemplo, el arma homicida) termina en los materiales destinados al debate (art. 431, letra f). En el fondo, es obvio: hasta donde las pruebas son admisibles (fenómeno del proceso), lo dicen reglas internas al sistema, o sea procesales”. (LOPES JR., apud CORDEIRO, 2013, p. 594).

Entretanto, tal teoria é atingida por uma crítica, ou seja, ela induz à seguinte situação: um objeto que seja fruto de ilicitude seria considerado como instrumento para ensejar condenação de alguém, e ao mesmo tempo, seria válido para produzir efeitos no processo, sendo uma posição que já não encontra abrigo na jurisprudência. Todavia, a essa corrente (minoritária hoje), tem como intuito seguir o princípio da verdade real, que se aplicaria da seguinte maneira: se a finalidade do processo é a descoberta da verdade real, então se induz que se a prova obtida ilicitamente mostrar essa veracidade, seja ela admissível, desde que mantenha o direito do Estado olvidar-se na persecução criminal contra o sujeito que infringiu os preceitos legais e os direitos do acusado.

3.2.3 Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Reo

Nesse caso, a prova só poderá ser admitida conforme um juízo de valor e apenas quando se tratar de relevante favor do réu. Surge aqui, uma ponderação

entre o direito de um inocente prevalecer sobre um direito sacrificado na obtenção da prova, só prevalecendo essa teoria quando se tratar de um status de inocência.

Nesse entendimento, alude GRECO FILHO:

Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que sacrifique algum preceito legal. (LOPES JR apud GRECO FILHO, 2013, p. 597).

Assim, não deixa de ser notável que a condenação de um inocente implicaria violação grave ao valor de justiça, visto que, o principal princípio do processo penal é a proteção aos inocentes.

Dessa forma, é importante frisar e lembrar que o réu que se utilizar de prova obtida ilicitamente para resguardar e demonstrar sua inocência, é afirmar também, que estará acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou estado de necessidade.

Nesta ótica, RANGEL:

Aponta o acerto da aplicação de chamada teoria da exclusão da ilicitude, em que a conduta do réu ao obter a prova ilícita está amparada pelo direito (causa de exclusão da ilicitude) e, portanto, essa prova não pode mais ser considerada ilícita. Assim, por exemplo, pode ser admitida a interceptação telefônica feita pelo próprio réu, sem ordem judicial, desde que destinada a fazer prova de sua inocência em processo criminal que busca sua condenação. Ou, ainda, quando comete um delito de invasão de domicílio ou violação de correspondência, para buscar elementos que demonstrem sua inocência, estaria ao abrigo do estado necessidade, que excluiria a ilicitude de sua conduta e conduziria à admissão da prova. (LOPES JR apud RANGEL, 2013, p. 598).

Portanto, essa teoria visa à necessidade na busca por elementos que demonstrem a inocência do réu. Podendo ser aceita a prova obtida por meios ilícitos, desde que seja destinada a condenação. Dessa forma, estando acobertado pelas excludentes de cada caso.

3.2.4 Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Societate

Se a admissão da prova ilícita pro reo é acolhida pacificamente, bem mais problemática é a questão da proporcionalidade em desfavor do cidadão. Teoria que dá ênfase para provas ilícitas pro societate.

Scarance Fernandes defende a admissibilidade da prova ilícita pro societate:

A proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela

necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada. (SCARANCA, 2005, p.81).

O doutrinador paulista acrescenta, ainda, que:

Não se trata, contudo, de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado, mas de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege (SCARANCA, 2005, p.82).

Diferentemente do princípio que se aplica em regra em todo processo penal, isto é, “em razão de dúvida absolver-se-á o réu” (*in dubio pro reo*). Nesta teoria, se tutela os interesses da acusação. Aqui se aplica a segurança como sendo garantia de todos, incluindo dessa forma a proteção da sociedade, inclusive os criminosos.

A ponderação dos interesses deve avaliar a real necessidade da prova obtida por meios ilícitos na persecução criminal, como também o grau de contribuição para demonstrar a inocência. Cabe observar também, que a proibição da prova ilícita não deve se manter diante de uma possível condenação injusta.

Portanto, essa teoria opta pela condenação, pois observa à possibilidade remota de excluir do manto constitucional as pessoas de grau elevado de periculosidade, no qual devendo ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, ou seja, pessoas não cidadãos e assim se detendo à proteção dos direitos individuais.

3.3 Distinção entre Prova Ilegítima e Prova Ilícita

Até agora já foi visto questões quanto à compreensão de como construir o convencimento do julgador, a fase probatória e sua eficácia, o alcance da verdade real quanto possível, como também à valoração dos atos processuais e inclusive a ilicitude e suas teorias, sejam elas quanto à inadmissibilidade ou admissibilidade de forma proporcional e exclusiva, procurando sempre que possível respeitar as garantias.

Dessa forma, surge uma problemática definida como prova ilícita e prova ilegítima. Neste quesito a Lei 11.690/2008, não estabelece uma distinção entre ambas, sendo possível uma conceituação de acordo com as variadas doutrinas.

Assim, podemos dizer que as provas ilegítimas são aquelas que violam as normas de direito processual, enquanto as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação ao direito material. Em suma, é possível afirmar que toda e qualquer prova é admissível desde que nenhuma norma venha a excluir.

Neste entendimento, afirma CORDEIRO:

Explica que existe uma relação de ato anterior a posterior, dessa forma, a prova admitida deve ser produzida e, a contrário senso, somente pode ser admitida aquela prova que possa ser produzida. No que se refere à contaminação, uma prova ilicitamente admitida, ainda que produzida segundo os cânones endoprocessuais, será nula por derivação. Por outro lado, quando regularmente admitida, mas com defeito na aquisição, não haverá qualquer contaminação da decisão de admissão, pois a contaminação não tem efeito retroativo que lhe permite alcançar o ato precedente. Válida a admissão e defeituosa a produção, repete-se somente este último ato [...] (TÁVORA apud CORDEIRO, 2014, p. 592).

Feita essa parte introdutória e explicativa, vale ressaltar algumas limitações constitucionais em relação ao direito de prova, que são os direitos a intimidade, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações, além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

De forma mais abrangente e completa, dar-se a distinção entre as provas ilícitas e ilegítimas:

Prova ilegítima é aquela quando ocorre violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc;
Prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). (TÁVORA, 2014, p. 593).

Portanto, com a Lei n. 11.690/2008 já citada neste ponto, é necessário dizer que fora a responsável por inserir o tratamento das provas ilícitas no Código de Processo Penal. Assim dispõe em seu art. 157:

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

Desta feita, conclui-se que em regra a prova ilegítima admitida erroneamente deverá ser desentranhada do processo. Noutra observação, a distinção é relevante e atenua para a característica de que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser passíveis de repetição, pois como já explicado ao desenrolar deste trabalho, que

o vício vincula-se no momento em que foi obtida, e por consequência devem ser exauridas dos autos.

Por fim, ocorre de forma diferente para as provas ilegítimas, pois o vício destas se dá na produção ou ingresso da prova, o que enseja em uma possível repetição e, portanto, podendo ser refeito aquilo que tiver sido feito com defeito.

4 DAS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

4.1 Provas Ilícitas por Derivação

Nos capítulos anteriores, foi tratado ponto a ponto, seja do surgimento da prova e sua formação, como também suas principais características e formas de aceitação ou até seu próprio desentranhamento dos autos processuais decorrentes de vícios. Uma vez que esclarecida a questão da admissibilidade e esclarecendo os demais pressupostos, passa-se ao problema da contaminação e sua relativização.

A partir da contaminação, surge “as provas ilícitas por derivação”, que são aquelas materialmente e processual válida, mas que são angariadas a partir de uma prova ilicitamente obtida. Sendo assim, admissíveis processualmente, mas possuindo fonte ilícita, fazendo-a assim viciada.

O princípio da contaminação surge a partir da expressão já vista no capítulo anterior, *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada). Assim, uma vez que seja considerada a prova ilícita e caso não tenha sido adequada às teorias anteriormente vistas, deverá se verificar uma possível contaminação que essa prova venha a ter causado a outras.

Dessa forma, encontra-se posicionamento legal:

Art. 157 [...]

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciando o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente faz primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento de prova declarada inadmissível, esta será inutilização por decisão judicial, facultando às partes acompanhar o incidente. (LEGISLAÇÃO, Brasil).

Com base nas vedações acima, é destacável algumas regras:

Inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação);

Não há contaminação quando ficar evidenciado o nexo de causalidade;
Não há contaminação quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita;

Desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita. (LOPES JR., 2013, p. 599).

Desta feita, é possível concluir de forma clara que os frutos que decorrerem dessa teoria serão igualmente considerados contaminados por derivação. Essa

conclusão advém do art. 573, § 1º do CPP “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dela diretamente dependam, ou seja, consequência”.

Entretanto, apesar do ordenamento jurídico brasileiro ter adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada em detrimento das provas ilícitas por derivação, não se aplica de forma absoluta essa regra, pois como já visto no capítulo anterior e de acordo com o princípio da proporcionalidade, deverá ser sopesados os valores e princípios a depender do caso, e que de forma excepcional seja admitida a prova derivada, para a preservação dos direitos essenciais.

Opta-se ainda, pela exceção indispensável de que quando se tratar de um confronto entre a prova ilícita e a inocência do réu, caberá aqui o princípio da proporcionalidade, no qual se for necessário se utilizará a prova ilícita e a que dela derivar para que seja garantida a absolvição do acusado, e desta forma que sejam tomadas as medidas necessários contra o infrator que obteve determinada prova.

Assim faz surgir uma ponderação em nível constitucional, pois a vedação das provas ilícitas no processo entra em conflito com a ampla defesa e presunção de inocência, devendo prevalecer esses dois últimos que são vinculados a liberdade individual e amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Como já foi trazido anteriormente no capítulo das provas ilícitas a teoria da fonte independente, também será critério das provas ilícitas por derivação.

Demonstra NUCCI, em forma de exemplo:

Se A advém de B, C e D, possuindo múltipla derivação e, levando em conta, serem B, C e D independentes umas das outras, não há motivo para a mácula de B estender-se para C e D. Se válida à prova A de qualquer modo. (NUCCI, 2011, p. 37).

Portanto, a prova poderá ter variadas fontes e somente uma delas ser ilícita. Dessa forma, comprovada uma existência de fonte totalmente independente, nada impedirá desta ser acolhida no processo.

Poderá ser admitida a prova ilícita por derivação quais sejam, àquelas que não evidenciem nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

Assim, estabelecido essas duas situações é possível acrescentar às suas finalidades que na primeira hipótese, não se evidencia o nexo de causalidade entre prova ilícita e sua derivação, ou seja, não havendo nexo entre a prova ilícita e outra

prova qualquer, não há porque afirmar contaminação, pois não há decorrência uma da outra.

Todavia, na segunda demonstração foi tomada a denominação do direito norte-americano, isto é, o chamado inevitable discovery (descoberta inevitável). No qual, também não haverá contaminação, visto que as provas derivadas possam ser obtidas por fontes independentes das consideradas ilícitas.

De acordo com a presunção da lei e baseada em outras provas, vem sendo admitidas decisões por parte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça à redução dos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, isto é, a condenação for baseada por outras provas independentes e lícitas não que se falar em contaminação.

4.2 Procedimento para apurar a Ilícitude da Prova

Primeiramente se instaura um incidente de ilicitude de prova. Mesmo que não disponha de procedimento próprio, pode valer-se por analogia, por meio de qual encontra posicionamento no art. 145, CPP e seguintes.

De acordo com o art. 145, I, CPP, depois de arguida a ilicitude da prova, o julgador manda autuar o pleito em apartado e determina a intimação da parte contrária para se manifestar. Dessa forma, terá 48 horas, contando da intimação, para assim oferecer a resposta.

O magistrado determinará o prazo de três dias para que as partes ofereçam as provas que possuírem. Em exceção e sendo necessária essa produção, poderá ser dilatada em maior tempo. Poderá também, o juiz determinar diligências que achar necessárias e importantes para o seu convencimento. Assim, transitada em julgado, determina-se o desentranhamento da prova do processo, cabendo apelação no que consta no art. 593, II, CPP.

Todavia, o procedimento será desnecessário quando as partes discutirem sobre a ilicitude da prova de forma simples, e assim, podendo o magistrado decidir de plano abstraindo qualquer outra diligência. (NUCCI, 2011, p. 39).

Em possíveis dúvidas ou outros caminhos que venham a surgir, o mais viável é a instauração de incidente de ilicitude.

4.3 Princípios que Favorecem as Provas Ilícitas

4.3.1 Ampla Defesa e Contraditório

A teoria da proporcionalidade é aceita muitas vezes de forma direta ou indiretamente, visto que quando o réu colhe a prova ilícita que favoreça sua inocência, é uma utilização e aceitação da prova. Sendo assim, com base na ponderação de direitos sob a perspectiva do direito de defesa, impetrando o favor rei e sendo parte de uma garantia constitucional.

A doutrina e jurisprudência têm entendido que mesmo que as provas ilícitas sejam colhidas pelo próprio acusado haverá uma exclusão de ilicitude por causa das justificativas de antijuridicidade, como legítima defesa e estado de necessidade. Observa-se aqui, que é o caso de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem esta sendo injustamente indiciado, desde que não seja possível caracterizar a legítima defesa.

As garantias constitucionais juntamente com o princípio da proporcionalidade e direitos do acusado, atuam na limitação do Poder Estatal. Pois, quando se tratar de conflitos entre princípios constitucionais, estes deverão ser objetos de proporcionalidade.

Em suma, a ampla defesa e o contraditório acabam beneficiando o acusado em relação às provas ilícitas, uma vez que seja demonstrada a busca da verdade real quanto possível, e dessa forma garantir o princípio mais benéfico ao réu. Neste caso, a ampla defesa garante ao acusado que este traga ao processo, todos os elementos que demonstrem a verdade e possível inocência. O contraditório é a exteriorização da ampla defesa, oferecendo interpretação diversa da apresentada pela parte autora.

Portanto, é evidente que seria uma extravagância considerar violação de um direito à prova que demonstre a inocência do acusado. Sendo assim, devendo ser acobertado à luz do princípio da proporcionalidade.

4.4 Incidência da Teoria da Proporcionalidade na Prova Ilícita por Derivação

Em destarte ao que já foi mencionado, é de suma importância esclarecer que a doutrina brasileira, tem aceitado com base no princípio da proporcionalidade a possibilidade de um sacrifício entre um direito ou garantia constitucional, em vista de

outro igualmente ou de superior valia, desde que esteja em jogo um interesse público ou bem comum de relevante valor.

Entra aqui o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social. (CAPEZ, 2011, p. 351).

Assim, pelo princípio da proporcionalidade se tem um desdobramento de subprincípios, quais sejam, proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade ou exigibilidade. Sendo necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais; será adequado quando estiver o resultado almejado, e por último que seja ponderado os valores que estejam em conflito, aplicando adequação e exigibilidade dos meios a serem empregados, para que assim haja o sacrifício de um direito ou garantia por outro de mesma ou superior relevância.

De acordo com o princípio da proporcionalidade fica demonstrado que as normas constitucionais fazem parte de um sistema. Portanto, há um contraste de valores constitucionais que sobrepõem outros (ex., direito à vida é o mais importante, podendo ser sacrificado em casos de legítima defesa ou estado de necessidade).

O princípio da proporcionalidade procura equilibrar o valor dos princípios em cada caso.

Neste entendimento afirma Walber Agra:

O princípio da proporcionalidade não pode ser entendido como um limitador das liberdades constitucionais, muito pelo contrário, sua missão é protegê-lo e implementá-las, restringindo a liberdade individual quando ela afronta o interesse coletivo e o bem comum (AGRA, 2002, p. 145).

É importante ressaltar que nenhum direito ou garantia constitucional são absolutos, visto que, no momento de conflitos haverá uma ponderação desses valores, sendo exatamente essa ponderação a problemática do presente trabalho.

É válido saber que o senso de justiça é introduzido ao tema, pois, não seria justo condenar alguém por infração penal quando este puder demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente.

Assim, surge a necessidade de conceituar justiça e conseqüentemente sua influência no processo penal.

Nesse sentido demonstra:

O direito é indissociável do justo. Toda decisão precisa atender a justiça. (DIMOULIS, 2007, p. 132).

O juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça. (DIMOULIS apud CORDEIRO, 2007, p. 132).

Diante do exposto, se define justiça como deveres e direitos que regem relações, ou seja, não se tem um conceito universal de justiça, sendo um aspecto subjetivo, visto que é alterado de caso a caso, pessoa para pessoa. Assim, como supracitado, cabe ao magistrado o livre convencimento, e por consequência atender a justiça primeiramente e dessa forma na medida cabível aplicar a lei.

Por isso, nasce a necessidade de fazer uma breve demonstração do que seria um processo justo. Diz o entendimento de OLIVEIRA, que após o surgimento da nova Constituição Federal de 1988, abarcou-se uma nomenclatura chamada “processo penal constitucional”, por meio do qual o Estado deve agir de forma imparcial e que assim, seja buscada a condenação ou absolvição do agente, oferecendo-lhe as garantias de forma ampla e dessa forma, resguardando os direitos individuais. (OLIVEIRA, 2009, p. 28, 29 e 30).

Acrescenta que, um processo será justo quando houver imparcialidade do juiz, quando o contraditório existir e também a ampla defesa, junto com a vedação de provas ilícitas. (OLIVEIRA, 2009, p. 28, 29 e 30).

Todavia, neste capítulo é estudado justamente as exceções quanto à vedação das provas ilícitas. Pois, é dito que a defesa deve se utilizar de todas as formas possíveis e legais para convencer o magistrado. Mas, é estudado também que, com base no princípio da proporcionalidade haverá excepcionalidade admissibilidade na teoria derivada.

Portanto, de forma conclusiva a essa pequena ponderação entre justiça e direito processual penal, é possível afirmar que o processo penal nem sempre agirá conforme os preceitos legais constitucionais, visto que, em modos extremamente importantes e para salvaguardar o direito à liberdade do acusado, haverá a ponderação entre um direito e outro, que é o chamado princípio da proporcionalidade. Por meio do qual, para que se torne uma decisão justa, poderá o réu utilizar-se de prova obtida ilicitamente desde que ela, demonstre sua inocência.

Vencida essa parte de direito e justiça, em continuidade ao estudo, passemos às demais características e peculiaridades do princípio da proporcionalidade.

É um critério importante e muito utilizado para resolver eventuais conflitos ou

até mesmo tensão entre princípios constitucionais de igual relevância. Aqui, surge a ponderação de bens e interesses. Sendo assim, permite-se à aplicação da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e de maneira menos gravosa a outros, por isso, fala-se em proporcionalidade. (OLIVEIRA, 2009, p. 328).

Trata-se então, de que a prova que demonstrar a inocência do réu deve ser aproveitada sempre que possível, e em quaisquer circunstâncias. Dessa forma, um Estado de Direito que acredita que o réu é inocente, não pode deixar de absolvê-lo porque a prova que demonstra sua inocência é ilícita ou derivada de uma, que nesses termos, deve admiti-la. Assim, caracteriza-se o aproveitamento da prova ilícita em favor do réu e com base no critério da proporcionalidade.

Constitui-se como critério objetivo:

A violação dos direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude;
O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular. (OLIVEIRA, 2009, p. 330).

O objetivo da doutrina quando cita o princípio do favor rei, é para que o acusado seja favorecido, e que dessa forma sejam admitidas as provas ilícitas colhidas que tratem de beneficiar a defesa (Súmula 50 das Mesas do Processo Penal da USP). (CAPEZ, 2011, p. 353).

A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada com 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. (CAPEZ, 2011, p. 353).

Uma vez que sanada as peculiaridades em favor do réu, é importante ressaltar o aproveitamento das provas ilicitamente produzidas a favor da acusação. Por critério da proporcionalidade poderá ser validamente utilizado, nas situações em que não houver risco de aplicabilidade potencial e finalística da norma inadmissibilidade. Então, se entende por aplicabilidade potencial e finalística a função de controle estatal, assim acreditando que os produtores da prova não decorreram em ilegalidade, pensa-se ser possível à aplicação da ponderação de direitos. (OLIVEIRA, 2009, p. 330).

Nesse entendimento, afirma Pacelli:

O critério da proporcionalidade reclama sua aplicação exatamente onde haja tensão entre princípios constitucionais de mesma grandeza. (OLIVEIRA, 2009, p. 331).

Percebe-se então, que o juízo da proporcionalidade deve passar não só pela identificação de uma tensão ou conflito entre princípios constitucionais, mais também pela elaboração de critérios objetivos, tanto quanto possíveis, para que ocorra a escolha do direito mais relevante ao caso concreto.

4.5 Legitimação da Prova Ilícita por Derivação a Partir das Provas Incidentes

Neste ponto, será tratada a incidência da prova ilícita por derivação em teorias decorrentes, buscando sua legitimação. Anteriormente detalhado a teoria dos frutos da árvore envenenada, essa que não permite a utilização de provas ilícitas ou derivadas, surgiu o interesse de buscar exceções quanto à regra.

Como já dito, essa regra não é absoluta, visto que surge a teoria da fonte independente, no qual permite o uso da prova. Dessa maneira, será admissível a prova produzida quando, esta mesma prova puder ser obtida por outras fontes que não esteja relacionada com a violação dos direitos dos investigados. Portanto, nesta teoria decorrente, trará aceitação à prova derivada desde que, essa não possua vínculo com aquela que violou direitos.

Seguindo com as exceções, se tem a descoberta inevitável. Aqui, a prova admite a utilização circunstancial de prova que decorre da ilicitude, pois, seria obtida de qualquer forma e através de atos de investigação válidos. Encontra-se prevista no art. 157, § 2º.

A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la. Exige-se que a aplicação dessa teoria não se dê a partir de meras conjecturas, sendo preciso que existam elementos concretos que evidenciem que, em linha sucessiva à prova ilícita que ensejou o conhecimento do fato, havia investigação concreta paralela que fatalmente chegaria à demonstração da mesma situação fática. (TÁVORA, 2014, p. 512).

Portanto, o intuito desta teoria é evitar a contaminação das provas decorrentes de uma ilícita, desde que sua descoberta seja inevitável, ou seja, é afirmar que a prova seria trazida a juízo de qualquer maneira. Em suma, se afirma que o nexa existe, porém, não é ilicitamente produzida, pois, ainda assim seria produzida na lei sendo apenas uma questão de tempo.

Ainda na linha das teorias incidentes, tem-se a teoria da atenuação do nexo causal. Esta que, possui um vínculo entre a prova ilícita e a derivada muito remota, e assim não ocasionando em contaminação, isto é, não é que o nexo não exista, todavia, é tão irrelevante que não afeta a prova derivada. Assim, verifica-se uma atenuação das causas e dessa forma, justificando a permanência da prova. A finalidade é evitar que a declaração da ilicitude decorra de uma prova ilícita, desde que o vínculo entre elas seja tênue.

Por fim, tem-se a teoria da boa-fé, que possui o objetivo de evitar o reconhecimento da ilicitude, desde que tenham ocorrido situações de erro quanto à atuação dos agentes de polícia, ou da persecução penal.

Portanto, a boa-fé não inibe sozinha a ilicitude da prova, pois a ausência de dolo por parte do agente não exclui a contaminação, sendo necessário observar não somente a boa fé subjetiva, mas também a objetiva, para que seja respeitada a fase probatória. (TÁVORA, 2014, p. 515).

Em suma, as regras de exclusão se destinam para que se evite que as autoridades encarregadas da investigação criminal atuem de forma irregular, como também para que nos casos de ficar demonstrada qualquer dúvida, seja comprovada boa-fé do agente e assim não havendo razão para exaurir a prova do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que já foi exposto no presente trabalho, permite concluir-se que o principal objetivo dos envolvidos, seja o Estado ou réu, é de convencer o julgador a respeito de suas alegações. Dessa forma, atendem aos princípios constitucionais legais de oferecer a ampla defesa e o contraditório, baseando-se a liberdade probatória em busca da verdade real o quanto possível.

Primeiramente, destacou-se uma atenção especial e necessária para um breve estudo sobre a prova no processo penal, suas espécies e sistema de apuração e valoração.

Em sequência, no segundo capítulo tratou-se sobre as polêmicas provas ilícitas, apresentando-as nas teorias permissivas, teoria inadmissível e de acordo com o princípio da proporcionalidade, não somente, fazendo uma distinção entre provas ilícitas e ilegítimas ao fim do capítulo.

O ponto crucial surge no último capítulo, pois trata de uma discussão em torno da aplicabilidade da teoria da proporcionalidade nas provas ilícitas por derivação. No ordenamento jurídico brasileiro há uma necessidade de demonstrar a garantia que tenta ser atribuída aos direitos fundamentais. Dessa forma, é pertinente relativizar quanto às provas ilícitas. O mecanismo de ponderação é justamente para proteger essas garantias.

O intuito deste trabalho é esclarecer os principais pontos quanto ao convencimento do julgador, e de quais modos às partes litigantes podem se utilizar para demonstrar suas alegações. Como também, em quais circunstâncias e de qual modo às provas podem ser aceitas e produzidas.

Vale a pena lembrar, que no processo penal o convencimento do julgador depende da veracidade daquilo que se alega. Portanto, a melhor forma de convencimento é mediante apresentação de provas. Neste trabalho, é mostrado que nem sempre as provas decorrem de forma lícita, e assim dependendo do caso concreto será admitida a prova ilicitamente produzida, como também aquelas que dela decorrerem.

Alguns doutrinadores, já apresentam essas excepcionalidades e utilização das provas ilícitas derivadas. Embora o principal objetivo da vedação seja proibir o uso das provas ilícitas, enseja à criação de hipóteses que quando tratar de direitos

conflitantes e de igual relevância será necessário abranger o princípio da proporcionalidade, para que assim resulte um direito de maior relevância em face de outro.

Assim a ideia de justiça não deve ser direcionada somente ao dever de punir, mas que seja feita justiça com o dever de libertar, entre outros diversos deveres. Dessa maneira, em matéria de prova, no caso concreto, acontece que muitas vezes a prova ilícita trazida nos autos seja a única forma de absolver ou condenar.

Portanto, não se pode permitir que a ilicitude da prova seja sempre admitida. Mas, que em casos excepcionais, quando acontecer seja sobe a perspectiva do princípio da proporcionalidade, visando benefício do réu quando se tratar do favor rei, ou quando se tratar de um bem coletivo (acusação). Em suma, é dito que é este o convencimento que irá fundamentar a situação de justiça ou injustiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Organizador Luiz Roberto Curia e Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do processo**. 23º ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal Volume II**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 10ºed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19º ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIOS, Dermival Ribeiro. **Dicionário Prático da Língua Portuguesa**. São Paulo: Difusão Cultural do Livro, 1997.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 1º ed. São Paulo: RT, 1999.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo Penal Constitucional**. 4º ed. São Paulo: RT, 2005.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7º ed. Bahia: JusPodivm, 2012.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9º ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

TORNAGHI, H. **Instituições de Processo Penal**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SITES:

BATISTA, Elaine Aparecida Souto. **Provas ilícitas e sua admissibilidade após a Lei 11.690**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,provas-ilicitas-e-suaadmissibilidade-apos-a-lei-11690,37280.html>> Acesso em 15 nov. 2015.

CARNEIRO, Ricardo Avelino. **O que se entende por processo penal justo**. Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2179896/o-que-se-entende-por-processo-penal-justo-ricardo-avelino-carneiro>> Acesso em: 02 nov. 2015.

CLAUDINO, Adriano Araújo. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31390/provas-ilicitas-e-proporcionalidade>> Acesso em: 27 jun. 2015.

FERREIRA, Fabio. **Provas ilícitas e o Processo Penal**. Disponível em: <<http://fabioferreira.jusbrasil.com.br/artigos/146723026/provas-ilicitas-e-o-processo-penal>> Acesso em 25 jun. 2015.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **A Prova Ilícita por Derivação e suas Exceções**. Disponível em: <<http://blex.com.br/index.php/2010/artigos/1480>> Acesso em: 11 nov. 2015.

MACIEL, Richard Palhares. **Provas no Processo Penal**. Disponível em : <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3434&idAreaSel=4&seeArt=yes>> Acesso em 18 set. 2015.