

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA - UEPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ

CURSO DE DIREITO

ITAMAR ALVES DE SOUZA

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI 11.690/08

CAMPINA GRANDE-PB

2010

ITAMAR ALVES DE SOUZA

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI 11.690/08

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Especialista Gleick Meira Oliveira.

CAMPINA GRANDE-PB

2010

S729p

Souza, Itamar Alves de.

Provas ilícitas no processo penal brasileiro à luz da constitucional federal e da lei 11.690/08 [manuscrito] / Itamar Alves de Souza .– 2010.

59 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

“Orientação: Profa. Esp. Gleick Meira Oliveira, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal 2. Provas ilícitas 3. Constituição cidadã
4. Lei 11.690/08 I. Título.

21. ed. CDD 345

ITAMAR ALVES DE SOUZA

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI 11.690/08

Monografia aprovada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, pela
Universidade Estadual da Paraíba, por uma banca
examinadora formada pelos seguintes professores

Aprovada em 03 / 12 / 2010

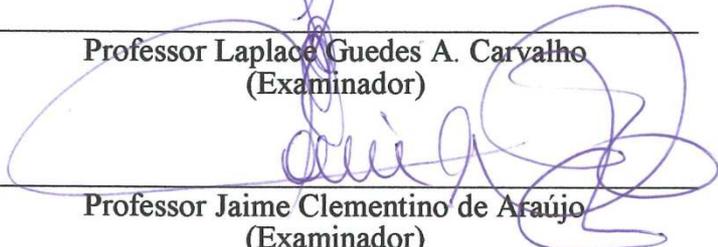
Banca Examinadora



Professora Especialista Gleick Meira Oliveira
(Orientadora)



Professor Laplace Guedes A. Carvalho
(Examinador)



Professor Jaime Clementino de Araújo
(Examinador)

CAMPINA GRANDE-PB

2010

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele, nada seria possível. Em especial ao meu grande amigo Myke, in memoriam, pela amizade sincera da qual sinto imensa falta. A minha família, que esteve presente em todos os momentos da minha caminhada apoiando, incentivando.

Agradeço a Professora Gleick Meira Oliveira pela orientação no Trabalho de Conclusão de Curso e a todos que direta ou indiretamente contribuíram para realização deste trabalho.

Somente através de uma transformação profunda na consciência dos homens é que se poderá atingir uma sociedade mais humana, menos injusta, mais digna de ser vivida, a fim de se poder realmente desfrutar com alegria do privilégio de viver, criar e conviver. E esta transformação só poderá ser obtida, a meu ver, através de um processo educacional global e renovado, que parte da base, e que mature através de gerações, e que, por isso mesmo, não pode ser mais adiado.

Geraldo Jordão Pereira

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por tema as provas ilícitas no processo penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 11.690/08. O objetivo é mostrar que o Princípio Constitucional esculpido no art. 5º, inciso LVI, não deve ser interpretado de forma absoluta, haja vista que sua inflexibilidade geraria injustiça. E que com o surgimento da Lei 11.690/08 o referido inciso da Constituição Cidadã passou a ser tratado com maior riqueza de detalhes no art. 157 do Código de Processo Penal. Para realização desta monografia foi utilizada pesquisa bibliográfica. Foram consultados livros de diversos doutrinadores e alguns sites com jurisprudência. Provas ilícitas sob o prisma da Carta Magna e da Lei 11.690/08, no processo penal brasileiro, é tema polêmico tanto na doutrina como na jurisprudência, mas não há como negar que o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de admitir a prova ilícita *pro reo* e também a Teoria da Proporcionalidade dos bens jurídicos. E na jurisprudência, alguns dos nossos tribunais já admitiram provas ilícitas. A monografia está dividida em sete capítulos, seguindo uma seqüência lógica. No primeiro capítulo trataremos da vedação constitucional à prova ilícita, firmando posição pela relatividade deste preceito, isto é, flexibilidade deste Princípio diante de outro de maior relevância. E assumindo posicionamento no sentido de que esta proibição é mais direcionada ao Estado. No capítulo segundo trataremos dos objetivos da reforma do Código de Processo Penal, mais especificamente na matéria probatória, que consistem em celeridade e economia processual. Na seqüência, estudaremos a teoria geral da prova; a relação entre princípios e provas ilícitas; as provas ilícitas, ilegítimas e emprestadas. No penúltimo capítulo analisaremos as correntes doutrinárias a favor e contra a utilização das provas ilícitas, no processo. E no último capítulo estudaremos as mudanças inseridas pela Lei 11. 690/08, especificamente, no art. 157 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Provas Ilícitas. Constituição Cidadã. Lei 11.690/08.

ABSTRACT

This monograph work has for theme the illicit proofs in the Brazilian penal process to the light of the Federal Constitution of 1988 and of the Law 11.690/08. The objective is to show that the Constitutional Beginning sculpted in the art. 5th, interruption LVI, should not be interpreted in an absolute way, have seen that his inflexibility would generate injustice. And that with the appearance of the Law 11.690/08 referred him interruption of the Constitution Citizen passed to be treated with larger wealth of details in the art. 157 of the Code of Penal Process. For accomplishment of this monograph bibliographical research was used. Books of several doctrines were consulted and some sites with jurisprudence. Illicit proofs under the prism of the Charter and of the Law 11.690/08, in the Brazilian penal process, it is controversial theme in the doctrine and in the jurisprudence, but no there is as denying that the majority understanding of the doctrine is in the sense of admitting the illicit proof for defendant and also the Theory of the Proportionality of the juridical goods. And in the jurisprudence, some of our tribunals already admitted illicit proofs. The monograph is divided in seven chapters, following a logical sequence. In the first chapter we will treat from the constitutional prohibition to the illicit proof, position for the relativity of this precept, that is, flexibility of this beginning before another of larger relevance. And assuming positioning in the sense that this prohibition is more addressed to the State. In the chapter as we will treat of the objectives of the reform of the Code of Penal Process, more specifically in the probatory matter, that they consist of velocity and procedural economy. In the sequence, we will study the general theory of the proof; the relationship between beginnings and illicit proofs; the proofs illicit, illegitimate and borrowed. In the next to the last chapter we will analyze the doctrinaire currents favorable and against the use of the illicit proofs, in the process. And in the last chapter we will study the changes inserted by the Law 11. 690/08, specifically, in the art. 157 of the Code of Penal Process.

Word-key: Illicit proofs. Constitution Citizen. Law 11.690/08.

RESUMEN

Este trabajo de la monografía tiene para el tema las pruebas ilícitas en el proceso penal brasileño a la luz de la Constitución Federal de 1988 y de la Ley 11.690/08. El objetivo es mostrar que el Principio Constitucional esculpido en el art. 5, interrupción LVI, no debe interpretarse de una manera absoluta, ha visto que su inflexibilidad generaría la injusticia. Y que con la apariencia de la Ley 11.690/08 se lo refirió la interrupción del Ciudadano de la Constitución pasó para ser tratada con la riqueza más grande de detalles en el art. 157 del Código de Proceso Penal. Para el logro de esta monografía la investigación bibliográfica se usó. Se consultaron libros de varias doctrinas y algunos sitios con la jurisprudencia. Las pruebas ilícitas bajo el prisma de la Carta constitucional y de la Ley 11.690/08, en el proceso penal brasileño, es el tema polémico en la doctrina y en la jurisprudencia, pero ningún hay como negar que la mayoría que entiende de la doctrina está en el sentido de admitir la prueba ilícita para el demandado y también la Teoría de la Proporcionalidad del género jurídico. Y en la jurisprudencia, algunos de nuestros tribunales admitieron ya las pruebas ilícitas. La monografía es dividido en siete capítulos, mientras siguiendo una sucesión lógica. En el primer capítulo nosotros trataremos de la prohibición constitucional a la prueba ilícita, posición para la relatividad de este mandato, es decir, flexibilidad de este principio antes de otra de relevancia más grande. Y posicionamiento arrogante en el sentido que esta prohibición se dirige más al Estado. En el capítulo cuando nosotros trataremos de los objetivos de la reforma del Código de Proceso Penal, más específicamente en la materia probatoria que ellos consisten en velocidad y la economía procesal. En la sucesión, nosotros estudiaremos la teoría general de la prueba; la relación entre los principios y las pruebas ilícitas; las pruebas ilícitas, ilegítimas y pidió prestado. En el al lado del último capítulo nosotros analizaremos las corrientes de la doctrina en el favor y contra el uso de las pruebas ilícitas, en el proceso. Y en el último capítulo nosotros estudiaremos los cambios insertados por la Ley 11. 690/08, específicamente, en el art. 157 del Código de Proceso Penal.

Palabra-importante: Las pruebas ilícitas. El Ciudadano de la constitución. Ley 11.690/08.

SUMÁRIO

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	11
2 AS PROVAS ILÍCITAS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	14
3 OBJETIVOS DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS PROVAS.....	19
4 TEORIA GERAL DA PROVA.....	23
4.1 Conceito, Objetivo e Destinatário da Prova	
4.2 Objeto da Prova	
4.3 Ônus da Prova	
4.4 Sistemas de Apreciação da Prova	
5 PRINCÍPIOS E PROVAS ILÍCITAS.....	31
5.1 Princípio da Verdade Real e Provas Ilícitas	
5.2 Princípio da Publicidade e Moralidade Administrativa e Provas Ilícitas	
5.3 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade e as Provas Ilícitas	
6 PROVAS ILÍCITAS, ILEGÍTIMAS E EMPRESTADAS.....	39
6.1 Prova Ilícita e Ilegítima	
6.2 Prova Emprestada	
7 CORRENTES DOUTRINÁRIAS A FAVOR E CONTRA O USO DE PROVAS ILÍCITAS.....	44
8 ANÁLISE DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Neste trabalho monográfico abordaremos a questão das provas ilícitas no processo penal brasileiro sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e da Lei 11.690/08. Trata-se de um tema polêmico e de grande importância para o direito, pois atinge, diretamente, direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A escolha deste tema se deu em razão da contemporaneidade legal em face da Lei 11.690/08 que imprimiu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal para tratar com mais riqueza de detalhes da vedação constitucional e do destino das provas ilícitas no Processo Penal. Outro motivo da escolha do tema “provas ilícitas no processo penal brasileiro” e devido ao fato de ser um assunto polêmico.

Apesar da Carta Magna e da Lei Infraconstitucional não admitir a utilização da prova ilícita, verificaremos que existe possibilidade jurídica de se utilizar provas ilícitas em casos excepcionais. Assim, é interessante fazer uma abordagem apresentando os dois posicionamentos: contra a utilização de provas ilícitas e a favor da sua utilização em determinados casos.

A Constituição Federal de 1988 expressou no art. 5º, inciso LVI, a impossibilidade de utilização de provas ilícitas no processo. Entretanto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência há divergência sobre o entendimento desta vedação: se deve ser interpretada de modo absoluto ou relativo. Isto porque, em vários momentos, haverá conflito entre o direito violado na produção da prova e a verdade por ela demonstrada. E em algumas situações, far-se-á necessária a utilização da prova ilícita para resguardar direitos constitucionais mais relevantes. Por outro, não pode o Ordenamento Jurídico permitir que um direito protegido por lei seja violado.

Diante deste impasse é que surge a problemática: Pode-se utilizar provas vedadas pela Constituição Federal e pela lei 11.690/08 no processo penal brasileiro?

Nesta monografia foram levantadas algumas hipóteses, como por exemplo.

É possível a utilização da prova ilícita *pro reo*?

Em quais hipóteses podemos utilizar a prova ilícita por derivação?

Este trabalho deseja contribuir para o universo jurídico, estimulando o debate, uma vez que, trata de assunto atual, polêmico e de interesse dos estudiosos do direito. Na esfera social, deseja-se promover uma sociedade mais justa, através da defesa da prova ilícita *pro reo*. E no âmbito acadêmico, será disponibilizado um material teórico, que possibilite a novos acadêmicos e ao mundo científico mais informações para o estudo do tema.

O objetivo geral consiste em analisar de que modo a Constituição Cidadã e a lei 11.690/08 trata da prova ilícita no processo penal brasileiro.

São objetivos específicos desta monografia reafirma, com fundamento na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade jurídica de utilização da prova ilícita. E com base nas Teorias Norte America verificar a possibilidade de utilização da prova ilícita derivada.

Utilizaremos para realização desta monografia de pesquisa bibliográfica. Neste sentido, faremos uso de doutrinas, jurisprudências, artigos publicados em sites da internet, Constituição Cidadã, Lei e Código de Processo Penal.

Tendo como ponto de partida o tema desta monografia, iremos buscar, dentre os registros e escritos já existentes sobre o assunto, novas conclusões acerca da temática proposta. Assim, pretendemos avançar, no sentido de pesquisar a “prova ilícita no processo penal”, objeto de nosso estudo e que também é objeto de estudo de outros autores.

Em razão do tema escolhido, observamos que se trata da técnica mais adequada para o fim almejado, pois estudaremos o objeto de pesquisa tendo como ponto de partida outros autores, que já escreveram sobre o assunto e, a partir de então, realizaremos nosso próprio estudo, com nossas próprias conclusões.

Este trabalho monográfico apresenta-se estruturado numa seqüência lógica e didática.

Neste sentido, iniciaremos nosso estudo pela análise do Princípio Constitucional, que prevê, no artigo 5º, inciso LVI, a inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos.

Logo em seguida, estudaremos os objetivos da reforma do Código de Processo Penal (CPP). Verificaremos que os objetivos primordiais buscam imprimir celeridade, simplicidade, economia ao trâmite do processo e garantir a prestação jurisdicional em condições adequadas.

Na sequência, trataremos da teoria geral da prova; da relação entre princípios e provas ilícitas; da prova ilícita, ilegítima e sua diferenciação conceitual e da prova emprestada.

No penúltimo capítulo, analisaremos as correntes doutrinárias acerca da possibilidade jurídica de utilização da prova ilícita no Processo Penal brasileiro.

Finalizando a monografia faremos uma análise da nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal. Verificaremos que a Lei 11.690/08 incluiu três parágrafos no art. 157 da Lei Processual Penal e que o parágrafo quarto foi vetado pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. No Projeto de Lei 4.205/01 que deu origem a Lei 11.690/08 estava previsto, que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão”.

2 AS PROVAS ILÍCITAS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 5, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Neste sentido, por exemplo, não se admite uma prova colhida através de tortura psíquica.

Trata-se de uma importante garantia em relação à ação persecutória do Estado. Pretende-se afastar a prova alcançada através de meios ilícitos, em obediência ao Princípio do Devido Processo Legal, *due process of law*, que tem por finalidade neutralizar os abusos do Poder Público.

O Princípio Constitucional do Devido Processo Legal, esculpido no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna, apresenta na vedação das provas ilícitas, fundamento dos mais relevantes, na medida em que o réu tem direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com base em provas obtidas ou produzidas de forma contrária ao que determina o comando constitucional, fazendo com que o poder persecutório e o poder investigatório do Estado atuem dentro dos limites legais.

O objetivo é assegurar proteção ao cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado, não permitindo que este exerça o seu direito de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, proporcionando ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do magistrado. Desse modo, não se admite a punição sem o devido processo legal. Assim, as antigas formas de composição do litígio, como por exemplo: a vingança privada e a autodefesa não são mais permitidas pelo nosso ordenamento jurídico.

O Direito Penal, na sua evolução histórica, apresentou três fases, que se distinguem pelas idéias defendidas, em cada uma delas, com relação à punição. São elas: fase primitiva, fase humanitária e fase científica contemporânea. A vingança privada encontra-se inserida na fase primitiva e consistia num meio de resolução dos conflitos onde a justiça era feita pelas próprias mãos. Com o surgimento do Estado, o poder de punir, que num primeiro momento, encontrava-se nas mãos de particulares, passou a ser monopólio estatal.

O direito de punir do Estado está diretamente relacionado ao Princípio do Devido Processo Legal, também denominado de *due process of law*, que consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada dos seus bens e da sua liberdade, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma estabelecida em lei. É o que está expresso na Constituição Federal no art. 5º, inciso LIV.

O *due process of law* garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ter oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, de ser informado pessoalmente acerca de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica realizada por advogado, de ser julgado por um juízo competente, de oferecer recurso a uma instância superior (duplo grau de jurisdição), à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções previstas em lei, direito a revisão criminal e direito à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado, que são aquelas onde não cabe mais recurso.

A partir do momento que uma pessoa viola uma norma penal, surge para o Estado o direito de punir, também denominado de *jus puniendi*. No entanto, para que o Estado possa aplicar uma sanção, executar uma pena ou medida de segurança, deve agir de acordo com devido processo legal. O Princípio do Devido Processo Legal assegura a todo cidadão o prévio conhecimento das regras processuais que disciplinam o processo, fazendo com que o Estado seja obrigado a respeitá-las.

O art. 5º é uma proteção dos cidadãos em face do estado, e não o contrário. Eventuais proteções do Estado em face dos cidadãos são reguladas em outros dispositivos. Nesse ponto, já foi objeto de provas a indagação se o estado poderia utilizar os dispositivos do art. 5º para exercer suas atividades em detrimento do particular. Entendemos que o art. 5º revela vedações ao Estado, de modo que se este quiser utilizar sua força coativa, só poderá fazê-lo legislando a respeito do que pretende, na medida de suas limitações, mas jamais utilizar o art. 5º para 'defender-se' de cidadãos que não estiverem agindo de forma adequada. (MOTTA, DOUGLAS, 2002, p. 62)

Os direitos individuais fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição Cidadã, são classificados em: direitos de primeira geração, de segunda geração e de terceira geração.

Direitos de primeira geração são aqueles que representam limitações do Estado com relação ao cidadão. Trata-se de um não fazer, isto é, uma prestação negativa por parte do Estado. Dessa forma, o cidadão fica protegido de eventuais arbitrariedades. Como exemplos, podemos citar: direito à propriedade, à liberdade, à segurança e à vida.

Direitos de segunda geração são aqueles que visam proporcionar melhores condições de vida e de trabalho para sociedade. Consiste numa prestação positiva. Desse modo, o Estado não pode eximir-se de suas obrigações. Estamos falando de direito sociais, culturais, econômicos. Como exemplo, temos: proteção aos idosos, proteção ao trabalho.

Direitos de terceira geração são os denominados de direitos difusos e direitos coletivos. Também recebem a denominação de trans-individuais. Eles vão além da esfera individual. Temos por exemplo: a proteção ao meio ambiente, à qualidade de vida saudável, a defesa do consumidor, da infância e juventude.

Como já foi dito os direitos individuais exercem importante função de controle da atividade estatal. Eles limitam o poder do Estado, evitando abusos.

Os direitos individuais também são denominados de normas declaratórias, pois demonstram a existência de direitos. Estes são assegurados através das garantias individuais. A diferença entre um e outro reside no fato de que o direito declara a existência da prerrogativa e a garantia confere efetividade ao direito.

Confirmando a tese de que o Estado deve abster-se de utilizar provas ilícitas, temos as palavras do Ministro Celso de Mello, proferidas no julgamento de uma Ação Penal:

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário [...] o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada, e repudiada sempre, pelos juízes e Tribunais, por mais relevante que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade [...]. A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova - cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de

qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a Exclusionary Rule, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligadas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou ilegal colheita de prova incriminadora [...].¹

Importante mencionar que os direitos individuais não são absolutos. De modo que, havendo conflitos entre eles, deve-se analisar qual deverá preponderar, no caso concreto.

Diante da vedação constitucional, coube a doutrina e a jurisprudência a tarefa de harmonizar os interesses conflitantes entre a segurança da sociedade e a proteção das liberdades públicas individuais, ponto central da discussão dos limites à atividade probatória.

A doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, tendo por objetivo corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Com base no princípio da proporcionalidade é prevista hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo. (MORAES, 2009, p. 111)

A regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser utilizadas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

Os direitos expressos, no artigo 5º, constituem um mínimo dos direitos que qualquer indivíduo deve usufruir em um Estado Democrático. Existem para garantir a dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o artigo 1º, inciso III, da nossa Carta Magna.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, daí conclui-se que o Estado existe em função de todas as pessoas e não o contrário. De maneira inovadora, o Poder Constituinte Originário, para reforçar esta idéia, dispôs, estrategicamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes do capítulo que trata da organização do Estado.

¹ Min. Celso de Mello, voto no acórdão da AP nº 307-3 - DF - Pleno do STF, j. 13.12.94, DJ 13.10.95, Rel. Min. ILMAR GALVÃO.

Assim, toda e qualquer ação do Estado deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

A dignidade é uma qualificação inerente a pessoa humana, pois pelo simples fato de fazer parte da espécie humana, a pessoa deve ser respeitada, independentemente de origem, raça, idade, sexo, estado civil, condição social ou econômica. O Estado tem o dever de tratar com respeito o ser humano.

3 OBJETIVOS DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS PROVAS

O Código de Processo Penal entrou em vigor em 1941, tendo sido redigido numa época em que vigorava a Constituição de 1937, responsável por implantar o Estado Novo. Tratava-se de uma constituição outorgada com a finalidade de manter no poder o presidente Getúlio Vargas e privilegiar interesses de determinados grupos políticos que desejavam um governo forte. A característica principal dessa constituição era a grande concentração de poderes nas mãos do Presidente. Tinha conteúdo fortemente centralizador, ficando a cargo do chefe do executivo a nomeação das autoridades estaduais, os interventores. Estes, por sua vez, eram responsáveis por nomear as autoridades municipais.

A Constituição de 1937 foi inspirada na legislação fascista do ditador polonês Józef Pilsudski, recebendo, assim, a denominação de Polaca, e também no regime facista de Benito Mussolini, na Itália. O texto constitucional representou uma república com imensa concentração de poderes nas mãos do chefe do executivo, conservadora, militarista e autoritária.

Desde sua edição, a legislação processual penal passou por várias outras Constituições, chegando até a nossa atual constituição. Logicamente, há um descompasso entre o Código de Processo Penal, redigido num período de ditadura e a Constituição Federal de 1988, também denominada de Constituição Cidadã.

Apesar das reformas, realizadas desde a sua entrada em vigor em 1941, ainda há muitos procedimentos no Código de Processo Penal que precisam atualizados.

Neste sentido, diversos artigos do Código de Processo Penal já foram alterados, visando adequá-los a nova realidade jurídica. Encontram-se tramitando, no Congresso Nacional, vários projetos de lei que se forem aprovados irão modificar ainda mais a lei processual penal.

Obviamente, a doutrina e a Jurisprudência não permaneceram estáticas no transcorrer desse longo período de tempo. Foram elas as principais fontes de fundamentação das alterações legislativas.

Na vigência do Estado Democrático de Direito, passaram os tribunais a reconhecer que diversos procedimentos precisavam ser atualizados. Entretanto, devido à morosidade do Poder Legislativo, somente em 2008 é que foram editadas quatro leis alterando alguns procedimentos no Código de Processo Penal.

A Lei 11.690/08, publicada em 10.06.2008, é resultado da conversão do Projeto de Lei N. 4.205/01 e altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova, entrando em vigor em 60 (sessenta) dias após a publicação, ou seja, em 09.08.2008, conforme dispõe seu art. 3º. (PARENTONI, 2008, p. 125)

A Lei que reformou parcialmente o Código de Processo Penal procurou estabelecer novas regras para o sistema probatório no Processo Penal. As mudanças referidas são relativas exclusivamente ao Processo Penal, isto é, aos procedimentos.

O Projeto de Lei 4205 /2001 sancionado, pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, trouxe, ao Código de Processo Penal, alterações com o escopo dar mais celeridade, simplicidade e segurança ao processo penal e com isso alcançar a efetiva prestação jurisdicional. Apesar de a Câmara ter aprovado por unanimidade o regime de tramitação de urgência para a apreciação do Projeto de Lei 4205 /2001, de autoria do Poder Executivo, somente seis anos depois de sua apresentação ao Plenário da Câmara dos Deputados é que o Projeto chega ao Plenário do Senado Federal, de onde leva mais um ano para voltar ao Poder Executivo e ser sancionado, dando origem a Lei 11.690 /2008. Logo, não é de hoje que se busca acelerar o ritmo da marcha processual penal, não obstante o desacelerado regime de tramitação do Projeto de Lei. O novo teor do artigo 157 traz à legislação infraconstitucional uma vedação já prevista no inciso LVI, art. 5º, Constituição Federal, ou seja, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Notavelmente o artigo dá dois passos à frente, o primeiro determina que as provas ilícitas deverão ser desentranhadas do processo, e o segundo está no conceito de provas ilícitas contido no corpo do artigo, qual seja: ‘as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais’. Fundamental a nova regulamentação do art. 157, pois além de coibir práticas infracionais do próprio Estado e assegurar direitos e garantias individuais de todos, acaba por fixar parâmetros legais dentro dos quais não mais se poderá alegar nulidade.²

Segundo PARENTONI (2008, p. 127) “No caso das provas ilícitas as mudanças asseguram o direito a ampla defesa, uma vez que apenas o art. 233 do CPP tratava desse assunto, além do art. 5º, LVI, da nossa Constituição Federal.”

² YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. **Lei 11.690/08: o novo regramento das provas ilícitas.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080611120430212>. Acesso em: 16 set. 2010.

O direito a ampla defesa vem expresso no art. 5.º, inciso LV, da Carta Magna. Sua concepção possui embasamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ofertado o direito de defesa.

“O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas.” (PARENTONI, 2008, p.124)

Deve-se compreender por celeridade, a rápida solução do litígio. Neste sentido, a Emenda Constitucional n 45, inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Carta Magna, de modo a proclamar o direito fundamental à celeridade na prestação da resposta judicial, *in verbis*: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. O mecanismo de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, imprescindíveis para a operacionalidade do sistema. As idéias, que impregnam o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, serviram de base para a profunda reforma dos sistemas processuais de países como a Argentina, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Venezuela, Paraguai e para os projetos do Chile, Bolívia e Honduras, alimentando também reformas parciais no Brasil. E nas mesmas idéias fundaram-se as reformas dos códigos da Itália e de Portugal. O alinhamento de um número cada vez maior de países às idéias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando frequentemente à impunidade.³

Como podemos observar, a recente reforma teve por objetivo adequar o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988 e à jurisprudência atual. Busca-se dar

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigosprocessopenal.htm>>. Acesso em: 16 set. 2010.

efetividade aos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da garantia ao amplo direito de defesa.

Deseja-se inserir o Brasil na modernidade processual. Para tanto, busca-se a celeridade, a efetividade, a informalidade e a oralidade dos procedimentos. Também está entre os objetivos da reforma a limitação de apresentação de recursos protelatórios, que causam morosidade processual, e que só aumentam à impunidade e a injustiça.

4 TEORIA GERAL DA PROVA

4.1 Conceito, objetivo e destinatário da prova

Como o juiz não pode proceder de ofício, a atividade jurisdicional tem sempre que ser provocada, para que ela exista de fato. Ao ser provocado, o magistrado declara o direito que está previamente definido em lei, e especificamente no direito processual penal, identifica a responsabilidade criminal e impõe a sanção penal à pessoa que, de acordo com a sua convicção, foi à responsável pelo fato penalmente relevante. Para tanto, deverá o juiz basear-se nas provas produzidas durante a fase de instrução criminal.

Cabe ao juiz, durante a fase instrutória, buscar a verdade, dirimindo dúvidas e contradições que por acaso existam nas afirmações de fato feitas pelas partes. A falta de certeza sobre a veracidade das informações fornecidas pelas partes constitui as questões de fato, que, por meio da prova, deverão ser resolvidas pelo magistrado.

O instituto da prova é o fundamento para todo o ordenamento jurídico penal. Utiliza-se a prova para demonstrar os fatos alegados pelas partes e será o instrumento pelo qual o magistrado formará sua convicção. O conceito de prova é amplo e têm inúmeras definições, NUCCI (2007, p. 359) conceitua desse modo:

O termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Constitui prova todo elemento capaz de proporcionar ao juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria. Trata-se de buscar a verdade real, para alcançar a certeza sobre o fato atribuído ao acusado.

No âmbito jurídico o tema referente à prova é de essencial importância. A justiça julgará a lide conforme as provas dos autos, de modo que se o titular do direito não possuir

um mínimo de suporte probatório necessário a comprovar o direito preiteado, terá o seu pedido negado.

A prova é o alicerce sobre a qual se ergue toda a dialética processual. A prova para o processo, e especificamente para o processo penal, assume maior relevância devido aos direitos e garantias constitucionais envolvidos na lide. Não se busca a certeza absoluta, a qual é intangível, mas a certeza relativa suficiente para convicção do magistrado. Este pode atuar no sentido de buscar a verdade dos fatos, como realmente se deram. A doutrina denominou de busca da verdade real.

No processo penal, o princípio da verdade real prepondera. Isto se justifica pelo poder que o Estado detém de restringir a liberdade, alterando, assim, todo um projeto de vida pessoal. Desse modo é de vital importância que a fase probatória reflita, fielmente, a realidade dos fatos pretéritos, possibilitando ao judiciário promover a justiça, objetivo precípua do direito.

A lei penal e a legislação esparsa estabelecem as condutas criminosas. Com a violação destas normas surge para o Estado o direito de punir. As provas desempenham importante papel, qual seja, apurar a autoria ou não, de determinado fato tipificado como crime. Ocorrendo a verificação da autoria e não estando presente nenhuma das excludentes de ilicitude, a pessoa acusada, provavelmente, terá sua liberdade retirada.

Podemos compreender prova como o meio destinado a formar o convencimento do magistrado acerca da verdade de um fato pretérito.

[...] Prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts, 156, 2ª parte, 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, 2002, p. 260)

Como vimos, a prova é essencial para que as partes exerçam influência na convicção do magistrado. É o meio utilizado pelo juiz para averiguação dos fatos sobre os quais as partes fundamentam suas alegações.

No processo, a prova não tem uma finalidade em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz.

Ao julgar um litígio, o juiz o faz com base nas provas dos autos. Através da análise do conteúdo probatório, o juiz cumpre a sua função judicante e prolata a sentença. O vocábulo sentença provém de sentir. O juiz sente o processo, analisando a situação através das provas. As provas não se destinam diretamente ao magistrado; o destinatário das provas é o processo. O juiz as examinará e as avaliará, pois ele é o destinatário indireto das provas.

4.2 Objeto da prova

Deve-se entender por objeto da prova toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais não se têm certeza, e que precisam ser demonstrados perante o magistrado para a solução da lide.

Em vista do princípio da economia processual, apenas os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que sejam relevantes para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória.

O objeto da prova são os fatos. Nem todos os fatos, porém devem ser submetidos à atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de desenvolver atividade inútil. Além de pertinentes só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. (GRECO FILHO, 1998, p. 197)

Em síntese, o objeto da prova são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos à presunção legal.

Nesse sentido, independem de prova os fatos axiomáticos ou intuitivos, os fatos notórios, os fatos inúteis e as presunções legais.

Compreendendo, para corroborar o disposto neste parágrafo, tem-se o entendimento de CAPEZ (2002, p. 261) “Fatos axiomáticos ou intuitivos são aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é do que um grau de certeza que se tem dos conhecimentos sobre algo. Nesses casos, se o fato é evidente, a convicção já está formada, logo, não carece de prova”

Assim, não é necessário provar que uma pessoa não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo, pois pela nossa intuição sabemos que é algo impossível a natureza humana.

Podemos também citar como exemplo de fatos axiomáticos os casos de morte violenta, onde as lesões externas forem de tamanha gravidade, que tornem evidente a causa da morte. Nestes casos, não será preciso realizar o exame de corpo de delito interno. É o que dispõe o parágrafo único do art. 162 do Código de Processo Penal, *in verbis*: 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.

Corroborando o entendimento legal, CAPEZ (2002, p. 261) afirma que “Fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade.”

Em outras palavras, fatos notórios são aqueles compreensíveis e que possam ser conhecidos por um homem de cultura média.

Importante salientar que para que um fato seja considerado notório não é preciso o seu efetivo conhecimento, bastando à possibilidade de que seja confirmado pela ciência ou pelo senso comum.

Desse modo, não é necessário provar que a água molha ou que o fogo queima ou que no dia 7 de setembro comemora-se a independência do Brasil, pois são fatos notórios, verdade sabida por todos. Pelo mesmo motivo, não é preciso provar que no Nordeste ocorrem secas ou que a festa natalina é comemorada no dia 25 de dezembro.

Neste sentido pode-se observar o posicionamento de CAPEZ (2002, p. 261) “Fatos inúteis são os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real.”

Os fatos inúteis não dizem respeito à solução da causa. São fatos que não influenciam na apuração da verdade real. Por exemplo: na hora do almoço ocorreu um homicídio, numa churrascaria. Sabe que o autor do delito utilizou uma arma de fogo e fugiu logo em seguida. Imagine que o promotor de justiça deseja saber o que a vítima estava comendo ou se a carne servida na churrascaria era de boa qualidade. Estes fatos não guardam nenhuma relação com o crime, portanto, são fatos inúteis que nada contribuem para solução do caso.

Ratificando o entendimento legal, CAPEZ (2002, p. 261) leciona “Presunções legais 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*).”

Nesse sentido, a acusação não poderá provar que um menor de 18 anos tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, pois a lei presume sua incapacidade absoluta, não admitindo prova em contrário.

Todos os fatos restantes devem ser provados, inclusive o fato admitido ou aceito, também chamado fato incontroverso, porque admitido pelas partes. Existe necessidade da produção probatória, pois o juiz pode questionar o que lhe parecer duvidoso ou suspeito, não estando obrigado a aceitar o que for alegado uniformemente pelas partes.

Excepcionalmente o direito pode ser objeto de prova. Se se tratar de direito federal nunca; apenas se se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário o juiz pode determinar que a parte a quem aproveita-lhe faça a prova do teor e da vigência. (GREGO FILHO, 1998, p. 198)

Uma lide pode versar sobre fato, sobre direito, ou sobre fato e direito. A doutrina das provas judiciais, não se ocupa, em regra, da prova do direito; somente das questões do fato. Nesse sentido, provar nada mais é do que representar fatos passados.

4.3 Ônus da prova

A prova não se traduz numa obrigação processual e sim num ônus, isto é, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável.

O vocábulo ônus é proveniente do latim e significa carga, fardo ou peso. Logo, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, pois se assim fosse, seria uma obrigação, cujo não cumprimento geraria uma sanção. O ônus da prova corresponde ao interesse da parte que alega o fato, de produzir prova, com o objetivo de formar a convicção do juiz acerca da veracidade da argumentação.

A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não cumprimento não significa atuação contrária ao direito. Neste último caso, contudo, embora não tendo afrontado o ordenamento legal, a parte arcará com o prejuízo decorrente de sua inação ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação (CAPEZ, 2002, p. 273).

Toda pretensão punitiva baseia-se num fato. Inicialmente, a acusação, afirma um fato, que pode ser verdadeiro ou não. Por outro lado, o réu pode opor-se a esta afirmação, negando o fato, ou afirmando fato diferente que impede, extingue ou modifica a pretensão punitiva. O fato afirmado pelo réu na sua defesa não necessariamente é verdadeiro.

No processo penal, em regra, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo por meio da queixa-crime ou da denúncia. No entanto, o réu pode chamar para si o interesse de produzir prova, isto ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que conduzirá a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.

O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio "in dubio pro reo", que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor. (GRECO FILHO, 1998, p. 205)

O magistrado pode determinar a produção de provas *ex officio*. É o que disciplina o Princípio Inquisitivo. Este se caracteriza pela liberdade de iniciativa do magistrado, que se verifica tanto para a instauração da relação processual como para o seu desenvolvimento, visando descobrir a verdade real dos fatos, independente da vontade das partes litigantes.

Este tema encontra-se disciplinado no art. 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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.

4.4 Sistemas de apreciação da prova

Como já vimos, a finalidade da prova é produzir a certeza ou a convicção do magistrado acerca dos fatos litigiosos. No entanto, ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento, o juiz não pode atuar de forma arbitrária; por outro lado, deve observar um método ou sistema.

Nesse sentido o doutrinador GRECO FILHO (1998, p. 214) leciona que “Na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.”

De acordo com o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, possui o juiz total liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos através de critérios de foro íntimo, independentemente do que consta nos autos ou de fundamentação do seu convencimento. Este sistema é aplicado pelo Tribunal do Júri. Desse modo, os jurados não fundamentam as razões do seu convencimento, nem mesmo importa como formaram sua convicção.

No sistema da livre apreciação, livre convicção ou da convicção íntima o que prevalece é a íntima convicção do juiz, que é soberano para apreciar as provas. Este sistema, peca por conta dos excessos. Observe que ele chega até mesmo a conflitar com o Princípio do Contraditório, que nenhum direito processual moderno pode menosprezar.

O sistema da prova legal preestabelece um determinado valor para cada prova produzida no processo, trata-se da valoração taxada ou tarifada da prova. Assim cada prova tem seu peso e seu valor, ficando o magistrado adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade jurisdicional. Foi neste período que se considerou nulo a força probatória de um único testemunho. Este sistema é exatamente o contrário do sistema da livre convicção e representou uma reação ao sistema anterior, que era evidentemente instrumento de arbítrio, pois de nada servia a prova consistente e produzida corretamente se, depois, era possível o juiz decidir de acordo apenas com a sua consciência.

O sistema da persuasão racional ou convencimento racional reúne concomitantemente

as características dos dois sistemas anteriores. É um sistema misto, isto é, mantém a liberdade de apreciação da prova e ao mesmo tempo vincula o convencimento do juiz às provas dos autos, obrigando, o magistrado a fundamentar sua decisão de forma que se possa compreender o desenvolvimento do seu raciocínio e os motivos de seu convencimento.

A motivação é um dos fundamentos do sistema do convencimento racional, pois através desta confere-se racionalidade e legitimidade à liberdade que dispõe o magistrado na apreciação da prova. Tanto assim que o sistema é também conhecido como do livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada.

[...]Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2007, p. 365)

O sistema do livre convencimento motivado é aquele no qual o juiz, conforme seus critérios de entendimento, com base no raciocínio e na lógica, observando a legislação vigente, com fundamento nas provas dos autos, profere a sentença, devendo motivá-la.

A fundamentação das decisões é obrigatória por expressa determinação constitucional, é o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, *in verbis*: “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;”

5 APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS ÀS PROVAS ILÍCITAS

5.1 O Princípio da Verdade Real e as Provas Ilícitas

Ao tratarmos de provas, voltamos nossa atenção para a busca da verdade, que no processo penal, recebe a denominação de substancial, material ou real. Sendo mais conhecida por esta última nomenclatura. Contrastando com a verdade real, temos a verdade formal ou instrumental do Processo Civil.

Já que estamos tratando de verdade, no âmbito do Processo Penal, cabe definí-la: verdade é a conformidade que se verifica entre a noção ideológica e a realidade. Já a certeza é a crença nessa identidade, gerando um estado de espírito vinculado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Em outras palavras, a verdade está nos fatos; a certeza está em nós.

Importante mencionar que a descoberta da verdade é sempre relativa, uma vez que o que é verdadeiro para uns, pode não ser para outros. O objetivo da parte, no processo, é convencer o juiz, por meio da prova, de que sua noção de realidade é a correta, ou seja, de que os fatos ocorreram no plano real exatamente como está descrito em sua petição.

O processo é o meio utilizado pelo Estado para se efetivar o direito, que tem por objetivo precípua promover a justiça. Assim, em respeito ao Princípio da Verdade Real, pode ser utilizada uma prova ilícita quando for o único meio de provar a inocência do réu.

Se existirem provas que levariam a considerar o réu culpado e ao mesmo tempo provas que permitem supô-lo inocente. Estabelece-se a dúvida na mente do magistrado, e nesse estado de incerteza, ele deve absolver com base no princípio do *in dubio pro reo*

O princípio do *in dubio pro reo* consagra a presunção de inocência e tem por finalidade não permitir que o agente possa ser considerado culpado de algum delito enquanto restar dúvida sobre a sua inocência.

A prova tem uma finalidade muito clara, qual seja, a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior aproximação possível com a realidade histórica, ou seja, com a verdade dos fatos, da forma que efetivamente ocorreram no espaço e no tempo pretérito. A tarefa é, portanto, bastante difícil, quando não impossível.

Por mais difícil e por mais improvável que seja a hipótese de reconstrução dos fatos tal como ocorreram, cabe ao Estado essa importante tarefa.

Para consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (OLIVEIRA, 2007, p. 278).

A vedação das provas ilícitas, no processo, como já mencionado, é mais direcionada aos órgãos estatais, que na sua ação persecutória de produção de provas devem-se pautar pelos limites traçados pela lei. É uma regra salutar, pois visa evitar abusos por parte do Estado contra o cidadão.

De acordo com NUCCI (2007, p. 360): “[...]Provas ilícitas não são admissíveis, ainda que possam ser úteis a busca da verdade real, salvo a exceção voltada ao interesse do réu”.

Assim, há possibilidade de utilização da prova ilícita, em casos excepcionais. Por exemplo, quando esta for o único meio de beneficiar o réu. Explica-se a admissão da prova ilícita argumentando que é bem melhor aceitá-la do que ver um inocente condenado à prisão.

Admitir, por força de uma regra constitucional, que a prova ilícita, em hipótese alguma, poderá vir a ser utilizada, no processo, mesmo que a favor do réu, vai de encontro ao Princípio da Verdade Real. Este busca reproduzir os fatos tal qual ocorreram. E se o único meio possível de reconstrução dessa verdade fática se der pela utilização de uma prova ilícita, desde que, para beneficiar o acusado, não há porque negar acolhimento.

Importante lembrar que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita não possui caráter absoluto, de modo que, visando assegurar o direito à liberdade, bem de elevado valor para o ser humano, o direito admite exceção à regra prevista na Constituição Federal de 1988, art. 5, inciso LVI.

5.2 Princípios da Publicidade e Moralidade Administrativa e as Provas Ilícitas

A inadmissibilidade das provas ilícitas decorre da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, fazendo com que seja impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova. Entretanto, em defesa da probidade administrativa, a inadmissibilidade das provas ilícitas, deve ser compatibilizada com os outros princípios constitucionais, entre eles os Princípios da Moralidade e Publicidade.

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal prevê que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O administrador público, no exercício da sua função, deve obediência aos princípios administrativos previstos na nossa Carta Magna, e também aos princípios éticos de razoabilidade e justiça.

O agente público deve agir com probidade, honestidade, honradez, integridade de caráter e retidão.

Probidade administrativa consiste no dever do funcionário de servir a Administração Pública com honestidade, atuando no exercício de suas funções, sem tirar proveito dos poderes ou das facilidades inerentes ao cargo, seja em benefício próprio ou de outra pessoa.

Corroborando esse entendimento MORAES (2009, p. 117) afirma que “O dever de mostrar honestidade decorre do princípio da publicidade, pelo qual todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.”

Neste sentido, o Princípio da Publicidade constitui-se em importante instrumento de controle dos atos dos gestores da coisa pública, pois através da transparência na gestão, haverá maior qualidade na formação da opinião da sociedade e maior conscientização da realidade do Estado. O Poder Público, devido ao fato de ser público, deve agir com a maior transparência possível, de modo que os administrados tenham, a todo instante, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Com relação ao Princípio da Moralidade, buscou o legislador constitucional, proibir condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade.

Em respeito aos princípios da moralidade e publicidade o agente público, não pode utilizar-se da proteção constitucional para encobrir atividades ilícitas.

Dessa forma deverá ser permitida a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, utilizando-se de seu cargo, função ou emprego público, na prática de atos ilícitos (por exemplo: concussão, tráfico de influência, ato de improbidade administrativa), não lhe sendo possível alegar as inviolabilidades à intimidade ou a vida privada no trato da res pública; pois, na administração pública, em regra, não vigora o sigilo na condução dos negócios políticos do estado, mas o princípio da publicidade (MORAES, 2009, p. 117).

O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Administração Pública transparente, uma vez que a transparência proporciona governos mais democráticos e não há um meio melhor de fiscalização dos atos da administração pública do que uma sociedade bem informada.

A transparência é uma ótima forma de impedir que determinados atos da administração pública estejam viciados ou mascarados, pois o povo passa a conhecer de que forma seus representantes estão operando a coisa pública, que como o próprio nome já diz é de todos.

Numa gestão administrativa que zela pela transparência, o cidadão exerce papel fundamental, qual seja, verificar se o dinheiro público está sendo empregado da forma correta.

Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, que permitam a utilização de seus cargos, funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos, pois, conclui o Ministro Sepúlveda Pertence, inexistente proteção à intimidade na hipótese de uma corrupção passiva praticada em repartição pública (MORAES, 2009, p. 118).

Por último, importante salientar que a publicidade que vem a surtir efeitos jurídicos é aquela realizada através do órgão oficial, não aquela feita pela imprensa particular, ou qualquer outro meio de informação.

5.3 O Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas

As provas ilícitas e as provas ilegítimas poderão, em casos excepcionais, serem admitidas no processo, através da utilização do princípio da proporcionalidade. De acordo com esse princípio, amplamente utilizado na jurisprudência alemã, a partir de 1945, nenhuma garantia constitucional se reveste de valor absoluto e supremo, de modo a extinguir outra garantia de equivalente grau de importância.

O Princípio da Proporcionalidade do direito alemão, em território Norte-Americano recebeu a denominação de Razoabilidade.

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro reo* é questão pacífica na doutrina brasileira, pois o Princípio esculpido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, que proíbe as provas obtidas por meios ilícitos, de ingressarem no processo, não pode ser utilizado como escudo para perpetuar condenações injustas.

Neste sentido, entre admitir uma prova vedada pelo ordenamento jurídico, a qual se configura como o único meio de comprovar a inocência do acusado, e permitir que alguém, sem qualquer responsabilidade pelo ato criminoso imputado, seja privado, injustamente, de sua liberdade. É preferível, sem dúvida alguma, permitir a utilização da prova ilícita, pois esta é a opção mais compatível com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Questão delicada é a adoção do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, tem por objetivo proteger valores fundamentais da sociedade, tutelados pela norma penal. No caso de um eventual conflito entre a garantia do sigilo e a proteção da vida, do patrimônio, da segurança, bens que, também, são protegidos pelo nosso ordenamento jurídico, caberá ao magistrado sopesar e avaliar os valores conflitantes envolvidos, de modo a privilegiar um deles, em detrimento do outro.

Um exemplo de aplicação do Princípio da Proporcionalidade *pro societate* consiste em uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria destinada ao chefe de uma poderosa

organização criminosa de tráfico de drogas, com ramificações no crime organizado. Neste caso, é óbvio, que é mais importante desarticular essa poderosa organização criminosa, utilizando-se para tanto da prova ilícita; do que proteger o interesse do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, da qual se vale para a prática criminosa. Esse entendimento é confirmado pelo seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF):

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem pública, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada à norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.⁴

O Supremo Tribunal Federal entendeu que um direito individual não pode servir de proteção para a prática de ilicitudes, de tal sorte que a Suprema Corte acolhe a tese segundo a qual não há direitos fundamentais absolutos.

No entanto, não se pode estabelecer limite, em abstrato, as liberdades públicas, mas somente no caso concreto, por meio do juízo de proporcionalidade. Assim, o magistrado ao analisar um determinado caso, relativizará um direito fundamental em nome de outro para evitar a prática de atos ilícitos.

O sigilo da correspondência não é absoluto. Há limitações expressas e implícitas. No art. 136, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, está expresso, que durante o estado de defesa, o decreto que instituí-lo deverá determinar o tempo de sua duração, além de especificar as garantias constitucionais restringidas, dentre elas o sigilo da correspondência.

Ao lado do direito ao sigilo das correspondências, que procura tornar efetiva a proteção à vida privada, à intimidade e até à imagem e à honra, há direito de defesa dos cidadãos contra a utilização dessa garantia constitucional, como forma de perpetrar os crimes mais variados. Assim, o Estado no estrito cumprimento do dever legal, de manutenção da ordem, no sentido de evitar a ocorrência de ilícitos penais, poderá quebrar o sigilo da correspondência dos presos.

Neste mesmo sentido, ou seja, utilização do Princípio da Proporcionalidade *pro societate*, temos um julgado recente do Supremo Tribunal Federal.

⁴ LUCENA, Miguel. **O sigilo de correspondência do preso versus a segurança da comunidade**. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/execucao-penal/sigilo_correspondencia.htm>. Acesso em: 27 nov. 2010.

Trata-se do caso de extradição de uma artista mexicana que alegou ter sido estuprada no interior das dependências da Polícia Federal. O STF deferiu a produção de exame de DNA na placenta da gestante, recolhida sem a autorização desta, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então, a aplicação da proporcionalidade na produção da prova.⁵

Importante mencionar nesta decisão que:

Não existe lei brasileira autorizando o exame de DNA contra a vontade do titular do material recolhido. Também não há lei prevendo a possibilidade de prévia autorização judicial para a criação de meios de prova não previstos na legislação pertinente. Assim, mesmo tratando-se de material colhido da vítima do suposto estupro, o fato é que, em relação aos possíveis réus, o meio de prova utilizado seria ilegal.

Assim, é nítido que a Suprema Corte, utilizou-se do Princípio da Proporcionalidade admitindo prova não prevista em lei e mais ainda em favor da acusação.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido com alguma frequência a tese da proporcionalidade, sobretudo quanto à questão das gravações de conversas por um dos interlocutores sem a autorização do outro.

Percebe-se, contudo, que muitas vezes, a fundamentação dos julgados não encontra apoio na hipótese em tela, pois o caso se uma gravação obtida durante uma situação de flagrante delito afastaria a ilicitude da prova. Não se fala em prova ilícita quando estiver presente uma das dirimentes de ilicitude ou excludentes de ilicitude. São elas: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito.

O Princípio da Proporcionalidade relaciona-se à harmonia que deve existir entre os princípios constitucionais, as normas e a sua aplicabilidade no caso concreto Trata-se de um princípio constitucional implícito.

Analisando o vocábulo proporcionalidade logo nos vêm a mente a idéia de adequação. Em outras palavras, o princípio busca uma solução apropriada ao caso concreto. Visando, assim, evitar decisões injustas.

⁵ ANDREATO, Danilo. **Repercussão jurídico-probatória e direito fundamental a segurança pública**. Disponível em: <<http://www.fontedodireito.com.br/index.php/artigos/1728-repercussao-juridico-probatoria-e-direito-fundamental-a-seguranca-publica.html>>. Acesso em: 27 nov. 2010.

Os conflitos de princípios constitucionais são solucionados através da ponderação dos bens jurídicos, dando preferência por um; em detrimento do outro.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade busca encontrar a solução mais adequada. Sua utilização permite que a interpretação do direito possa captar a riqueza das circunstâncias fáticas dos diversos conflitos sociais, o que não seria possível na hipótese de uma interpretação literal da lei.

Determinados direitos fundamentais devem ceder, pois sua observância intransigente poderá vir a violar um outro direito constitucional mais relevante.

A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregado *pro reo* ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, a qual, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. A tendência, entretanto, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é aceitar somente *pro reo* a proporcionalidade (CAPEZ, 2002, p. 281).

As normas constitucionais se articulam em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De modo que não é possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais.

Com a utilização do Princípio da Proporcionalidade, o magistrado soluciona os conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar no caso concreto. Assim, é possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em benefício de outro direito ou garantia constitucional, este último entendido como mais relevante.

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade (OLIVEIRA, 2007, p. 313).

6 PROVA ILÍCITA, ILEGÍTIMA E EMPRESTADA

6.1 Prova Ilícita e Ilegítima

As provas obtidas por meios ilícitos e as provas ilegítimas são espécies do gênero provas vedadas.

Provas vedadas são aquelas produzidas em confronto com uma norma legal específica. A vedação pode ser imposta por norma de direito material ou processual. De acordo com natureza desta, a prova será classificada como ilícita ou ilegítima, respectivamente.

Essa diferenciação ficou a cargo da doutrina do Processo Penal. A distinção tem por finalidade melhorar a compreensão do que sejam os momentos de obtenção, introdução, produção e valoração da prova.

Quando a prova for inadmissível em razão de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, receberá a denominação de ilícita.

Prova ilícita é aquela obtida em confronto com normas ou princípios expressos na Constituição Federal de 1988 e nas leis. As normas e os princípios do nosso ordenamento jurídico destinam-se a proteção das liberdades públicas. Como exemplos de provas ilícitas, podemos citar as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, inciso XI, CF), da correspondência e das comunicações (art. 5º, inciso XII, CF), as produzidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, inciso III, CF); as colhidas com afronta à intimidade (art. 5º, inciso X, CF).

Nesse sentido leciona CAPEZ (2002, p. 279) “[...] Serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de direito civil, comercial ou administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.”

Prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção.

São exemplos de provas ilícitas a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a interceptação telefônica sem autorização judicial; a

confissão obtida por meio de tortura; o emprego do detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos.

Com relação à aceitação ou não das provas ilícitas, no processo, não existe um consenso doutrinário. Neste trabalho monográfico, defendemos a tese de que a melhor solução é a que aponta no sentido de que a proibição constitucional à aceitação da prova ilícita deve ceder nos casos em que a sua observância intransigente gere uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorado.

Não é razoável adotar uma postura inflexível de desprezo por toda e qualquer prova ilícita. Há determinadas situações, onde o interesse que se almeja proteger é muito mais relevante do que outro que também se pretende preservar. Surge, então, um conflito de princípios fundamentais da Constituição. Neste caso, é necessário que se compare os bens jurídicos tutelados para se verificar qual deverá prevalecer.

Com fundamento na razoabilidade, o magistrado poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivada, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação de um inocente ou a impunidade de perigosos meliantes. Os interesses em confronto devem ser sopesados, no caso concreto, para que seja definido qual que será sacrificado.

Neste sentido é importante salientar que as liberdades públicas não podem ser usadas como uma barreira de proteção para prática de atividades ilícitas, nem muito menos como argumento para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por ações criminosas, sob pena de absoluto desrespeito ao Estado Democrático de Direito. Neste sentido, aqueles que praticam crimes ferindo as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, não podem recorrer a alegação da ilicitude de determinadas provas para se eximir de suas responsabilidades civil e criminal diante do Estado.

Assim, há o entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzidas pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão, p. ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. Diz, assim, Antonio Scarance Fernandes: “Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.” A proporcionalidade vale-se da “teoria do sacrifício”, segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele

princípio que parece ser o mais importante. Além disso, seria admissível a prova ilícita em favor do réu quando a única possível. (MIRABETE, 2007, p. 255)

Desse modo, uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que venha a demonstrar a prática de crime de extorsão, poderá ser utilizada como prova, uma vez que o próprio autor do ato criminoso, primeiramente invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. E a vítima agindo em legítima defesa de suas liberdades públicas, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente.

Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade, à intimidade e a imagem do pai agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho, que, em legítima defesa, acabou por produzir a referida prova. Ainda poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma “carta confidencial” remetida pelo seqüestrador aos familiares do seqüestrado. Certamente essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o seqüestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de seus familiares que, em legítima defesa, produziram tal prova. (MORAES, 2009. p 116)

Quando a prova for vedada por violar regra de direito processual será denominada de prova ilegítima. Na prova ilegítima a ilegalidade surge no instante de sua produção no processo.

Prova ilegítima é a que viola regra de direito processual no momento de sua obtenção em juízo, isto é, no instante em produzida no processo. Podemos citar como exemplo: a oitiva de pessoas que não podem prestar depoimento, como é o caso do advogado que não pode informar o que soube quando no exercício da sua profissão, art. 207 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 207 - São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Importante mencionar que determinadas provas ilícitas, aquelas obtidas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede sua produção em juízo.

6.2 Prova Emprestada

Auxilia-nos nessa diferenciação a lição de OLIVEIRA (2007, p. 309) “O melhor exemplo, e que facilita enormemente o entendimento acerca da distinção, é o da prova emprestada, isto é, a prova obtida a partir de outra produzida em processo distinto.”

Prova emprestada é aquela produzida em um processo e, por meio da reprodução documental, juntada em outro processo criminal que está pendente de decisão.

O magistrado poderá considerá-la, tomando o cuidado de analisar de que forma foi produzida no processo de origem, de onde foi importada, com o objetivo de verificar se houve o respeito ao devido processo legal. Esta verificação inclui o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual deve ser verificado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo de origem, aquele onde a prova foi efetivamente produzida.

Neste sentido, um depoimento de uma testemunha pode ser extraído de um processo e juntado em outro, mas é indispensável saber se são as mesmas partes envolvidas, pois, não sendo, deve a testemunha ser inquirida novamente, possibilitando que a parte ausente promova as suas perguntas. Em outras palavras, garantindo o direito ao contraditório e a ampla defesa. Qualquer outra solução, que não esta, fere o devido processo legal.

Imagine, por exemplo, uma ação penal instaurada contra determinados réus. A acusação obtém uma certidão contendo o depoimento de uma testemunha já falecida, prestado num processo anterior, envolvendo a mesma situação fática, mas com réus diferentes do processo atual. A prova obtida desta forma é denominada de emprestada, uma vez que sua produção se deu em outro processo. Com relação a sua obtenção, ela é inteiramente lícita, não se pode argüir a inadmissibilidade da prova. Entretanto, a introdução desta prova num novo processo e, sobretudo, sua valoração é inadmissível, pois fere o princípio do contraditório.

Os réus, na nova ação penal, não são os mesmo do processo onde a prova foi produzida, de modo que eles não tiveram a chance de se manifestar sobre o conteúdo da prova testemunhal. Em tese, se neste novo processo, os réus fossem os mesmos, poderiam contraditar o depoimento prestado pela testemunha, podendo até demonstrar que ele não condiz com a verdade. A questão é garantir o direito ao contraditório em cada um dos

processos. Como se verifica, no caso hipotético em análise, este direito não foi assegurado. Assim, a introdução da prova emprestada e a sua valoração violam o princípio do contraditório. Desta forma, essa prova não pode ser utilizada contra os réus neste novo processo.

7 CORRENTES DOUTRINÁRIAS A FAVOR E CONTRA O USO DE PROVAS ILÍCITAS

A questão da prova ilícita é o centro dos debates doutrinários e jurisprudências. Indaga-se uma prova ilícita, altamente relevante, que leve à descoberta da verdade deverá ser afastada do processo devido ao fato de ter sido obtida com inobservância da norma material. Por outro lado, indaga-se sobre a possibilidade de produção e valoração, limitando-se a punir, neste caso, o responsável pelo ilícito administrativo, civil ou penal praticado.

A utilização da prova ilícita é proibida por força da Constituição Federal de 1988, que no seu art. 5º, inciso LVI, determina, *in verbis*: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Apesar da vedação constitucional, no ambiente jurídico, várias discussões se formaram acerca deste tema. Desde modo, surgiram duas correntes doutrinárias antagônicas: a corrente a favor e a corrente contra a utilização da prova ilícita.

A corrente a favor da prova ilícita argumenta que o interesse de promover a justiça e a busca da verdade real deve preponderar, e assim, a prova ilícita pode ser utilizada. No entanto, aquele que cometeu a infração será punido.

De acordo com esta corrente doutrinária, o que deve prevalecer em qualquer caso, é o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de modo que a ilicitude da obtenção não retira da prova o seu valor como elemento capaz de influir na convicção do magistrado, assim, a prova será admitida, sem prejuízo da sanção que será imposta ao infrator.

A doutrina faz uma distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Prova ilícita é aquela que fere regra de direito material e a ilegítima viola regra de direito processual. Com base nesta distinção, os adeptos do uso da prova ilícita, também, defendem que está só não poderá ser utilizada quando for ao mesmo tempo ilícita e ilegítima, ou seja, as provas exclusivamente ilícitas podem ser utilizadas.

Os seguidores da corrente favorável a prova ilícita alegam que o problema jurídico da admissibilidade da prova não se refere ao modo de obtenção da prova. Para eles, pouco importa os meios utilizados para sua obtenção.

Em outro extremo temos uma corrente que defende a inadmissibilidade da prova ilícita. Argumentam os seguidores desta, que não se deve admitir a utilização deste tipo de prova, pois procedendo desta forma estaríamos privilegiando condutas antijurídicas

Neste sentido, leciona esta corrente doutrinária: o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico. Também não pode permitir que alguém se aproveite do mesmo para obter privilégios em detrimento de outrem. E finaliza dizendo, o magistrado não reconhecerá eficácia à prova obtida com inobservância de preceito legal.

Para corrente que defende a inadmissibilidade da prova ilícita, toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos deve ser imediatamente rejeitada

O princípio constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma norma assecuratória cuja finalidade é resguardar direitos e garantias individuais e garantir a qualidade da prova a ser introduzida e valorada nos autos.

Possui o princípio da vedação da prova ilícita, duplo objetivo. Visa preservar direitos fundamentais do cidadão e a moralidade dos atos estatais.

A inadmissibilidade das provas ilícitas pode ser explicada por três teses, que se complementam:

A primeira tese fundamenta sua rejeição à prova ilícita argumentando que o direito é uno e indivisível e desta forma a prova ilícita fere todo o direito, não sendo admitida no mundo jurídico.

A segunda tese fundamenta sua rejeição à prova ilícita no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Neste sentido, verdade não pode ser descoberta a qualquer preço, ou seja, utilizando-se de atos ilícitos, que afrontem os direitos e garantias fundamentais. A ilicitude dos atos estatais geraria a nulidade e, portanto o ato praticado seria ineficaz. A atividade estatal deve se guiar por meio de atos e princípios moralmente éticos.

A terceira tese fundamenta sua rejeição à prova ilícita, na própria constituição, uma vez que, esta fere direitos fundamentais, resguardados pela Carta Magna.

Importante mencionar que o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de rejeição à prova ilícita.

Como podemos ver há um impasse entre as duas correntes, uma é favor da produção e valoração em juízo da prova ilícita; a outra, em hipótese alguma, aceita que seja utilizada.

Importante que se diga que processo deve ser disciplinado por provas obtidas de acordo com a lei, não devendo ser acolhidas as provas ilícitas. Entretanto, esta é uma regra geral, que comporta exceções.

Como já sabemos, a norma constitucional proíbe o uso da prova obtida ilicitamente no processo. Contudo, existem outros direitos e garantias individuais que tiveram origem no mesmo poder constituinte originário. Como por exemplo: o direito à vida, à saúde, à segurança, à intimidade e diversos outros. Havendo choque entre eles deve procurar a solução mais salutar.

Neste sentido, compreendemos que a posição que melhor reflete à harmonia do sistema é a posição intermediária entre as duas correntes mencionadas. Isto é, como regra geral, a inadmissibilidade da prova ilícita. Como exceção, a admissibilidade, em casos excepcionais.

Dessa forma, o melhor posicionamento é aquele que concilia as duas correntes doutrinárias. Não se defende nenhum dos dois extremos, isto é, nem a admissibilidade da prova ilícita, muito menos a inadmissibilidade da prova ilícita. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, adota tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Com fundamento neste princípio, o que deve haver é a análise de proporcionalidade de bens jurídicos. Assim, a vedação constitucional à aceitação da prova ilícita deve ceder nas hipóteses em que a sua observância intransigente leve à lesão de um direito fundamental mais relevante.

Neste ponto é importante dizer que o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência caminha no sentido da relativização do princípio constitucional, com base no

princípio da proporcionalidade, que deverá nortear as lides levadas a apreciação do Poder Judiciário.

Compreendemos que o Poder Constituinte Originário adotou uma postura radical. Entretanto, plenamente justificada pelo momento, histórico, que o Brasil acabará de passar. A Constituição Federal de 1988 representou o rompimento com o regime autoritário. Nela, foram previstos vários direitos e garantias fundamentais que precisavam ser resguardados. Deste modo, a vedação da produção de provas por meios ilícitos representou uma maneira de evitar arbítrios do Estado para com os indivíduos.

No cotidiano, verificamos casos que demonstram a aplicação do princípio da proporcionalidade, buscando o equilíbrio entre bens jurídicos.

O foco da questão é decidir qual direito deve sobressair em detrimento de outrem.

Por exemplo, quando estiver em confronto o direito ao sigilo da correspondência epistolar, cartas, de um preso e a segurança da sociedade, o magistrado terá que determinar qual deverá prevalecer. Neste caso, é óbvio que o segundo bem jurídico deverá sobressair, pois é bem mais relevante.

De acordo com princípio da proporcionalidade, o juiz pode, em casos de relevante gravidade, analisar se outra norma constitucional supera em valor aquela que está sendo violada.

O princípio da proporcionalidade é alvo de crítica. Alegam que deixando a cargo do magistrado a decisão sobre qual bem será sacrificado, haverá grande concentração de poderes nas mãos do mesmo. Entretanto, este entendimento não deve prosperar, tendo em vista que há critérios disciplinadores para a atividade jurisdicional, bem como para utilização deste princípio.

Colocando numa balança, de um lado o comprometimento com a busca da justiça, objetivo primordial do direito; e do outro a proibição constitucional de utilização da prova ilícita, observamos que se trata de uma questão delicada, onde estão em ponderação valores relevantes.

O magistrado deverá decidir, qual bem jurídico vai preponderar. Assim, já houve casos onde a prova ilícita foi admitida. Por exemplo: prova ilícita pra beneficiar o réu, já foi aceita por nossos tribunais, com o objetivo de evitar que se cometa injustiça.

Sabemos que o nosso sistema penitenciário é muito precário. Não cumpre com a sua função básica de reinserção do preso na sociedade, isto é, não promove a ressocialização. O juiz ao sentenciar deve ter em mente esta realidade, evitando condenar um inocente, pela simples razão da prova de sua inocência não ter sido obtida de forma lícita. Não acolhendo a prova ilícita, neste caso, o magistrado estará cometendo uma injustiça.

Em síntese, podemos dizer que a prova ilícita deve ser admitida quando houver necessidade de tutelar os bens jurídicos de maior valor para o Estado Democrático de Direito e na hipótese de ser a única prova capaz de demonstrar a inocência do réu, pois vigora no processo penal o princípio da verdade real, em detrimento da verdade formal.

8 ANÁLISE DO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antes de analisarmos a nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal, faremos algumas considerações iniciais.

A lei processual penal, em vigor desde 1941, foi redigida num período que vigorava a Constituição de 1937. Tratava-se de uma Constituição inspirada no modelo Polonês, isto é, no autoritarismo. Assim, o cidadão naquela época tinha poucos direitos em face da nossa atual constituição, a Constituição Federal de 1988, que em homenagem as conquistas sociais, recebeu a denominação de Constituição Cidadã.

Neste sentido, o Código de Processo Penal está desalinhado com as diretrizes da Constituição Federal de 1988. Há um descompasso entre a lei processual e a Lei Maior do Estado.

O Brasil atual já não é o mesmo de 1937. Houve profundas alteração no quadro social e político e econômico do país e a lei processual ficou desatualizada.

Ao longo do tempo, vários artigos foram sendo modificados. Almeja-se adequar a lei processual a Constituição Cidadã e imprimir maior celeridade processual. Há atualmente tramitando no Congresso Nacional uns 200 projetos de lei que visam alterar diversos artigos do Código de Processo Penal.

Obviamente a doutrina e a jurisprudência não permaneceram estáticas durante tanto tempo, tendo sido as principais fontes de fundamentação das alterações legislativas.

Sob o manto do Estado Democrático de Direito, os tribunais passaram a reconhecer que muitos procedimentos precisavam ser revisados, e alguns já o foram.

É óbvia a necessidade de promover uma ampla reforma da lei processual, que se encontra em vigor desde 1941. Neste sentido, o Senado Federal formou uma Comissão de especialistas presidida pelo Ministro do STJ Amilton Carvalhido e, dentre outros o ilustre Procurador Regional da República Eugênio Pacelli de Oliveira, com a missão de Relator Geral da Comissão.

O trabalho foi demorado, teve início em 2001 e só foi concluído com a implantação de uma reforma parcial no Código de Processo Penal, através da lei 11.690. Assim, o Poder Legislativo promoveu as mudanças mais urgentes. Ideal seria que fosse feita uma reforma

total do Código de Processo Penal, mas em razão da lentidão do Poder Legislativo trata-se de uma tarefa de difícil execução.

Assim, apenas em 2008 foram editadas quatro leis alterando procedimentos do Código de Processo Penal, procurando assim adequá-lo à nova realidade jurídica.

Neste trabalho monográfico, faremos comentários acerca das alterações introduzidas pela Lei 11.690/2008, especificamente no art. 157 da lei processual.

A Lei que reformou parcialmente o Código de Processo Penal é de 09 de junho de 2008 e entrou em vigor 60 dias depois. A lei em comento, buscou delinear novos caminhos disciplinadores das provas no Processo Penal, definir regras sobre a licitude das provas, privilegiar o contraditório e adequar a norma processual a Constituição Federal de 1988.

Passemos a análise da nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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.

§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (vetado)

Por muito tempo a doutrina discutiu sobre as provas ilícitas e ilegítimas e a possibilidade de utilização no processo. Muitos defendiam que o texto constitucional não estabelecia, exatamente, o que se devia entender por meio ilícito. E assim, abriu margem para interpretações. Discussão importante para o direito em face do que prevê, no art. 5, inciso LVI, a Carta Magna: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Desta forma, a doutrina classificou as provas vedadas em duas espécies: ilícitas e ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas obtidas com desrespeito a direito material,

constitucional ou penal. As provas ilegítimas são aquelas produzidas infringindo direito formal ou processual.

A nova redação, do caput do art. 157, cuidou de unificar os conceitos estabelecendo que tanto as provas que ofendam direito material como direito processual não são admitidas no processo.

O parágrafo primeiro do art. 157 do Código de Processo Penal, positivou a Teoria do Nexo Causal Atenuado. Se o nexos de causalidade for ténue, então pode ser usada a prova ilícita derivada.

O mesmo dispositivo legal confirmou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Trata-se de uma teoria criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que entende que os vícios da “planta são transmitidos aos seus frutos”. Em outras palavras, os vícios de uma prova contaminam os demais meios probatórios que dela se originaram.

A questão da prova ilícita por derivação foi amplamente discutida no Direito Americano e, durante vários anos no Supremo Tribunal Federal, foram promovidos vários debates acerca do tema. É a denominada “Doutrina dos Frutos da Arvore Envenenada”, ou “FRUITS OF THE POISONOUS TREE”. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas. A ilicitude pode ser originária ou por derivação. Qualquer nova prova, ainda que realizada, de maneira válida, em momento posterior, não pode apoiar-se, em prova anterior comprometida pela ilicitude. A exclusão da prova originariamente ilícita, ou da prova derivada da ilícita representa um dos meios mais fortes destinados a dar efetividade à garantia do devido processo legal.

Contudo, esta teoria não é absoluta sob a ótica do Direito Americano havendo limitações a sua aplicação.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada leciona que independentemente da legalidade da colheita, a prova também será ilícita se for derivada de outra prova ilícita. No entanto, assumindo posição mais conservadora, a Suprema Corte Norte Americana estabeleceu diversas limitações a essa teoria, dentre elas: limitação da descoberta inevitável, pela qual a prova seria admissível se a acusação provasse que ela seria inevitavelmente descoberta por meios legais; limitação da fonte independente, segundo a qual os fatos

descobertos a partir da prova ilícita não seriam necessariamente ilegais, se pudessem ainda ser provados por fonte independente

No Brasil, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada só é aplicada às provas decorrentes, ou seja, as provas ilícitas por derivação; não se aplicando as provas que não se relacionam com contaminação.

O legislador determinou, no parágrafo quarto, do art. 157, que o magistrado que conhecesse do conteúdo da prova declarada inadmissível ficaria impedido de proferir a sentença ou acórdão. Deveria, pois, pela vontade do Congresso Nacional, o magistrado passar os autos a seu substituto legal. O objetivo era afastar o juiz, que teve contato com a prova ilícita, da condução do processo, e assim permitir que outro magistrado, que não teve contato com a prova maculada, pudesse examinar a questão, sem comprometimento psicológico.

No entanto, o Presidente da República vetou este parágrafo sob o argumento de que a nova regra acarretaria transtornos para o procedimento, e que seria inconveniente que um magistrado que não conhecesse a prova passasse a conduzir o processo.

A lei 11.690/08, que reformou parcialmente o Código de Processo Penal, trouxe novidades positivas.

Estabeleceu o conceito de provas ilícitas contido na Carta Magna, de modo que hoje não se distingue mais se a norma legal é material ou processual. Basta violação a uma norma, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Em síntese, ao violar o devido processo legal estar-se-á diante de uma prova ilícita.

Regulamentou, no parágrafo terceiro, do art. 157, do Código de Processo Penal, que a prova ilícita deve ser desentranhada do processo. Neste sentido, dispôs que preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, possibilitando às partes acompanhar o incidente.

Positivou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, confirmando o entendimento do STF, que há tempos defendia que a prova ilícita por derivação é também prova inadmissível.

Entretanto, há impropriedades técnicas, na redação, dessa nova lei:

Entende-se que falhou o legislador, quando da elaboração do parágrafo primeiro, do artigo 157, do Código de Processo Penal, ao excepcionar o nexu causal. Isto porque, se o nexu causal está evidente, a prova derivada é ilícita. Se há ausência do nexu causal, por sua vez, é claro, a prova será lícita, até porque não se aplicaria nesse caso a teoria, já que não há prova derivada.

Do mesmo modo, entende-se que deixou a desejar o legislador ao promover o conceito de fonte independente no parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal, pois se utilizou do conceito da famosa Teoria da Descoberta Inevitável para definir fonte independente.

Vislumbra-se, ademais, que perdeu o legislador a oportunidade de tratar de outras exceções tão importantes e defendidas pelos nossos Tribunais.

Nesse contexto, entende-se que as exceções oriundas da nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal são meramente exemplificativas, uma vez que, de acordo com precedentes do Supremo Tribunal Federal e entendimentos doutrinários, a avaliação da licitude da prova bem como sua utilização deve passar por um juízo de proporcionalidade e razoabilidade entre direitos em conflitos. Assim, outras exceções, como a prova ilícita *pro reo*, podem ser admitidas no caso concreto.

Verifica-se, dessa forma, a importância de se construir uma Lei mais pormenorizada e eficiente, sem impropriedades técnicas, a fim de eliminar as dificuldades ora enfrentadas, que sem sombra de dúvida, levam a sopesar, diante das peculiaridades de cada caso, valores em jogo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o Princípio Constitucional expresso no art. 5º, inciso LVI, que veda a utilização de provas ilícitas no processual, tem como objetivo precípuo, proteger o cidadão do Poder arbitrário do Estado.

Neste sentido, importante lembrar que quando da convocação do Poder Constituinte Originário, responsável pela confecção de uma nova constituição, o Brasil tinha acabado de sair de um longo período de ditadura onde os direitos dos cidadãos foram extremamente desrespeitados, muitos brasileiros foram torturados, tiveram seus lares violados e muitos tiveram que se exilar em outros países para garantir o direito mais fundamental do ser humano, qual seja, o direito à vida.

Compreendido o momento histórico pelo qual o nosso País tinha acabado de passar fica óbvio de entender que a proibição da prova ilícita visa proteger os direitos fundamentais do cidadão contra as arbitrariedades do Estado.

Reforçando o elevado valor alcançado pelo cidadão diante do Estado é que a Constituição Cidadã prevê logo no primeiro artigo, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Conclui-se, assim, que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário. E mais, o legislador constitucional pôs os direitos e garantias individuais e coletivos antes mesmo da própria organização do Estado, confirmando exatamente o que foi dito, isto é, o ser humano é o fundamento do Estado.

Conclui-se também que a norma constitucional que veda o uso da prova ilícita deve ser interpretada de forma relativa. Assim, havendo conflito entre Princípios Constitucionais caberá ao magistrado analisar e decidir qual deles deverá preponderar. Para isto, utilizar-se-á o Princípio da Proporcionalidade dos bens jurídicos. Assim, o bem jurídico mais relevante, no caso concreto, irá preponderar. O objetivo primordial é preservar a harmonia do ordenamento jurídico e fazer justiça.

Neste contexto, defendo a tese de que em nome da probidade administrativa, honestidade no trato da coisa pública, a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas deve ser

compatibilizada com os demais Princípios Constitucionais, expressos no *caput* do art. 37, entre eles podemos destacar o da Moralidade e da Publicidade.

Com base no Princípio da Proporcionalidade dos bens jurídicos, o magistrado, analisando o caso concreto, fará prevalecer o direito mais relevante. Neste sentido, não é razoável permitir que em nome da inadmissibilidade da prova ilícita, deixemos impune o mau gestor do dinheiro público. Como o interesse social é mais relevante, a prova deverá ser admitida e valorada em juízo e o mau administrador deverá ser punido penalmente, além de ser obrigado a restituir aos cofres públicos o dinheiro desviado seja das obras públicas, da saúde, da educação ou da segurança.

Assim, compreende-se que, uma prova obtida de forma ilícita por um particular, que demonstre, por exemplo, um desvio de dinheiro público, não deve ser repudiada, por chocar-se com a norma constitucional expressa no art. 5º, inciso LVI. Negar acolhimento a tal prova estimularia a corrupção.

Com relação à possibilidade jurídica de utilização da prova ilícita, *pro reo, conclui-se que*, se da análise do caso concreto, o magistrado concluir que se trata da única prova disponível e de força probante capaz de demonstrar a inocência do réu, há possibilidade de utilizar esta prova, haja vista que, é única forma de se fazer justiça; do contrário estaríamos condenando um inocente à prisão.

No penúltimo capítulo, ao analisar as correntes doutrinárias a favor e contra a utilização das provas ilícitas no processo cheguei à conclusão que a melhor posição é no sentido intermediário dessas correntes. Isto é, como regra a inadmissibilidade da prova ilícita e como exceção a sua admissibilidade.

No último capítulo, Verifica-se que o *caput* do art. 157 da lei processual penal positivou o conceito de prova ilícita, reafirmando o que já estava previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVI, ou seja, a vedação às provas ilícitas.

O parágrafo primeiro do art. 157 do Código de Processo Penal positivou o entendimento do STF no que tange à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, originária da jurisprudência Norte-Americana, pela qual tudo o que se origina da prova ilícita também deve ser considerado ilícito e, portanto, não pode ser utilizado. Isto é, toda prova decorrente da

produção de uma prova ilícita estará contaminada com o vício desta. Entretanto, previu exceções.

Neste sentido, conclui-se que com base na Teoria do Nexo Causal Atenuado, da Descoberta Inevitável e da Fonte Independente, originárias do Direito Norte Americano, positivadas no art. 157 do Código de Processo Penal, há possibilidade de se utilizar prova ilícita por derivação.

Conclui-se que o legislador cometeu uma impropriedade técnica, quando da elaboração do parágrafo primeiro, do artigo 157, do Código de Processo Penal, ao excepcionar o nexo causal. Isto porque, se o nexo causal está evidente, a prova derivada é ilícita. Se há ausência do nexo causal, por sua vez, é claro, a prova será lícita, até porque não se aplicaria nesse caso a teoria, já que não há prova derivada.

Conclui-se que a lei 11.690/08 acertadamente impôs limites a vedação absoluta da prova ilícita derivada, são eles: Teoria do Nexo Causal Atenuado, Teoria da Descoberta Inevitável e Teoria da Fonte Independente. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal admite, em certa medida, estas teorias.

Conclui-se que o parágrafo segundo do art. 157 do Código de Processo Penal é polêmico, pois o legislador também cometeu impropriedades técnicas ao tentar conceituar Fonte Independente, estabelecendo na realidade o conceito da Descoberta Inevitável. Além disso, o legislador utilizou de mera hipótese, de juízo de probabilidade, o que, no âmbito penal, e especificamente, em processo penal não é aconselhável. Vejamos, *in verbis*:

§ 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.

Haverá um incidente processual a ser resolvido pela decisão do magistrado e que a lei 11.690/08 nada diz sobre a possibilidade de recurso e qual seria esse para que acusação ou defesa se manifestem contra a decisão do incidente. Assim, entendo que, sendo prejudicado o acusado, é possível impetrar *habeas corpus*, remédio adequado para atacar tal decisão; inconformada a acusação, pode utilizar o mandado de segurança. Vejamos, *in verbis*:

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

O Presidente da República vetou o parágrafo quarto do artigo 157 do Código de Processo Penal fundamentando seu veto na busca pela celeridade processual, haja vista que o magistrado substituto demoraria muito para tomar conhecimento do conteúdo da instrução de um processo e isto traria prejuízo à celeridade. Importante salientar que há divergência doutrinária neste ponto.

Entende-se que o veto presidencial foi bem fundamentado e acredito ter sido a decisão mais coerente com os objetivos almejados pela reforma do Código de Processo Penal, quais sejam, efetividade, celeridade e economia no processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREATO, Danilo. **Repercussão jurídico-probatória e direito fundamental a segurança pública**. Disponível em: <<http://www.fontedodireito.com.br/index.php/artigos/1728-repercussao-juridico-probatoria-e-direito-fundamental-a-seguranca-publica.html>>.

Acesso em: 27 nov. 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. Organização Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno do STF. Ação Penal nº 307-3-DF. Autor: MP Réus: Fernando Affonso Collor de Mello e Paulo César Farias. Relator: Min. Ilmar Galvão. Ementário nº 1804-11. Diário da Justiça 13 outubro 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: Doutrina e Prática**. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2008.

GRECCO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigosprocessopenal.htm>>. Acesso em: 16 set. 2010.

HENRIQUES, Antônio e MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

LUCENA, Miguel. **O sigilo de correspondência do preso versus a segurança da comunidade**. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/execucao-penal/sigilo_correspondencia.htm>. Acesso em: 27 nov. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da e SANTOS, William Douglas Resinente. **Direito Constitucional**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PARENTONI, Roberto Bartolomei. **As Alterações no Processo Penal: Tribunal do Júri, Provas e Procedimentos. Breves Considerações Sobre o Processo, Teses e Defesa Penal**. São Paulo: Editora J.H. Mizuno, 2008.

YOSHIKAWA, Daniella Parra Pedroso. **Lei 11.690/08: o novo regramento das provas ilícitas**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080611120430212>. Acesso em: 16 set. 2010.