

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES – CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DAS CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

JÉSSICA DALL AGNOL

**A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS
NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E
JURISPRUDENCIAL**

ERECHIM/RS

2015

JÉSSICA DALL AGNOL

**A (IM)POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS
NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA E
JURISPRUDENCIAL**

**Monografia Jurídica apresentada ao
Curso de Direito do Departamento de
Ciências Sociais e Aplicadas da
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – Campus de
Erechim como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em
Direito.**

**ORIENTADORA: PROFESSORA DIANA
CASARIN ZANATTA**

ERECHIM/RS

2015

Dedico este trabalho, aos meus pais João Dall Agnol e Elaine Dall Agnol, meu irmão Rodrigo Dall Agnol, e minha orientadora Professora Diana Casarin Zanatta, por todo o apoio, compreensão e carinho que me foi dedicado nestes cinco anos que estive em busca de meu objetivo.

AGRADECIMENTOS

Ao final dessa caminhada onde tive apoio para conseguir atingir os meus objetivos, agradeço àqueles que amo:

A minha mãe Elaine e meu pai João, pelo amor, dedicação e proteção.

A meu irmão Rodrigo pelo amor, ensinamentos e apoio.

Aos meus colegas, pelos maravilhosos cinco anos de convivência e amizade.

Especialmente à minha colega e amiga Juliana Nissola, pelo companheirismo, paciência e carinho.

Aos professores do curso, especialmente minha Orientadora, Professora Diana, pelo empenho e dedicação.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.
(Eduardo Couture)

RESUMO

O presente estudo busca traçar reflexões acerca da produção da prova no ordenamento processual penal brasileiro, verificando a licitude e ilicitude, tendo como parâmetro os principais princípios que norteiam o processo penal. Para tanto, lança-se a conceituação do instituto, diferencia-se os diversos tipos de provas existentes, estabelecendo a caracterização da prova ilícita e sua (im)possibilidade de aplicação no processo penal. Questiona-se a aplicabilidade da prova ilícita, através de um estudo detalhado de cada uma das provas, diferenciando-as e classificando-as. Destaca-se, por fim, a visão dos tribunais pátrios a respeito da problemática. A produção de prova é extremamente importante no processo penal, pois é a prova o meio pelo qual o juiz toma conhecimento e julga os fatos que lhe são apresentados. Ademais, por se tratar de matéria não pacificada pelos órgãos julgadores, existem inúmeras teorias, bem como, posicionamentos e teses. Atualmente, vigora o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, favorece-se o réu, nos casos de lacuna ou dúvida do julgador. Assim, para que ocorra a condenação, é necessária a criminalidade provada. Caso contrário, o réu deverá ser absolvido por falta de prova. Para alcançar os objetivos propostos, utiliza-se como técnica a pesquisa bibliográfica e documental, através do método indutivo e do procedimento analítico-descritivo.

Palavras-chaves: Princípios processuais penais; Produção de prova; Prova ilícita.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA NO PROCESSO PENAL	3
2.1 Princípio da não- auto- incriminação.....	3
2.2 Princípio do contraditório.....	3
2.3 Princípio da ampla defesa.....	5
2.4 Princípio do juiz imparcial.....	6
2.5 Princípio da Oralidade.....	7
2.6 Princípio da comunhão das provas.....	7
2.7 Princípio da auto-responsabilidade.....	8
2.8 Princípio da publicidade.....	8
2.9 Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	10
2.10 Princípio da presunção da inocência.....	10
2.11 Princípio da vedação das provas ilícitas.....	11
2.12 Princípio da proporcionalidade.....	13
2.13 Teoria denominada dos frutos da árvore envenenada.....	14
3 DA PROVA	15
3.1 Meios de prova	16
3.2 Objeto da prova	21
3.3 Classificação.....	25
3.4 Ônus da prova	26
3.5 Sistemas de apreciação da prova	28
3.6 Procedimento probatório.....	31
4 APLICAÇÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	33
4.1 Abordagem jurisprudencial	33
4.2 Da prova lícita e do princípio da proporcionalidade.....	33
4.3 Da prova ilícita por derivação.....	34
4.4 Da prova ilícita produzida em plenário.....	35
4.5 Da insuficiência da prova.....	35
4.6 Da prova lícita e da prisão em flagrante.....	36

4.7 Da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.....	36
4.8 Da prova ilícita e da teoria da árvore dos frutos envenenados.....	37
4.9 Das decisões contrárias ao ordenamento.....	38
4.10 Do princípio da proporcionalidade e da admissão da prova ilícita.....	38
4.11 Da inadmissibilidade da prova ilícita.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo realizar um estudo sobre as provas a serem produzidas durante o processo penal, com vistas a entendê-las e classificá-las lícitas ou ilícitas, a partir da análise dos princípios previstos na Constituição Federal e aplicáveis ao processo penal em geral. O estudo busca verificar o cabimento e a (im)possibilidade de aplicação das provas ilícitas no processo penal brasileiro.

Para atingir os objetivos aos quais se propõe, inicialmente, serão abordados os princípios constitucionais relacionados à prova no processo penal, bem como alguns direitos fundamentais, intentando facilitar a compreensão do tema. Em seguida, traçar-se-á uma análise da conceituação de prova, diferenciação e classificação das espécies de provas, bem como o regramento atinente. O princípio da proporcionalidade será analisado, sobretudo sua aplicação para afastar eventual argumentação no sentido de questionar a vedação total às provas ilícitas.

A Constituição Federal, no que diz respeito à prova, veda a obtenção e utilização de provas obtidas de forma ilícita. Todavia, não há consenso sobre o que seja prova ilícita e o que seja prova lícita obtida por meio ilícito ou, ainda, prova ilícita por derivação, bem como, não há unanimidade no sentido de se afirmar se o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, sopesando a ilicitude probatória ou se, ao contrário, a vedação das provas ilícitas deve ser absoluta.

Essa ausência de uniformidade e permanente questionamento sobre a produção da prova no sistema brasileiro é que justifica o presente estudo, de grande relevância para a sociedade, afinal diz respeito a direitos, tais como o da ampla defesa e do devido processo legal.

Nesse contexto, o Estado tem se deparado com situações mais complexas e com a existência de conflitos entre bens jurídicos e relevantes. Nesses casos, o questionamento é a respeito da obrigatoriedade de sempre haver uma espécie de contrapeso, para que seja protegido o bem de maior importância ou não.

Há que se ponderar que o tema em tela pode causar maiores conflitos e indignação em virtude dos resultados de processos socialmente ilegítimos, ou flexibilizando a proteção aos direitos fundamentais. A atual lei processual penal aceita todo tipo de prova, no entanto, não pode a mesma ir contra a moralidade, legalidade e violar a dignidade humana.

A produção probatória é tema de extrema importância para o processo penal, pois é através dela que o juiz toma conhecimento e julga os fatos que lhe são apresentados. Além disso, por não ser uma matéria pacificada pelos órgãos julgadores, fazendo, assim existir várias teorias, posicionamentos e teses; por envolver enorme relevância social e ainda apreciação da matéria processual penal. No ordenamento jurídico vigora o princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, favorece-se o réu. Em função disso, para que haja condenação, há que existir a criminalidade provada. Do contrário, o réu deverá ser absolvido por falta de prova. Esse assunto, que é muito debatido juridicamente, também visa expor a importância das provas no processo e as inúmeras divergências sobre o tema. Sua relevância social encontra-se no direito a ampla defesa do cidadão, além disso está em prol da justiça e do encontro da verdade dos fatos, para assim, então, poder aplicar a pena a quem for condenado ou deixar livre que for absolvido.

Para alcançar os objetivos propostos, utiliza-se como técnica a pesquisa bibliográfica e documental, através do método indutivo e do procedimento analítico-descritivo.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A produção de prova no processo penal é norteada por princípios, de acordo com garantias e liberdade individuais consagradas pela Constituição Federal. Antes de elencá-los, cabe citar o conceito de princípio:

[...] aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, as mesmo tempo que conferem unidade ao sistema normativo e, em alguns casos, diante da inexistência de regras, resolvendo diretamente os conflitos. (BONFIM, 2008, p. 34)

2.1 Princípio da não- auto- incriminação

O Princípio da não- auto- incriminação origina- se do brocardo *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o acusado não pode ser obrigado a produzir provas contra si. O que esse princípio fundamental determina é o direito constitucional ao silêncio, que abrange a não- obrigatoriedade do investigado, no inquérito policial, ou o réu, no processo penal, a responder perguntas na sua oitiva. Além disso, o réu ou acusado não é obrigado a colaborar na produção de provas contra si mesmo e que facilite sua incriminação. Bonfim salienta que:

[...] o silêncio ou a não colaboração conforme o caso, não podem ser interpretados contrariamente à defesa, não servindo de prova contra o acusado. (BONFIM, 2008, p. 319)

2.2 Princípio do contraditório

Já o Princípio do contraditório está essencialmente ligado ao devido processo legal. Ele representa a igualdade entre as partes, iguala as

oportunidades e equilibra o poder estatal que conduz o feito. Esse princípio aplica-se tanto para quem acusa e para quem se defende, oportunizando contrariar, contestar e manifestar sua versão dos fatos, bem como seu interesse. No entanto, o contraditório nem sempre é uma imposição de manifestação e sim uma abertura para analisar e expressar-se, serve para se manifestar no processo em relação a algo e não somente contrariar a outra parte. Nucci estabelece que:

O contraditório possui o natural limite da dialética: um argumento gera um contra-argumento; uma prova gera uma contraprova; um pedido provoca um contrapedido ou uma contrariedade. Porém, uma das partes finalizará o uso do contraditório. Não se pode validar o infinito método de contraposição de argumentos ou pedidos. (NUCCI, 2010, p. 287)

Dentro processo penal, após iniciar a ação penal, ou seja, recebida a peça acusatória, o réu deverá ser citado para se defender. Trata-se de contraditório obrigatório, devido a ampla defesa.

Já contrariar a prova produzida é uma relevância do contraditório, uma vez que as provas pertencem à esfera dos fatos. É através dela que se demonstra ao juiz a verdade dos fatos alegados.

É vista como ofensa ao princípio do contraditório, pelos tribunais, a prova nova introduzida em contrarrazões, assim a mesma é inadmitida, conforme se observa:

Prova nova apresentada pelo Ministério Público em contra-razões, sem vista à defesa. Consideração pelo acórdão. Inadmissibilidade. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Ordem concedida. É nula a decisão que se remete, expressamente, a provas admitidas sem contraditório em contra-razões de recurso. (BRASIL, (HC 87.114 – SP, 2ª T., rel. Cezar Peluso, 04/12/2009, v.u, STF). (BRASIL, 2015b)

Ainda, cabe ressaltar que a prova emprestada também é dita como ofensa ao princípio do contraditório, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Ao contrário do que sustenta o impetrante, a extensa sentença condenatória está amparada em farto conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório, não prosperando a alegação de que estaria baseada unicamente em prova emprestada. A leitura do acórdão revela que a condenação está devida e fundamentadamente amparada em provas colhidas na respectiva ação penal, atestando-se a existência de uma organização criminoso voltada à exploração do alto narcotráfico, por meio, principalmente, da utilização de aeronaves destinadas ao transporte da droga, inclusive em âmbito internacional, configurando-se claramente a prática dos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas. Não se olvide que esta Corte tem se manifestado pela admissibilidade da prova emprestada quando agregada a outros elementos de convicção produzidos no processo, sob o crivo do contraditório. (BRASIL, 2015n)

Ainda, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme jurisprudência que segue:

PROVA EMPRESTADA - DECRETO CONDENATÓRIO QUE SE ARRIMA, EXCLUSIVAMENTE, NAS PALAVRAS DO CO-AUTOR, OBTIDAS EM OUTRO PROCESSO, E SEM O CRIVO DO CONTRADITÓRIO - PREJUÍZO À AMPLA DEFESA - INEXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA - ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO PROVIDO. (TJ-SC - Apelação Criminal APR 445659 SC 2006.044565-9) (SANTA CATARINA, 2015o)

2.3 Princípio da ampla defesa

Existe também o Princípio da ampla defesa, o qual estabelece que, defesa é um direito da pessoa, que a dignifica na sociedade. Nucci vai além e diz:

Representa uma proteção, uma oposição ou uma justificação voltada à acusação da prática de um crime, quando se está no cenário penal. Emerge de forma automática, na maior parte das vezes, tendo em vista a natureza humana, calcada no sentimento de preservação e subsistência. (NUCCI, 2010, p. 263)

A possibilidade de poder se defender é sem dúvida a chance de preservar o estado de inocência, o que também dignifica a pessoa humana. A autoproteção deve ser de forma solta e eficiente, sem demasiado formalismo. Assim

cumprindo o que preza a Constituição Federal, que cuida também dos interesses indisponíveis dos indivíduos. Os princípios do contraditório e ampla defesa estão assegurados no artigo 5º, LV, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2015c)

Dessa disposição legal extrai-se importantes direitos, como: realizar pedidos, expor fatos, alegar sua versão dos fatos, ou seja, contradizer o que foi dito pelo autor; bem como, se não for dada a possibilidade de defesa àquele cujo qual foi movido o processo será ele nulo, o que impossibilita qualquer medida dele decorrente.

2.4 Princípio do juiz imparcial

Ainda, há o Princípio do juiz imparcial: As pessoas tem o direito de serem ouvidas, bem como amparadas por suas garantias, por um juiz ou tribunal competente e imparcial, já estabelecido por lei anterior. Nucci estabelece o seguinte:

A imparcialidade é inerente à Justiça, pois razões para agir deste ou daquele modo todos possuem, cabendo ao Judiciário firmar o autêntico fundamento para a consagração de direitos e imposição de obrigações. Sem o julgamento desapassionado, o monopólio de distribuição de justiça, abraçado pelo Estado, ficaria prejudicado, dando ensejo ao (re)nascimento da justiça pelas próprias mãos. (NUCCI, 2010, p. 304-305)

Esse princípio torna o princípio da legalidade uma realidade, pois abrange a confiabilidade do sistema judiciário e do direito em si, deixando de ser mera pretensão.

2.5 Princípio da Oralidade

Outro princípio que norteia a prova no processo penal é o Princípio da Oralidade: esse princípio estabelece maior valor à palavra falada sobre a escrita, ou seja, prefere palavra falada. Para Bonfim :

Regem principalmente as provas produzidas em audiência, motivo pela qual os depoimentos são, tanto quanto possível, prestados oralmente, permitindo- se apenas em caso excepcionais seja prestado por escrito. O princípio da oralidade é explicitamente previsto para os processos de competência dos Juizados Especiais Criminais. (BONFIM, 2008, p. 320)

Dessa forma, observa- se que esse princípio visa pela imediação ou imediatidade, o que aproxima as partes e demais sujeitos do processo, colaborando para a construção de impressões de realidade processual.

2.6 Princípio da comunhão das provas

Há ainda, o Princípio da comunhão das provas: a prova juntada aos autos, seja qual for a parte que a juntou ou até mesmo se foi o juiz a *ex officio*, fica a serviço e disposição do juízo e não a quem lhe produziu. Bonfim assim afirma: “Por esse princípio, a prova produzida pelas partes integra um conjunto probatório unitário, podendo favorecer a qualquer dos litigantes.” (BONFIM, 2008, p. 319)

2.7 Princípio da auto-responsabilidade

O Princípio da auto-responsabilidade das partes, também faz parte do elenco, e está diretamente relacionado com o ônus da prova, ou seja, a quem compete produzir as provas das alegações e fatos. Para Capez esse princípio significa que “as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais”. (CAPEZ, 2012, p. 400)

Importante, citar também o princípio da concentração, o qual é uma consequência do princípio da oralidade, pois busca concentrar a totalidade da produção de prova em audiência. Bonfim afirma:

As provas, tanto quanto possível, deverão ser produzidas em audiência, alvo nas hipóteses de urgência ou de necessidade de realização antecipada. (BONFIM, 2008, p. 321)

2.8 Princípio da publicidade

Cabe ainda como princípio que norteia a prova no processo penal, o princípio da publicidade, que é importante no que diz respeito à moralidade, à transparência. Faz com que a atividade estatal tenha uma atuação aberta e voltada à sociedade. O artigo 93, IX, da Constituição Federal dispõe:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 2015c)

Quanto ao sigilo e ao segredo, em alguns casos, são essenciais para preservar valores. Tão afirmativa tem arrimo nos artigos 792, § 1º do Código de Processo Penal:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. (BRASIL, 2015d)

Bem como no artigo 5º, LX da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. (BRASIL, 2015c)

Assim fica claro através desse princípio que, a instrução criminal deverá ser pública, bem como os demais atos processuais, exceto pelo exposto acima.

A produção de prova deve conduzir à verdade dos fatos, em relação a essa afirmativa observa-se o princípio da verdade real, que se contrapõe ao princípio da verdade formal, pois, no processo penal, busca-se a realidade, já que há um elevado grau de interesse social. Dessa forma, as provas não serão produzidas somente pelas partes, mas também por qualquer interessado, assim as provas serão em favor da sociedade.

2.9 Princípio do *in dubio pro reo*

Com efeito, há o princípio do *in dubio pro reo*, que muito bem descrito é por Bonfim:

[...] tem sua antítese teórica no princípio *in dubio pro societate*, que preceitua que, no caso de dúvida acerca de culpabilidade do acusado, decida-se em favor da sociedade. (BONFIM, 2008, p. 48)

Esse princípio sempre vigorará quando se tratar de sentença definitiva do mérito, em qualquer tipo de procedimento.

2.10 Princípio da presunção da inocência

No mesmo sentido de beneficiar o réu, existe o princípio da presunção da inocência. Para introduzir Nucci ensina:

No cenário penal, reputa-se inocente a pessoa não culpada, ou seja, não considerada autora do crime. Não se trata, por óbvio, de um conceito singelo de candura ou ingenuidade. O estado natural do ser humano, seguindo-se fielmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base do Estado Democrático de Direito, é a inocência. Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o Estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação criminal. (NUCCI, 2010, p. 239)

Ainda, importante frisar que o estado de inocência é indisponível e irrenunciável, deve ser absolutamente respeitado em virtude da dignidade da pessoa humana. Por isso se presume inocente qualquer indiciado ou réu não culpado, assim inocência é regra e culpa a exceção. Dessa forma, fica o Estado obrigado a provas essa exceção.

A previsão desse princípio está no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 2015c)

Além disso, o princípio da inocência traz consigo outros princípios, pois se o indivíduo é por sua natureza inocente, não cabe a ele produzir qualquer espécie de prova para demonstrar sua culpa. Dessa forma, é consagrado o direito ao silêncio, em caráter absoluto.

Em suma, o princípio da inocência significa a prevalência do estado natural do ser humano quando houver dúvida razoável.

2.11 Princípio da vedação das provas ilícitas

Verifica-se, ainda, a existência do princípio da vedação das provas ilícitas, que no âmbito de processo penal visa a ética e imparcialidade do Estado, especialmente no que diz respeito a condução do devido processo legal. Tal princípio fundamenta-se no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (BRASIL, 2015c)

Bonfim esclarece sobre o princípio:

O princípio constitui, em verdade, uma vedação a que o juízo adote, como elemento de convencimento no curso do processo penal, elementos de prova obtidos por meios considerados ilícitos. [...] Assim, conquanto o processo penal tenha por finalidade a busca da verdade real, esse valor encontra limites em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, principalmente nos direitos e garantias fundamentais assegurados ao cidadão. Provas obtidas por meios ilegítimos, portanto, não devem influir na formação do convencimento do juiz. (BONFIM, 2008, p. 49)

Assim, nota-se que é proibido fazer o uso de provas viciadas desde sua origem, pois são oriundas de ilicitude. Não adianta termos processos que buscam e contem diversas garantias e formalismos constitucionais, voltados à verificação da verdade real dos fatos, com seu instrumento de averiguação dessa verdade marcado por ilicitude. Nucci completa:

A vedação constitucional não diz respeito à formação da prova ilícita, quando por meios ilícitos, mas, sim, à obtenção da prova ilícita, por mecanismos ilícitos. (NUCCI, 2010, p. 323)

No entanto, quando se trata de prova ilícita, interesse do réu e sua absolvição, a prova mesmo sendo ilícita não será desprezada. Nucci justifica tal afirmativa:

A produção de prova ilícita tem por resultado, como regra, a sua eliminação do processo. Porém, caso de trate de prova indispensável para garantir a absolvição do acusado, demonstrando seu estado natural de inocência, jamais se pode desprezá-la. Lembremos que o Estado possui um propósito ao vedar a produção de provas lícitas, que é manter a ética e a lisura dos atos processuais, mas, acima disso, encontra-se a realização de justiça e a total inviabilidade de cometimento de um erro judiciário. Inexiste fundamento lógico para garantir a ética, em nome da falsa condenação de um inocente; transborda-se de lisura dos meios para a ruptura ética do resultado. (NUCCI, 2010, p. 324)

Por isso, a estrutura o Estado que opera o Direito deve ter objetivo assegurar o estado de inocência do indivíduo, até que o contrário seja demonstrado.

2.12 Princípio da proporcionalidade

Outro princípio diretamente relacionado com a prova, no entanto, diretamente ligado à prova ilícita, é o da proporcionalidade. Esse princípio surgiu na Alemanha. E serve como critério de razoabilidade e/ou interesse preponderante.

Por intermédio desse princípio, em algumas situações, a prova ilícita é admitida por ser a única forma possível para a proteção de outros valores fundamentais e vistos como mais urgentes.

Dessa forma, verifica-se que o princípio da proporcionalidade é trata de uma exceção aos princípios constitucionais que proíbem a prova ilícita, sua base é o equilíbrio entre os valores fundamentais que conflitam.

O princípio da proporcionalidade não deixa de reconhecer a inconstitucionalidade da prova ilícita, porém, aceita que o julgador analise se irá usar ou não essa prova, fazendo assim, um sacrifício com o estabelecido pela constituição para escolher o que for mais justo e dessa forma buscar pela justiça.

Bonavides conceitua esse princípio:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição. (BONAVIDES, 2001, p. 397)

Dessa forma, é notório que esse princípio visa tirar o caráter absoluto da proibição do uso de prova ilícita. Bonfim fundamenta tal afirmativa:

[...] sua existência reside na ideia de que a luta contra a criminalidade, sendo um bem jurídico inegavelmente valioso, e a busca da verdade, justificam, em certas ocasiões, que a utilização de uma prova ilícita seja admissível, desde que haja notória preponderância entre o valor do bem jurídico tutelado em relação àquele que a prova desrespeita. (BONFIM, 2008, p. 321)

Assim, entende-se que a proporcionalidade é a harmonia dos valores dentro do sistema jurídico.

2.13 Teoria denominada dos frutos da árvore envenenada

Cabe salientar, ainda, que há a teoria denominada dos frutos da árvore envenenada. Essa teoria tem origem de regras jurisprudenciais oriundas da Suprema Corte norte-americana, mais especificamente no acórdão do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920. Onde os agentes federais, sem mandado de busca e apreensão, obtiveram documentos que incriminavam a empresa investigada, sendo que esses documentos pertenciam à própria empresa. Assim, o juiz determinou a devolução dos documentos em virtude da garantia de propriedade.

Bonfim, explica tal teoria:

[...] as provas obtidas licitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação de direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois "contaminadas" pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-la. (BONFIM, 2008, p. 313)

Importante referir, que se a prova contaminada foi colhida no inquérito policial não irá atingir as provas obtidas durante o processo penal, nesse sentido é que têm seguido as decisões dos tribunais brasileiros.

3 DA PROVA

A palavra prova tem origem do latim- *probatio*, cujo significado é ensaio, inspeção, exame, verificação, entre outros. De tal significado deriva a palavra provar- *probare*, que significa examinar, aprovar, reconhecer por experiência ou demonstrar.

No processo penal para que o juiz declare a responsabilidade criminal e assim imponha a sanção penal é necessário que ele tenha certeza de que o ilícito penal tenha ocorrido e que a pessoa tenha sido autora. Dessa forma, deve convencer-se de que os fatos são verdadeiros. A apuração dos fatos é feita na fase de instrução do processo penal, nessa fase as partes objetivam demonstrar a veracidade ou a falsidade do que é imputado ao réu.

Cabe ainda referir que a palavra prova tem três sentidos:

- a) Ato de provar: é a forma pela qual se verifica a precisão ou a verdade do fato (exemplo: fase probatória);
- b) Meio: processo pelo qual se demonstra a verdade sobre algum fato (exemplo: prova testemunhal);
- c) Resultado da ação de provar: é o que foi obtido através da análise dos instrumentos de provas oferecidos, assim apontando a verdade de um determinado fato;

Nas palavras de Capez prova é:

[...] é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (CAPEZ, 2012, p. 360)

3.1 Meios de prova

São as formas ou recursos usados para demonstrar ou pesquisar a verdade. Bem como todas as ações e coisas utilizadas que mostram a verdade. Capez em sua lição diz que:

[...] meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim, temos: a prova documental, a pericial, a testemunhal etc.(CAPEZ, 2012, p. 394)

No direito processual penal brasileiro vigora o princípio da verdade real, tal princípio estabelece que não a qualquer tipo de limitação à produção de provas. Pois essa limitação iria prejudicar a interesse estatal para a justa aplicação da lei, bem como não permitiria a obtenção da verdade real. Assim, a investigação deve ser de forma ampla, já que visa pela verdade dos fatos, da autoria e das circunstâncias dos fatos.

No entanto, o princípio da verdade real, não é absoluto. O artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Penal impõe um limite a esse princípio, conforme segue:

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (BRASIL, 2015d)

Um exemplo disso é o estado de casado, que se prova através da certidão de casamento do registro civil, não valendo qualquer outro meio probatório.

Ademais, as restrições impostas pela lei civil não valem no processo penal, como ilustra Nucci:

Ilustrando, podemos lembrar que a lei processual civil autoriza que o juiz indefira a produção de prova testemunhal, quando versar sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” ou quando “só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (art. 400, I e II, Código de Processo Penal). Tal restrição não vige em processo penal, pois, não dizendo respeito ao estado das pessoas – única limitação admitida – pode a parte pretender ouvir testemunhas, ainda que seja para contrariar algo constante em qualquer tipo de documento ou mesmo para confirmar ou afastar a credibilidade da confissão, cujo valor é relativo na esfera criminal. (NUCCI, 2012, p. 390)

Assim, toda a prova que não contrariar o ordenamento jurídico poderá ser utilizada no processo penal, salvo as que estão sob expressa vedação do artigo 155 parágrafo único do Código de Processo Penal. Dessa forma, fica claro que as provas podem ser lícitas (as que são admitidas pela lei) e as ilícitas (contrárias à lei), somente as primeiras devem ser levadas ao juiz. Porém, vale frisar que os meios ilícitos de produção de prova não são apenas os proibidos pelas lei, mas também todos os meios que foram contra a moral, os que atentarem à dignidade, os antiéticos, os que ferirem à liberdade da pessoa humana e os bons costumes.

Prova emprestada, é um dos meios probatórios. É aquela colhida de uma causa anterior, ou produzida por documento e depoimento tirado de um outro processo judicial. No entanto, cabe ao juiz observar como foi produzida, devendo ter cuidado em saber se existiu o devido processo legal. Conforme confirma Nucci:

É aquela produzida em outro processo, através da produção documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. (NUCCI, 2012, p. 390)

Esse cuidado que o juiz deve tomar inclui o contraditório, pois deve observar se as partes envolvidas são as mesmas em ambos os processos. Pois, caso não sejam as mesmas a testemunha cujo qual depoimento deverá ser emprestado, deverá ser novamente inquirida. Assim, permitindo que a parte contrária possa lhe fazer perguntas.

No mesmo sentido, segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais freqüentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese de autos de apreensão de partidas de entorpecentes e de laudos periciais que como tal os identificaram, tomados de empréstimo de diversos inquéritos policiais para documentar a existência e o volume da cocaína antes apreendida e depositada na Delegacia, pressuposto de fato de sua subtração imputada aos pacientes: são provas que - além de não submetidas por lei à produção contraditória (CPrPen, art. 6º, II, III e VII e art. 159) - nas circunstâncias do caso, jamais poderiam ter sido produzidas com a participação dos acusados, pois atinentes a fatos anteriores ao delito. (BRASIL, 2015p)

De qualquer modo, a prova emprestada por si só, não é suficiente para decretar a condenação.

Apesar do nome as provas ilícitas, também fazem parte dos meios de prova, porém na maior parte dos processos não são admitidas. São aquelas que contrariam a lei, tanto no meio como são produzidas, como também ao modo de obtenção.

Por isso a Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito.” (BRASIL, 2015b)

Tal disposição justifica-se pelo motivo de que não seria correto o Estado permitir que os particulares ou até mesmo seus agentes violassem outras normas jurídicas para garantir êxito probatório. Se permitisse a produção de provas de forma livre estaria incentivando a desordem, bem como contradizendo à ordem jurídica a qual tutela através de sua atividade jurisdicional.

Para Nucci provas ilícitas são:

[...] as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. (NUCCI, 2012, p. 390 e 391)

O Código de Processo Penal seguindo o que diz a Constituição Federal também estabeleceu em seu artigo 157 a inadmissibilidade da prova ilícita, conforme segue:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

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

§ 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 da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (BRASIL, 2015d)

A doutrina classifica as provas ilícitas de acordo com a norma que viola, em: a) prova ilícita em sentido estrito — prova obtida por meio de violação de norma, legal ou constitucional, de direito material, ou seja, independe da existência do processo. b) prova ilegítima — é como se designa a prova obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual. É a prova, portanto, que deriva de comportamento processualmente ilícito.

Independente da espécie de prova ilegal (ilícita em sentido estrito ou ilegítima), sua utilização será sempre vedada, devendo ser reconhecida sua ineficácia.

A importância do reconhecimento de sua ineficácia serve para evitar abusos e arbitrariedades pelos órgãos investigativos.

Há também como meio probatório o *Álibi*, que significa “em outro local”, “em outra parte”. No processo penal, o *álibi* é utilizado como meio de prova. Visa demonstrar que a impossibilidade material do acusado ter participado do crime através de uma alegação fática.

Ainda, Capez em sua lição diz que *álibi* “é chamado pela doutrina de prova negativa, no sentido de que visa a negar, desconstituir as provas em que se funda a acusação.” (CAPEZ, 2012, p. 398)

Fica com o ônus de comprovar se o *álibi* é verdadeiro que o alega, conforme fixa o artigo 158 do Código de Processo Penal:

Art. 158 - Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (BRASIL, 2015d)

Outra forma de provar é a através da prova ilícita por derivação, a qual tem admissibilidade questionada. O Supremo Tribunal Federal adotou a Teoria dos frutos da árvore envenenada ou efeito à distância, posteriormente a legislação introduziu a proibição do uso da prova ilícita por derivação. O principal objetivo é estabelecer a imprestabilidade da prova por si mesma, bem como, de sua obtenção, cuja tal seja oriunda de uma ação ilícita.

Como preleciona Nucci:

Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não pode aceitar as provas que daí advenham. (NUCCI, 2012, p. 100)

Nucci também exemplifica:

[...] graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consegue obter dados para a localização da coisa furtada. A partir disso, obtém um mandado judicial, invade o lugar e apreende o material. Note-se que a apreensão está eivada do veneno gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial.” (NUCCI, 2012, p. 100)

Em relação a possibilidade de se aplicar a prova produzida de forma ilícita, parte da doutrina tem se fundamentado na Teoria da proporcionalidade. Tal teoria tem o objetivo de equilibrar os direitos de cada indivíduo, bem como, os interesses sociais. Assim, não se admitindo a rejeição insistente das provas advindas de meios ilícitos.

Essa inadmissibilidade vem expressa a partir da edição da Lei nº 11.690/2008, em seu artigo 157, primeira parte, do Código de Processo Penal), assim pacificando, o entendimento jurisprudencial, deixando esclarecido que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam as provas ulteriores, mesmo que sejam produzidas licitamente.

Exemplificando:

[...] a apreensão de substâncias entorpecentes em residência vistoriada por determinação judicial (prova, em princípio, lícita) não terá valor probatório acaso a informação que possibilitou a expedição do mandado de busca e a descoberta da droga tenha sido obtida por meio de escuta telefônica ilegal. (REIS, 2013,p.142)

3.2 Objeto da prova

O objeto da prova é aquilo que se quer demonstrar, ou seja, é o fato, alegação ou circunstância relacionada ao litígio. É também aquilo que se faz necessário tornar conhecido pelo juiz que irá resolver o litígio. Não é somente o fato criminoso e sua autoria, abrange todas as circunstâncias que possam influenciar na aplicação da pena e na responsabilidade penal.

Capez define o objeto na prova em sua lição:

São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual. (CAPEZ, 2012, p. 360- 361)

Assim, observa-se que o objeto da prova é tudo o que for relevante ao processo, tudo que deve ser provado e demonstrado. No entanto, existem fatos que não necessitam ser provados, tais como: a) fatos intuitivos ou axiomáticos; b) fatos notórios; c) presunções legais; d) fatos inúteis; e) fatos impossíveis; f) fatos irrelevantes ou impertinentes.

Os fatos intuitivos ou axiomáticos são os fatos evidentes por si só, ou seja, existe um auto grau de certeza que se tem sobre algo. Mirabete explica:

A prova de que o acusado estava em determinado lugar em determinada hora, por exemplo, exclui a necessidade de se comprovar que ele não estava no local do crime, ocorrido em outra cidade distante[...] (MIRABETE, 2003, p. 257)

Nesses casos verifica-se que a convicção é formada pela evidência, logo, não precisa de prova. Como é o caso de uma morte violenta, que tenha inúmeras lesões externas o que faz com que o exame de corpo de delito seja dispensado, conforme o artigo 162, parágrafo único, do Código de Processo Penal:

Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.
Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante. (BRASIL, 2015d)

Capez exemplifica a aplicação do artigo acima citado: “[...] um ciclista é atropelado por uma jamanta e seu corpo é dividido em pedaços.(CAPEZ, 2012, p. 361)

Os fatos notórios tratam-se da aplicação do princípio do *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova. Os fatos notórios são os que fazem parte da cultura normal da sociedade, como por exemplo o fato de saber que no Nordeste faz calor. Mirabete atenta para algumas situações:

Não se confunde a notoriedade do fato com o conhecimento do juiz; um fato pode ser de conhecimento e não ser notório. Também não se confunde ela com a vox pública, o conhecimento de um número indeterminado de pessoas constituído de rumores, boatos vagos e imponderáveis que se espalham pelo povo e que podem advir de lendas e invenções ou, ainda quando verdadeiros, podem ser aumentados e corrompidos. (MIRABETE, 2003, p. 258 apud, HÉLIO, p. 281). Difere também a notoriedade do clamor público, que é o brado, o estrépido, a indignação provocada pela prática de delito e que, na nossa legislação, por exemplo, torna inafiançáveis os crimes punidos com reclusão (artigo 323, V, do CPP) (MIRABETE, 2003, p. 258) – TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1 ou TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. v. 1.

As presunções legais são os fatos que não tem prova em sentido contrário, ou seja, não precisam ser provados. Mirabete estabelece que: “Presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em conta aquilo que em geral acontece.” (MIRABETE, 2003, p. 258).

Já Capez diz que são presunções legais:

[...] porque são conclusões decorrentes da própria lei, ou ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). (CAPEZ, 2012, p. 361)

E ainda exemplifica:

[...] a acusação não poderá provar que um menor de 18 anos tinha plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, pois a legislação presume sua incapacidade (inimputabilidade) de modo absoluto (*juris et de jure*), sem sequer admitir prova em contrário. Alguém que pratica um crime em estado de embriaguez completa, provocada por ingestão voluntária ou culposa de álcool ou substância

entorpecente, não poderá provar que no momento da infração não sabia o que estava fazendo, pois a lei presume sua responsabilidade sem admitir prova em contrário (*actio libera in causa* – a sua ação foi livre na causa). (CAPEZ, 2012, p. 361)

Fatos inúteis são os fatos que sendo verdadeiros ou não, não tem influência na resolução da causa, nem ajudam na apuração da verdade real dos fatos.

Capez exemplifica: “[...] a testemunha afirma que o crime se deu em momento próximo ao do jantar, e o juiz quer saber quais os pratos que foram servidos durante tal refeição” (CAPEZ, 2012, p. 361).

Fatos impossíveis são os que causam aversão à qualquer pessoa informada. Nucci explica: “Dizer o réu que estava na Lua no momento do crime.” (NUCCI, 2012, p. 392)

Fatos irrelevantes ou impertinentes: Nucci os descreve como “os que não dizem respeito à solução da causa”. E ainda, exemplifica: “verificação da passatempo preferido da vítima, se não guarda correspondência com o fato imputado ao réu”. (NUCCI, 2012, p. 392)

Assim, excluindo os fatos acima citados os demais fatos devem ser provados, especialmente o fato admitido ou aceito. Pois no processo penal há a necessidade da produção de prova, porque o juiz pode questionar o que lhe é duvidoso ou até suspeito.

Na visão de Capez para que haja produção de provas a prova deve ser:

a) admissível: (permitida pela lei ou costumes judiciários). É também conhecida como prova genética, como tal entendida toda a prova admitida pelo direito; b) pertinente ou fundada (aquela que tenha relação com o processo, contrapondo-se à prova inútil); c) concludente (visa esclarecer uma questão controvertida); e d) possível de realização. (CAPEZ, 2012, p. 362)

Dessa forma, conclui-se que se o fato não está entre os que não necessitam de prova, e ao mesmo tempo seja admitido, pertinente, concludente e possível, a prova não poderá ser negada.

3.3 Classificação

A doutrina tem classificado as provas de diversas formas, algumas delas são:

Quanto ao objeto, quando se busca demonstrar a existência de um fato: direta ou indireta. Com relação a prova direta, ocorre quando a prova por si só esclarece e prova os fatos. Capez diz que a prova direta “refere-se diretamente ao fato probando” (CAPEZ, 2012, p. 393) e Mirabete completa dizendo que a prova direta “dá certeza deles por testemunhas, documentos etc.” (MIRABETE, 2003, p. 258). Já a prova indireta ocorre quando a prova alcança o fato principal através de uma lógica- dedutiva, onde se leva em consideração outros fatos secundários, no entanto, relacionados com o primeiro. Mirabete esclarece:

[...] indireta, quando comprovado um outro fato, se permite concluir o alegado diante de sua ligação com o primeiro, como na hipótese de um alibi, em que a presença comprovada do acusado em lugar diverso do crime permite concluir que não praticou o ilícito. (MIRABETE, 2003, p. 258)

Já em virtude do seu valor ou efeito, a prova pode ser: plena ou não plena (indiciária). A prova plena é o tipo de prova completo, necessário e convincente, para que assim haja juízo de certeza de que for julgar. Capez dá como exemplo, a prova “exigida para a condenação” (CAPEZ, 2012, p. 393). A prova não plena ou indiciária é a prova que apresenta mera probabilidade de procedência do alegado, servindo apenas nas fases processuais em que não se necessita de juízo de certeza. Mirabete exemplifica: [...] suficiente para medidas preliminares como arresto, sequestro, prisão preventiva, apreensão etc. (MIRABETE, 2003, p. 258)

A prova também é classificada no que diz respeito ao seu sujeito ou causa, como prova real ou pessoal. Reais são as provas materiais, distintas do indivíduo e que confirmam as alegações, como por exemplo: a arma do crime, o local do crime, o cadáver, pegadas, entre outras. As provas pessoais são as que se referem ao conhecimento subjetivo e pessoal de alguém. Capez assim descreve:

[...] aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e consciente, como as realizadas por declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais). (CAPEZ, 2012, p. 394)

Quanto à forma ou aparência, a prova pode ser testemunhal, documental ou material. A prova testemunhal é oriunda de depoimentos prestados por alguém estranho ao processo sobre os fatos que conheça sobre o litígio. A prova documental é efetuada através de documentos. A prova material é a obtida através de meio químico, biológico e físico, ou seja, através de exames, corpo de delito, instrumento do crime ou vistorias.

3.4 Ônus da prova

A prova no processo penal não é uma obrigação, consiste em um ônus. A diferença entre as duas encontra-se no fato de que na obrigação a parte deve praticar um ato, sob pena de estar violando uma lei, já no ônus a realização de apresentação de prova é facultativo, de tal forma que se não realizado não implicará em desobediência ao ordenamento jurídico.

Nucci confirma o que é ônus da prova:

Ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cuja não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em

demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o dever processual de fazê-lo. Do contrário, haveria uma sanção processual, consistente em perder a causa. (NUCCI, 2012, p. 393)

Capez frisa em relação à não apresentação de prova que:

[...] embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação. (CAPEZ, 2012, p. 396)

Assim, o ônus da prova passa a ser o interesse da parte que alega em provar o que foi dito para o juiz, buscando convencê-lo nos seus argumentos, conforme estabelece o artigo 156, caput, do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2015d)

Além disso, faz-se importante comentar que no processo penal o ônus da prova, como regra, é da acusação, pois é ela que apresenta a imputação em juízo por meio da denúncia ou da queixa-crime. No entanto, o réu pode pegar para si a produção de fazer provas.

Na visão de Capez:

[...] cabe provar a quem tem interesse em afirmar. A quem apresenta uma pretensão cumpre provas os fatos constitutivos; a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. (CAPEZ, 2012, p. 396)

Porém, a regra de que o ônus da prova incumbe a quem alega não é absoluta, segundo o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal:

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

[...]

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2015d)

Dessa forma, fica facultado ao juiz de ofício determinar quem irá produzir as provas necessários para esclarecer as dúvidas e ajudar na resolução da causa.

3.5 Sistemas de apreciação da prova

Devido a evolução da justiça penal ocorreram alterações nos sistemas de apreciação das provas. Inicialmente, as provas eram apreciadas através do sistema ético ou pagão, onde as provas eram apreciadas pelas simples impressões do juiz, que as classificava de acordo com sua experiência e de forma empírica.

Posteriormente, surgiu o sistema religioso, onde se invocava o julgamento divino, através de juízos de Deus, ordálias e duelos judiciários.

Hoje, vislumbram-se três sistemas de apreciação de prova sendo o primeiro o sistema de prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado; o segundo o sistema de certeza moral do juiz ou de íntima convicção e o terceiro o sistema da livre (não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional. Cumpre estabelecer a definição de cada um deles.

O sistema de prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado trata-se do sistema no qual não há nenhuma margem de discricionariedade para o julgador, não deixando que dê maior ou menor importância à prova. Assim, não há qualquer convicção pessoal na

valoração da prova, mas sim obediência ao sistema imposto pela lei. Capez ressalta que:

Desse sistema se origina o absurdo brocardo testis unus, testis nullus, pelo qual o depoimento de uma só testemunha, por mais detalhado e verossímil que seja, não tem qualquer valor. (CAPEZ, 2012, p. 399)

Como exceção, vigora, por exemplo, as hipóteses do artigo 158 do Código de Processo Penal:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (BRASIL, 2015d)

E também do artigo 155 do Código de Processo Penal:

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (BRASIL, 2015d)

Através da lição de Nucci, conclui-se que esse sistema é:

[...] ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. (NUCCI, 2012, p. 395)

O sistema de certeza moral do juiz ou de íntima convicção trata-se do oposto do sistema anterior, pois esse sistema permite a valoração livre ou a

íntima convicção do magistrado, não se fazendo necessária a motivação da sua decisão.

Capez completa:

[...] convicção íntima, formada não importa por quais critérios, é o que basta, não havendo critérios balizadores para o julgamento. Esse sistema vigora entre nós, como exceção, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais o jurado profere seu voto, sem necessidade de fundamentação. (CAPEZ, 2012, p. 399)

Por fim, o sistema da livre (não íntima) convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional é o método de apreciar misto, é o equilíbrio entre os dois sistemas já mencionados. Tal sistema permite que o juiz forme sua convicção sem estar preso a critérios. Porém, essa liberdade não é absoluta, pois a decisão do julgador deverá ser fundamentada. Conforme artigo 155, caput, do Código de Processo Penal:

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. (BRASIL, 2015d)

Atualmente, esse é o sistema adotado majoritariamente no processo penal brasileiro, conforme determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (BRASIL, 2015c)

É importante que o juiz tenha essa liberdade, pois pode extrair de sua experiência e vivência a apreciação correta para decidir o caso.

3.6 Procedimento probatório

O procedimento probatório está dividido em quatro fases. A primeira é a da Proposição, momento previsto para a produção da prova, tais provas devem ser propostas com a peça de acusação e com a defesa fixada pelos artigos 396-A e 406, § 3º, do Código de Processo Penal:

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (BRASIL, 2015d)

O artigo 406, § 3º, do Código de Processo Penal, também estabelece o momento da preposição:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

[...]

§ 3º Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (BRASIL, 2015d)

No entanto, há uma exceção à essa disposição, que diz respeito ao incidente de insanidade mental do acusado. As provas relacionadas à essa exceção podem ser requeridas pelas partes ou até mesmo pelo julgador, em qualquer momento, até mesmo se estiver em grau de recurso.

A segunda fase é a da admissão. Consistente é um ato exclusivo do juiz, que após examinar as provas apresentadas irá deferi- lás ou não. Capez explica ainda que:

Cumprе consignar que a nova reforma processual penal introduziu a audiência una no procedimento comum, de forma que, consoante os termos do art. 400, § 1º, do CPP, com a nova redação determinada pela Lei n. 11.719/2008, as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. (CAPEZ, 2012, p. 398)

Já a terceira fase trata da Produção, são os atos processuais que levam ao juízo as provas apresentadas pelas partes e que irão atuar como compostos da convicção.

A última fase é a da Valoração, é o ato pelo qual o magistrado dá a devida importância às provas produzidas, seguindo sua convicção e fundamentando- a. Nesse momento dá- se o despacho dentro do processo.

4 APLICAÇÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Para que haja adequada compreensão do tema pesquisado, passar-se-á a analisar a forma com que os tribunais tem visto, analisado e admitido as provas que compõem o processo penal, em especial, aquelas consideradas como ilícitas, conforme análise do capítulo anterior.

4.1 Abordagem jurisprudencial

Cabe referir, inicialmente, que através da Lei nº 11.690/2008 ficou esclarecido que é inadmissível o uso de provas ilícitas. Porém, vislumbram-se duas hipóteses de aplicação excepcional, quais sejam, quando não existir nexo de causalidade entre a prova precedente e a posterior, ou quando a prova for obtida através de meio independente da primeira.

Nessas duas hipóteses apresentadas, os tribunais entendem que não se pode falar em contaminação, pois deve-se observar primeiramente o nexo, o vínculo entre a prova ilícita e a posterior.

4.2 Da prova lícita e do princípio da proporcionalidade

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. Gravações de conversas por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal, máxime se a ela se agregam outros elementos de prova. “Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.” Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada. (BRASIL,2015e)

4.3 Da prova ilícita por derivação

O objeto de busca e apreensão sem mandado judicial é tido como prova ilícita por derivação, conforme julgado abaixo:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI)- ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE[...]CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II)- AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA [...] Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS . – [...]A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POIS ONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO . - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária . - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. [...]NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..) (BRASIL, 2015f)

4.4 Da prova ilícita produzida em plenário

A prova ilícita produzida em plenário se não suscitada no momento certo não volta a ser discutida, segundo julgado a seguir:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA ÍNTIMA CONVICÇÃO. NULIDADE NA SESSÃO DE JULGAMENTO. PRECLUSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. As decisões proferidas pelo Tribunal do Júri decorrem do juízo de íntima convicção do jurados e representam exceção à obrigatoriedade de fundamentação dos provimentos judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal) contemplada pela própria Carta Política, que assegura o sigilo das votações aos integrantes do Conselho de Sentença (art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição Federal). 2. Não é possível conhecer da discussão sobre eventual produção de prova ilícita produzida em plenário contra o paciente, haja vista que esse vício não foi suscitado no momento oportuno, qual seja, na própria sessão de julgamento (art. 571, VIII, do CPP), tratando-se, pois, de matéria preclusa. 3. O constrangimento ilegal sanável por meio de habeas corpus deve ser demonstrado por meio de prova pré-constituída, razão pela qual caberia ao impetrante demonstrar quais as provas ilícitas restaram efetivamente produzidas contra o paciente e as possíveis implicações delas decorrentes no juízo de condenação, ônus do qual não se desincumbiu, inviabilizando o acolhimento do pleito de nulidade do processo, pois indispensável, para tanto, o indevido revolvimento do acervo fático-probatório. 4. Ordem denegada. (BRASIL, 2015g)

4.5 Da insuficiência da prova

As filmagens em local público não são tidas como prova insuficiente, bem como não ferem a intimidade:

Preliminar - Nulidade - Prova ilícita ?Filmagem da ação em local público
 - Não ocorrência - Crime muito grave - Proteção da sociedade contra os males da droga que deve predominar sobre a privacidade e intimidade dos traficantes - Preliminar rejeitada. Entorpecentes - Tráfico
 - Insuficiência de provas - Ocorrência - Absolvção -Necessidade - Provas que não são seguras para a condenação de Thiago Luís Leme
 -Apelação dele provida para absolvê-lo. Entorpecentes - Tráfico - Insuficiência de provas - Não ocorrência - Absolvção -Impossibilidade
 - Provas seguras e que demonstram a prática do delito por William e

Thiago Ramos - Apelações desses réus não providas. (SÃO PAULO, 2015a)

4.6 Da prova lícita e da prisão em flagrante

Nos casos em que ocorrer prisão em flagrante não há que se falar em prova ilícita, como afirma o julgado:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE EFETUADA POR GUARDAS MUNICIPAIS. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. 1. Não há falar em ilegalidade da prisão em flagrante e, conseqüentemente, em prova ilícita, porque efetuada por guardas municipais, que estavam de ronda e foram informados da ocorrência da prática de tráfico de drogas na ocasião, se pode fazê-lo qualquer do povo (artigo 301 do Código de Processo Penal). 2. Recurso improvido. (BRASIL, 2015h)

4.7 Da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação

O Supremo Tribunal Federal sempre teve o entendimento de que a prova ilícita por derivação é inadmissível, pelo seguinte julgado pode-se averiguar:

HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. 1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa". 2. Inexistência de prova autônoma. 3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art. 150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (BRASIL, 2015i)

4.8 Da prova ilícita e da teoria da árvore dos frutos envenenados

O julgado a seguir demonstra que por um voto de diferente a prova do tida como ilícita e ainda sob fundamento embasado na teoria da árvore dos frutos envenenados:

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PAR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige numerus clausus para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (BRASIL, 2015j)

Deve se apreciar dois pontos importantes em relação ao princípio da proporcionalidade: a) quando o direito mais relevante for o violado, tal deverá ser tutelado pelo Poder Judiciário e, assim, a prova ilícita não poderá ser aceita; b) quando o direito oriundo da prova ilícita possuir maior relevância que o direito violado pela ilicitude, a prova ilícita deverá ser aceita válida e produzir seus efeitos.

4.9 Das decisões contrárias ao ordenamento

Alguns julgadores, mesmo tendo conhecimento da norma que regulamenta o uso das provas, proferem decisões contrárias à corrente majoritária:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS. ESCUTA. LEI N.º 9.296/96. PROVA RESTANTE. EFEITO EXTENSIVO. I - A escuta telefônica realizada antes da Lei n.º 9.296/96, ainda que calcada em ordem judicial, não estava juridicamente amparada, acarretando prova obtida por meio ilícito (Precedentes do Pretório Excelso). II - Se o restante da prova foi considerado imprestável para uma condenação, correta a aplicação do efeito extensivo, ex vi art. 580 do CPP (Precedente do Pretório Excelso). Recurso desprovido. (BRASIL, 2015k)

4.10 Do princípio da proporcionalidade e da admissão da prova ilícita

O Superior Tribunal de Justiça já julgou a favor do princípio da proporcionalidade e do uso da prova ilícita:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. REU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIARIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O INCISO LVI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE FALA QUE 'SÃO INADMISSÍVEIS AS PROVAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO', NÃO TEM CONOTAÇÃO ABSOLUTA. HÁ SEMPRE UM SUBSTRATO ÉTICO A ORIENTAR O EXEGETA NA BUSCA DE VALORES MAIORES NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE. A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, QUE É DIRIGENTE E PROGRAMÁTICA, OFERECE AO JUIZ, ATRAVÉS DA 'ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), BASE PARA O ENTENDIMENTO DE QUE A CLAUSULA CONSTITUCIONAL INVOCADA É RELATIVA. A JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA, MENCIONADA EM PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO É TRANQUILA. SEMPRE É INVOCÁVEL O PRINCÍPIO DA 'RAZOABILIDADE' (REASONABLENESS). O 'PRINCÍPIO DA EXCLUSÃO DAS PROVAS ILÍCITAMENTE OBTIDAS'

(EXCLUSIONARY RULE) TAMBEM LA PEDE TEMPERAMENTOS. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, 2015)

Evidente que outros princípios colaboram para o uso da prova ilícita, tais como: presunção de inocência e dignidade da pessoa humana). Além disso, esse princípio é usado em favor da sociedade.

4.11 Da inadmissibilidade da prova ilícita

Com a promulgação da Lei nº11.690/08, que alterou o Código de Processo Penal, a nova redação do artigo 157 determina que as provas ilícitas são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo. Por serem nulas e ineficazes. Neste sentido segue a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. PROVA ILÍCITA. INVALIDADE.

- O direito constitucional-penal inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas consagra os princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI).

- O processo administrativo disciplinar que impôs a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita.

- Sendo a prova ilícita realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão.

- Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (BRASIL, 2015m)

Dessa forma, verifica-se que a prova ilícita que não for amparada será nula e não produzirá efeitos, assim, será desentranhada dos autos. Importante frisar que a cada novo impasse em relação ao (im)possibilidade da aplicação da prova ilícita no processo penal o judiciário fica fragilizado, a partir disso que se

verifica a importância que tem a legislação, quando a mesma é aplicável para que desenvolva a justiça amplamente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto através do estudo, compreende-se que o conhecimento dos princípios é de muita importância, pois é através deles que se atribui lógica ao sistema. Verifica-se que alguns princípios constitucionais tem aplicação em todos os sistemas processuais, no entanto, alguns possuem maior aplicabilidade em determinados segmentos, isso em virtude da vasta diversidade de bens envolvidos em litígios.

O Estado avocou a si o poder-dever de solucionar conflitos, tipificando como crime a conduta de fazer justiça com as próprias mãos. Para tanto, criou juízes, investidos de jurisdição, distribuindo competências. Ao mesmo passo, que o Estado tem direito de dizer o direito, tem junto a isso responsabilidades inerentes. Dessa forma, o Estado tem o dever de promover a justiça de modo efetivo.

Conclui-se, então, que a prova tem extrema importância para que o Estado diga o direito e solucione os conflitos. Pois é ela quem comprova os fatos e ainda gera o convencimento do magistrado.

Justamente por não ter matéria pacificada pelo órgãos julgadores, existem inúmeras teorias, teses e afins.

Atualmente, no ordenamento jurídico o princípio do *in dubio pro reo* vem demonstrado a importância de produzir provas para que o réu seja condenado e fique comprovada a criminalidade. Além disso, as provas fazem parte do direito à ampla defesa do cidadão, bem como está relacionada a justiça e busca pela verdade dos fatos, para que então, seja aplicada a pena se houver condenação ou para que fique livre quem for absolvido.

Dessa forma, verifica-se que tanto a legislação processual penal quanto a Constituição Federal vigentes apresentam lacunas no que diz respeito ao tema, bem como, não são avançadas, claras e objetivas.

Com o crescente aumento da demanda, o judiciário fica fragilizado ao se deparar com a (im)possibilidade de aplicar a prova ilícita no processo penal, e por isso é extremamente importante que as autoridades desempenhem e desenvolvam seu papel fundamental de legislar em prol da Justiça e da sociedade, para que seja preservado o bem estar social.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - RMS: 8327 MG 1997/0016298-2, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 24/06/1999, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.08.1999 p. 148 JSTJ vol. 10 p. 407 LEXSTJ vol. 125 p. 93). Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3611572/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-8327-mg-1997-0016298-2>> acesso dia 17 de maio de 2015 às 17h03min. 2015m

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC: 3982 RJ 1995/0053161-5, Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL, Data de Julgamento: 05/12/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.02.1996 p. 4084 LEXSTJ vol. 82 p. 317 RCJ vol. 70 p. 194 RDR vol. 6 p. 355. Disponível: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>> acesso dia 17 de maio de 2015 às 16h59min. 2015l

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 07/10/2008, T5 - QUINTA TURMA). Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1215757/habeas-corpus-hc-81352-rj-2007-0083774-1/inteiro-teor-100648038>> acesso em dia 17 de maio de 2015 às 16h47min. 2015g

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 10/05/2007, T6 - SEXTA TURMA). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790996/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-20714-sp-2007-0005085-0/inteiro-teor-12801057>> acesso em 17 de maio de 2015 às 16h48min. 2015h

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 11/12/2009, T6 - SEXTA TURMA). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8570559/habeas-corpus-hc-47311-sp-2005-0142178-5/certidao-de-julgamento-13668183>> acesso em 17 de maio de 2015 as 17h08min. 2015n

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp: 225450 RJ 1999/0069616-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 15/02/2000, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.03.2000 p. 145 RSTJ vol. 141 p. 569). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/367055/recurso-especial-resp-225450-rj-1999-0069616-6>> acesso em 17 de maio de 2015 às 16h57min. 2015j

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - HC: 87114 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 04/12/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-01PP-00088).Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7222351/habeas-corpus-hc-87114-sp>> acesso em 17 de maio de 2015 às 16h09min. 2015b

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC: 33110 SP 2004/0004908-4, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/04/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24/05/2004 p. 318). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7329791/habeas-corpus-hc-33110-sp-2004-0004908-4>> acesso em 17 de maio de 2015 às 16h42min 2015e

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC: 72588 PB, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 12/06/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00003 EMENT VOL-01998-02 PP-00289 RTJ VOL-00174-02 PP-00491). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2881681/habeas-corpus-hc-72588-pb>> acesso em: 17 de maio de 2015 às 16h50min. 2015j

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 05/11/1996, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 14-03-1997 PP-06903 EMENT VOL-01861-01 PP-00178). Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743237/habeas-corpus-hc-74116-sp>> acesso em 17 de maio de 2015 às 16h49min. 2015i

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC: 90376 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147). Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>> acesso em dia 17 de maio de 2015 às 16h44min. 2015f

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Decreto-lei 3.689. Brasília, DF. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10598561/paragrafo-1->

artigo-792-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941 > acesso em 17 de maio 2015 às 16h26min. 2015d

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> acesso em 17 de maio de 2015 às 16h10min. 2015c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 78749 MS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/05/1999, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 25-06-1999 PP-00004 EMENT VOL-01956-03 PP-00602). Disponível: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/739287/habeas-corpus-hc-78749-ms>> acesso em 17 de maio de 2015 as 17h12min. 2015p

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.

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

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

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado** / Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza (coord). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTA CATARINA.TJ-SC - APR: 445659 SC 2006.044565-9, Relator: Irineu João da Silva, Data de Julgamento: 13/02/2007, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n, de Anchieta.). Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5643587/apelacao-criminal-apr-445659-sc-2006044565-9>> acesso em 17 de maio de 2015 as 17h10min. 2015o

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. APL: 990092151517 SP , Relator: Pedro Menin, Data de Julgamento: 02/03/2010, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data

de Publicação: 19/03/2010). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8350034/apelacao-apl-990092151517-sp>>
acesso em 17 de maio de 2015 às 1607h07min. 2015a