



FACULDADE PROCESSUS/ESCOLA DA MAGISTRATURA



JOÃO PAULO DE LIMA LAURENTINO – MATRÍCULA: 01474

A PROVA ILÍCITA FAVOR REI À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

BRASÍLIA

2014

JOÃO PAULO DE LIMA LAURENTINO – MATRÍCULA: 01474

A PROVA ILÍCITA FAVOR REI À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Direito Penal/Empresarial pela Faculdade Processus/Escola da Magistratura.

Orientadora: Professora Juliana Zapallá Porcaro Bisol.

BRASÍLIA

2014

JOÃO PAULO DE LIMA LAURENTINO – MATRÍCULA: 01474

A PROVA ILÍCITA FAVOR REI À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Direito Penal/Empresarial pela Faculdade Processus/Escola da Magistratura.

Orientadora: Professora Juliana Zapallá Porcaro Bisol.

Brasília, 16 de setembro de 2014.

Banca Examinadora

Prof.^a. Juliana Zapallá Porcaro Bisol

Orientadora

Em primeiro lugar, a Deus, pois é Ele quem nos dá força para superar todas as dificuldades em nossas vidas; aos meus pais, por tanta dedicação; aos meus irmãos, pela ajuda e compreensão; aos meus amigos, pelas palavras de carinho e incentivo; aos professores, pelos ensinamentos; e a minha noiva, pela paciência, pelo carinho e pelo amor que demonstra a cada momento.

Três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente.

Sócrates

RESUMO

O uso da prova ilícita no processo penal sempre foi um tema de grandes debates na doutrina e jurisprudência. O ordenamento jurídico pátrio prevê de forma expressa sua inadmissibilidade, mas o mandamento constitucional da proibição do uso da prova ilícita não é absoluto. É um princípio que sofre uma mitigação como forma de se ponderar os interesses em conflitos. Para corroborar essa tese, surgem as teorias da Proporcionalidade e da Exclusão da Ilícitude. A primeira entende ser possível o uso da prova ilícita quando há confronto de direitos igualmente protegidos, a segunda defende que, quando a prova ilícita for o único meio possível de provar a inocência do réu, admite-se o uso de tal prova.

Palavras-chave: Prova. Inadmissibilidade. Inocência. Réu.

ABSTRACT

The use of illegal evidence in criminal proceedings has always been a topic of great debate in the doctrine and jurisprudence. The national legal system explicitly provides its inadmissibility, but the constitutional commandment prohibiting the use of illegal evidence is not absolute. It is a principle that suffers a mitigation as a way to ponder the interests in conflict. To corroborate this thesis, arise the theories of Proportionality and of Illegality Exclusion. The first understands be possible the use of illegal evidence when there is confrontation of rights that are equally protected, the second advocates that, when the illegal evidence is the only possible way to prove innocence of the defendant, its use is admitted.

Key words: Evidence. Inadmissibility. Innocence. Defendant.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código de Processo Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

HC – Habeas Corpus

RHC – Recurso em Habeas Corpus

AI – Agravo de Instrumento

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A PROVA NO PROCESSO PENAL	13
1.1 Conceito de prova.....	13
1.2 Finalidade da prova.....	14
1.3 Breve histórico.....	15
1.4 Princípios que regem as provas.....	18
1.4.1 Princípio da comunhão da prova.....	18
1.4.2 Princípio da liberdade da prova.....	19
1.4.3 Princípio do contraditório.....	20
1.4.4 Princípio da oralidade.....	21
1.4.5 Princípio da publicidade.....	22
1.5 Meios de provas.....	23
1.6 Ônus da prova.....	24
1.7 Sistemas de avaliação ou de apreciação das provas.....	25
1.7.1 Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz.....	26
1.7.2 Sistema da certeza moral ou da prova tarifada.....	28
1.7.3 Sistema da livre convicção ou da persuasão racional.....	29
2 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL	32
2.1 A prova ilícita e o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.....	32
2.2 Prova ilícita, prova ilegítima e prova irregular.....	33
2.3 Prova ilícita por derivação (Teoria dos frutos da árvore envenenada).....	35
2.3.1 Limitações da Teoria do fruto da árvore envenenada.....	37
2.3.1.1 Teoria da fonte independente.....	37
2.3.1.2 Teoria da descoberta inevitável.....	39
2.4 As alterações advindas da Lei nº 11690 de 2008.....	40
3 PROVAS ILÍCITAS A FAVOR DO RÉU	44
3.1 Da admissibilidade da prova ilícita <i>pro reo</i>	44
3.2 Teorias que autorizam a prova ilícita a favor do réu.....	45

3.2.1 Teoria da proporcionalidade (razoabilidade).....	46
3.2.2 Teoria da Exclusão da Ilícitude	52
3.3 A jurisprudência nacional e a prova ilícita <i>favor rei</i>	54
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a prova ilícita favor rei à luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal proíbem o uso da prova ilícita. Entretanto, nos casos em que o réu só dispõe da prova ilícita para demonstrar sua inocência, faz-se uma ponderação das normas, com o objetivo de se avaliar, no caso concreto, qual norma deve prevalecer.

Historicamente, o réu sempre foi o algoz no âmbito do processo penal, pois o mesmo se submetia, em tempos mais antigos, às penas da maior crueldade de que um ser humano poderia ser vítima. Com a evolução da sociedade e, por consequência, do direito, o réu passou a ter direitos garantidos em legislações constitucionais e infraconstitucionais, especialmente com o início da Revolução Francesa, já no fim do século XVIII, em que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade passaram a ditar a vida em sociedade.

A inadmissibilidade da prova ilícita está inserida no texto das garantias individuais do cidadão da nossa Carta Maior. No mesmo diploma legal, encontram-se consagrados os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa etc. E se de um lado, temos a proibição da prova ilícita; do outro, temos a liberdade do indivíduo, duas garantias constitucionais. Destarte, no confronto aparente de normas constitucionais, deve-se avaliar, no caso concreto, qual deve preponderar, sendo que a aplicação de uma não exclui, necessariamente, no afastamento a outra. É o que a doutrina denomina de princípio da proporcionalidade (razoabilidade). Por esse princípio, admite-se o uso da prova ilícita favor rei, quando esta for o único meio de provar a inocência do réu.

No primeiro capítulo discorreremos sobre o conceito de prova e sua finalidade, passando, logo em seguida, a tratar do breve histórico da prova. No presente tópico, notar-se-á que o réu era tratado no processo apenas como um mero objeto e não como sujeito de direitos. A seguir, explanam-se os princípios mais citados na doutrina pátria que regem as provas: a comunhão da prova, a liberdade da prova, o contraditório, a oralidade e a publicidade. Logos depois, abordar-se-ão os meios de provas e discorrer-se-á sobre o ônus da prova no processo penal. Por último, será feita uma análise dos sistemas de avaliação de provas no âmbito do processo penal:

o da íntima convicção, o da prova tarifada e o da livre convicção ou persuasão racional.

No segundo capítulo analisar-se-á a prova ilícita, abordando-se o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. A seguir, diferencia-se a prova ilícita da prova ilegítima, sendo esta caracterizada por violar uma regra de direito processual, aquela, por violar uma norma de direito material. Logo depois, abordar-se-ão sobre as provas ilícitas por derivação, ou seja, a respeito da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, bem como suas limitações: a Teoria da Fonte Independente e a Teoria da Descoberta Inevitável. Por fim, discorrer-se-ão sobre as alterações advindas da lei 11.690 de 2008, que modificou alguns artigos do Código de Processo Penal referentes ao tema da prova.

No terceiro capítulo analisar-se-á o tema da presente pesquisa: a prova ilícita a favor do réu à luz do princípio da proporcionalidade. Aqui, abordar-se-ão as teorias que autorizam o uso da prova ilícita favor rei: a Teoria da Proporcionalidade (razoabilidade) e a Teoria da Exclusão da Ilícitude. A primeira defende o uso da ponderação, no caso concreto, quando houver direitos em conflito. A segunda entende que o réu pode fazer uso da prova ilícita para demonstrar sua inocência, afastando, assim, a ilicitude de sua conduta.

O tema em comento tem sua devida importância, à medida que traz à discussão (no mundo acadêmico, nos tribunais e também na sociedade) a admissibilidade da prova ilícita a favor do réu, quando esta se mostrar como a única forma possível de demonstrar a inocência do acusado. A admissibilidade da prova ilícita favor rei tem como premissa, ao usar do critério da ponderação de direitos em conflitos, fortalecer os princípios da dignidade da pessoa humana e o da presunção de inocência do réu, garantindo ao indivíduo um processo que transcorra sob o amparo do devido processo legal, o que fortalece os alicerces do Estado Democrático de Direito.

1 A PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova sempre foi um tema de grande importância e de muitos debates no âmbito do processo penal. Pode-se dizer que a prova é a alma do processo, pois é ela quem dá todo o embasamento para que o julgador possa condenar ou absolver alguém. Nesse primeiro capítulo analisar-se-á a prova, iniciando pelo seu conceito e finalidade. A seguir, explana-se sobre o breve histórico da prova, passando por uma análise de seus aspectos e da forma como o réu era tratado no processo penal em tempos mais remotos da civilização. Logo depois, tratar-se-ão dos princípios que regem as provas, os meios de provas e ônus da prova. Por fim, abordar-se-ão os sistemas de avaliação de provas: o da íntima convicção, o da prova tarifada e o da livre convicção motivada, sendo este último adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

1.1 Conceito de prova

O conceito de prova não varia muito segundo a doutrina pátria. A maioria a descreve como um meio para se confirmar a existência de determinado fato, tendo como objetivo buscar o convencimento do juiz.

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 360, grifos no original) conceitua prova da seguinte forma:

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.

Alguns autores falam em busca pela verdade real no processo penal, mas para Eugênio Pacelli de Oliveira é inadequado falar nessa tal verdade. Sobre o tema, as lições do autor:

E mais. Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como poder revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indeléveis no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e da intimidação da defesa. (PACELLI, 2009, p. 294)

Paulo Rangel (2009, p. 419) conceitua prova como sendo “o meio de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Pelo que foi explanado acima, pode-se conceituar prova como o meio pelo qual as partes do processo buscam demonstrar a verdade sobre determinado fato.

1.2 Finalidade da prova

A finalidade ou objetivo da prova é trazer para os autos do processo os fatos como eles realmente aconteceram, cujo objetivo é convencer a autoridade julgadora sobre determinado acontecimento. Sobre o tema, os ensinamentos de Pacelli (2009, p. 289):

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

No mesmo sentido, são as lições de Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 232):

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

Tourinho Filho compara o trabalho do juiz ao de um historiador. Sobre o tema, os ensinamentos do autor:

É o juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara ao de um historiador que procura, com os meios de que dispõe, reconstruir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 232).

Provar, no processo penal, é uma atividade de extrema relevância, pois essa atividade será decisiva para formar a convicção do magistrado. Sobre a importância da prova, ensina Fernando Capez (2010, p. 342):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova, é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Podemos dizer que o processo penal busca a verdade, mas nem sempre será uma tarefa fácil encontrá-la. Sobre a dificuldade de se encontrar essa verdade, as lições de Marco Antônio de Barros (2013, p. 28):

Direito e verdade complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, entre as quais se encontram aquelas que visam esclarecer a segunda, assim, sendo, pode-se dizer que a verdade é um elemento fundamental que o Direito persegue e visa atingir. Todavia, nem sempre o intento é alcançado com sucesso. Ao contrário. O atual estágio de sofisticação das organizações criminosas, o crescimento incontável da criminalidade violenta e o temor que esta espalha entre as vítimas e testemunhas – males que não encontram no poder público a mesma medida reacionária –, prejudicam a revelação da verdade. Ou seja, desvendar a verdade tornou-se uma operação de difícil concretização nos processos criminais.

Ainda, sobre a busca pela verdade, a qual Pacelli chama de princípio da verdade real, as considerações do autor:

O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizavam uma atuação judicial *supletiva* e *substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava*, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz impedem-no. (PACELLI, p. 331, grifos no original)

Pelo o exposto acima, pode-se dizer que a finalidade da prova é convencer o magistrado sobre os fatos alegados pelas partes do processo, com o objetivo de se buscar a verdade processual, uma vez que a verdade real é muito difícil de ser encontrada.

1.3 Breve histórico

Surgiram em Roma, na época da Alta República, as duas formas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. Esses modelos são muito bem definidos por Girmeno Sendra (1981, p.190 apud LOPES Jr., 2006, p. 162):

No Direito Romano da Alta República surgem as duas formas do processo penal: *cognitio* e *accusatio*. A *cognitio* era encomendada aos órgãos do

Estado – Magistrados. Outorgava os maiores poderes ao Magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. Era possível um recurso de anulação (*provocatio*) ao povo, sempre que o condenado fosse cidadão e varão. Nesse caso, o Magistrado deveria apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. Na *accusatio*, a acusação (pólo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo. Surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação do Direito Processual romano. Tratando-se de *delictia publica*, a persecução e o exercício da ação penal era encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão um representante voluntário da coletividade (*accusator*).

Com o passar dos tempos, esses dois modelos foram se tornando insuficientes, pois não garantiam a todos os seus cidadãos um processo justo. Sobre o declínio desses modelos, discorre Aury Lopes Jr. (2006, p. 162):

Nos últimos séculos da República, esse procedimento começou a ser considerado como insuficiente, escasso de garantias, especialmente para as mulheres e para os que não eram cidadãos (pois não podiam utilizar o recurso da anulação) e acabou sendo uma poderosa arma nas mãos dos Magistrados.

Ensina Lopes Jr. (2006, p. 166) que “até o século XII, predominava o sistema, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo”. Mas, entre os séculos XII e XIV, o modelo acusatório foi se transformando no modelo inquisitório. A mudança desse sistema é definida pelo autor supra:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação. (LOPES Jr., 2006, p. 167)

Nesse período, o acusado foi submetido aos meios de provas mais cruéis da época. Sobre o tema, Tourinho Filho cita alguns exemplos do antigo sistema, conhecido também como *ordálias* ou *juízo dos deuses*.

Submetia-se o pretense culpado a uma prova, para se aferir a sua responsabilidade. Havia a prova da água fria: jogado o indicado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado (...). A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta (...) o *judicium offae*: o indivíduo devia engolir, de uma só vez, grande quantidade de alimento – notadamente farinha de trigo. Se não o fizesse, era culpado. (2010, p. 270, grifos no original)

No sistema inquisitório, a confissão era a prova mais valiosa para a condenação. Sobre o tema, as lições de Lopes Jr. (2006, p. 171):

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá a confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.

Nesse antigo sistema inquisitório, acreditava-se, cegamente, que muitos cidadãos estavam dominados pelo demônio e que, devido a isso, deveriam ser duramente combatidos. Sobre o tema, as considerações de Adel El Tasse, Eduardo Zanoncini Miléo e Patrícia Regina Piasecki (2008, p. 16):

É fato incontestável que, durante todo o período inquisitorial, universos populacionais consideráveis realmente acreditaram que a espécie humana estava submetida a uma ameaça real de controle pelo demônio, o que produziria a própria extinção da raça humana, e que, portanto, era preciso combater aqueles que se aliaram ao mal e, como este, na sua imagem demoníaca, possuía poderes sobre-humanos, necessária se tornava a utilização de métodos de força extrema para combatê-lo.

Para se ter uma ideia do massacre que foi cometido, apenas no período de quatro anos (1307 a 1310) foram assassinadas cerca de 36.000 pessoas. Sobre esse dado, os comentários de Tasse, Miléo e Piasecki (2008, p. 17):

Para que se aquilate a proporção que assume o processo inquisitorial, vale observar que entre os anos de 1307 e 1310, mais de 36.000 (trinta e seis mil) templários foram, de forma cruel, assassinados, com a utilização dos mais requintados instrumentais de tortura, sob os aplausos de parcela considerável da população que bem interiorizou o estigma com que os templários, assim como todos os que se contrapunham ao pensamento oficial, clerical ou do rei, foram marcados: aliados do demônio, praticantes da bruxaria, inimigos de Cristo etc.

Cabe esclarecer que foi a partir do século XVIII, com a evolução do processo penal, motivada, principalmente, pelos ideais da Revolução Francesa, que o direito começou a se preocupar em reconstruir a verdade dos crimes, deixando para trás o sistema inquisitório. Sobre o tema, discorre Lopes Jr. (2006, p. 172):

O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela e repercutiram no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincide com a adoção dos Júris Populares e se inicia a lenta transição para o sistema misto, que se estende até os dias de hoje.

Destarte, com a evolução da sociedade e, por consequência, do direito, o processo penal passou a se preocupar com um sistema cuja base fosse formada por

princípios que norteassem todo o ordenamento jurídico, garantindo ao acusado um processo justo. Nesse sentido, as lições de Pacelli (2009, p. 289, grifos no original):

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional, submetida ao contraditório e ao confronto dialético de dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida *segurança pública*, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo, e não objeto do processo.

Observa-se que o processo penal passou a ter fundamentos baseados em princípios consagrados em nosso ordenamento jurídico, como o contraditório e a ampla defesa, sendo esses vetores de todo o processo penal que é, antes de tudo, uma garantia do cidadão frente ao poder do Estado.

1.4 Princípios que regem as provas

A doutrina pátria varia quanto aos princípios que regem as provas. Diante disso, buscou-se explanar aqui os mais citados pelos autores. Os princípios que regem as provas, para a maioria desses autores, são os seguintes: o da comunhão da prova, o da liberdade da prova, o do contraditório, o da oralidade e o da publicidade.

1.4.1 Princípio da comunhão da prova

O princípio da comunhão da prova é aquele no qual as provas não pertencem às partes, mas sim, ao processo. É o que ensina Capez (2010, p. 382): “as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador”. No mesmo sentido, as lições de Rangel (2009, p. 424, grifo no original):

A palavra comunhão vem do latim *communione*, que significa ato ou efeito de comungar, participação em comum de crenças, idéias ou interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por um deles.

Rangel esclarece, ainda, que esse princípio é decorrência dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes. Sobre o tema, explica o autor:

O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos. (RANGEL, 2009, p. 425)

No mesmo sentido do exposto acima, Nucci também afirma que a prova pertence ao processo e não às partes. Nesses moldes, as lições do autor:

Significa que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz. (NUCCI, 2013, p. 362)

Conforme foi explanado, pode-se dizer que não se dá muita importância para o sujeito que trouxe a prova para o processo, pois não se olha para quem, mas sim para o quê. O que realmente tem relevância é que, uma vez juntada aos autos, essas provas pertencem a todos, pois a finalidade do processo está na incessante busca pela verdade dos fatos.

1.4.2 Princípio da liberdade da prova

Para Rangel, esse princípio decorre do princípio da verdade processual. Nessa linha, explica o autor:

O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade processual, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda a liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível. (RANGEL, 2009, p. 425).

Já Tourinho Filho não fala em verdade processual, mas sim em verdade real. Sobre o tema, os ensinamentos do autor:

Vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, é lógico não deve haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa aplicação da lei. A atitude do Juiz no cível, doutrina Dellepiane, é, em certo modo, passiva, e aprova reveste, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que se lhe apresenta reconstruído pelas partes, está obrigado a procurar, por si mesmo, essas verdades. (TOURINHO, 2010, p. 237)

Nucci esclarece que esse princípio não torna a opinião do juiz em prova processual. Sobre o tema, as lições do autor:

Não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova. O juiz extrai a sua convicção das provas legalmente produzidas no processo, mas não presta depoimento pessoal, nem expõe suas idéias como se fossem fatos incontroversos. (NUCCI, 2013, p. 361)

Observa-se que esse princípio é destinado ao juiz; pois este, na posição de julgador, e buscando a verdade processual, é quem deve procurar a verdade dos autos para que possa chegar a uma decisão de forma livre, porém com sua devida fundamentação.

1.4.3 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está consagrado na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LV, que disciplina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para Lopes Jr. (2006, p. 231): “O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais que isso, se confunde com a própria essência do processo”. Nessa linha, conclui o autor:

Assim, o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo de acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, não poder haver segredo (antítese) para a defesa, sob pena de violação ao contraditório. (LOPES Jr., 2006, p. 231)

No mesmo sentido, as lições de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Fernando Scarance e Antônio Magalhães (2004, p. 143):

Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas.

Corroborando a linha de pensamento dos autores acima, trazem-se à baila os esclarecimentos de Pacelli (2009, p.292):

Diríamos, assim, que o contraditório e a ampla defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado.

O princípio do contraditório é, sem sombras de dúvidas, um dos mais importantes no que se refere ao tema da prova no processo penal, pois ele garante ao réu não só a oportunidade de poder contradizer tudo o que for dito pela parte contrária, mas também, participar de maneira efetiva no processo.

1.4.4 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade é aquele que prima pela prova falada, ou seja, sempre que possível, opta-se pela prova oral, em conformidade com o texto legal. Sobre a importância desse princípio, as lições de Norberto Avena (2009, p. 238):

Tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, em presença do juiz, sempre em conformidade com a determinação legal. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada (sem prejuízo, é claro, dos documentos constantes dos autos), possibilitando ao magistrado imediatidade com as provas.

No mesmo sentido os ensinamentos de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1999, p. 32-33):

Por força de tal princípio haverá sempre predominância da palavra falada. Os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios como declarações particulares. No Júri e no processo sumário os debates são orais.

Do princípio da oralidade decorrem outros dois princípios: o da concentração e o da imediatidade. Sobre o tema, as lições de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 400):

[...] do princípio da oralidade, decorre o princípio da concentração, buscando-se centralizar a produção probatória em audiência única, ou no menor número delas (art. 400, § 1º, CPP), e o princípio da imediatidade, aproximando o magistrado do contexto probatório, com as provas produzidas perante a autoridade.

Nota-se nesse princípio que ele possibilita ao magistrado uma maior aproximação com as partes do processo, acarretando num contato maior com os meios probatórios, e, por consectário lógico, uma maior aproximação com a verdade dos fatos.

1.4.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade decorre do disposto no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal que disciplina “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a intimidade ou o interesse social o exigirem”. Sobre o tema, as lições de Avena (2009, p. 238):

Considerando a importância das questões tratadas no âmbito criminal, nada mais correto do que sejam elas tratadas publicamente. Por isso, então, os atos do processo (inclusive a produção de provas), salvo nas hipóteses expressas de sigredo de justiça, não devem se efetuados secretamente, garantindo-se, assim, ao cidadão comum acesso e confiança no sistema de administração da justiça.

O que se busca, com esse princípio, é uma ampla publicidade dos atos processuais, devendo-se resguardar o sigilo daqueles que dizem respeito, por exemplo, à intimidade das pessoas e os de interesse social, bem como aqueles em que a lei considerar como sigilosos. Sobre o tema, posiciona-se Távora e Alencar (2013, p. 411):

A regra é a publicidade dos atos, havendo, entretanto, possibilidades excepcionais de sigilação. É o que ocorre, a título de exemplo, na realização da interceptação telefônica que, por previsão do art. 1º da Lei nº 9.296/1996, atenderá ao sigredo de justiça. Por sua vez, impede destacar, à luz da súmula vinculante nº 14 do STF, que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Havendo obstáculo, poderá se valer, de regra, do mandado de segurança e da reclamação constitucional.

Desta forma, percebe-se que a regra no que tange à produção de provas deve ser orientada pelo princípio da publicidade, como forma de um maior controle das atividades estatais pelos seus cidadãos, sendo o sigilo uma exceção a esse princípio.

1.5 Meios de provas

Meios de provas são aqueles destinados a apurar a realidade fática acontecida no mundo real que, trazida ao processo, tem como finalidade buscar a verdade processual. Rangel define os meios de provas da seguinte maneira:

São todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos ou não em lei. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua

convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam. (RANGEL, 2009, p. 420)

Os meios de provas estão disciplinados no Código de Processo Penal em diversos dispositivos. São meios de provas previstos no CPP: o exame de corpo de delito, o interrogatório, a confissão, o reconhecimento de pessoas e coisas, as perguntas ao ofendido, a prova testemunhal, a acareação, os documentos, os indícios, a busca e apreensão. Para Rangel (2009, p. 421) “os meios de prova podem ser os especificados em lei ou todos aqueles que forem moralmente legítimos, embora não previstos no ordenamento jurídico, sendo chamados de provas inominadas”. É o que disciplina o art. 332 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda ação ou defesa.

Na mesma linha, bastantes esclarecedores são os ensinamentos de Capez (2010, p. 376):

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há que se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo possível a produção de provas, distintas daquelas ali enumeradas.

O conjunto dos meios probatórios dará ao magistrado o embasamento necessário para formação de sua convicção, sendo que a análise dessas provas deverá ser devidamente fundamentada conforme preceitua o art. 93, IX, da Constituição Federal. Isso garante ao acusado um processo justo, transformando o processo penal num meio garantidor de direitos previstos na seara jurídica.

1.6 Ônus da prova

O ônus da prova incumbe a quem alega. É o que preceitua o caput do art. 156 do CPP: “a prova da alegação incumbirá a quem fizer [...]”. Sobre o tema, as lições de Tourinho Filho (2010, p. 264, grifos no original):

A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*,

isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o representante do Ministério Público denuncia *B* por haver praticado lesão corporal em *L*, cumpre ao órgão da acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que *B* produziu lesão corporal em *L*. Se a Defesa alegar qualquer causa que vise a exculpar a conduta de *B*, inverte-se o *ônus probandi*: cumprirá à Defesa a prova da tese levantada.

Em igual sentido, as lições de Távora e Alencar (2013, p. 405, grifo no original):

O ônus da prova é o encargo atribuído à parte de provar aquilo de alega. A demonstração probatória é uma **faculdade**, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, possivelmente não terá reconhecido o direito pretendido.

De acordo com Távora e Alencar (2013, p. 405), o ônus da prova deve ser visto sob a égide do princípio da presunção de inocência. Sobre o tema, as pertinentes considerações dos autores:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também a favor do réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.

Pacelli (2009, p.295, grifos no original) ensina que “afirmar que *ninguém poderá ser culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão de acusação”. Na mesma linha, as lições de Rangel (2009, p. 457):

Há que se interpretar a regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois se é cediço que a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB) e que, para que possa perdê-la, dever-se-á observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é afastado da persecução penal, dando-se ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia.

Capez faz uma diferença entre obrigação e ônus da prova. Nesse sentido, os esclarecimentos do autor:

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, 2010, p. 377)

A diferença entre obrigação e ônus também é explicada por Avena. Sobre a obrigação, esclarece o autor (2009, p. 244, grifo no original):

Isso porque uma **obrigação** descumprida representa um ato contrário ao direito, ao qual corresponde uma penalidade. Por exemplo: uma vez intimada a depor, tem a testemunha a obrigação de comparecer; caso contrário, haverá condução coercitiva, pagamento das despesas de condução, eventual responsabilidade penal por crime de desobediência e multa (arts. 218 e 219 do CPP). Caso compareça e não diga a verdade em face das perguntas que lhe foram formuladas, poderá, salvo exceções legais, responder por crime de falso testemunho (art. 342 do CP).

Já em relação ao ônus da prova, posiciona-se o autor supra (2009, p. 244, grifos no original):

Já quanto ao **ônus**, possui natureza diversa, representando, simplesmente, um arbítrio relegado à parte onerada, que, realizado, é capaz de conduzi-la ou deixá-la em condição favorável dentro do processo. Descumprido, assim, pela defesa, o ônus da prova quanto aos fatos que lhe incumbe comprovar, a consequência será uma possibilidade maior de condenação, embora esta não seja uma consequência certa ou provável. Outro exemplo: descumprido, pelo Ministério Público, o ônus de apresentação de quesitos à perícia que requereu, nem por isso ficará esta prejudicada, representando o ato de inadimplemento, simplesmente, uma circunstância capaz de colocar a acusação em posição jurídica desfavorável, pois, eventualmente, ausentes quesitos específicos, não esclarecerá o *expert* exatamente o objeto da dúvida que motivou o requerimento do laudo.

Nota-se, pelo que foi explanado, que o não cumprimento de uma obrigação contraria o próprio direito, enquanto que o não cumprimento do ônus pode acarretar em prejuízos para a parte que não o fez. Portanto, a regra quanto ao ônus da prova, no processo penal, é de quem faz tal alegação, não podendo essa incumbência ser transferida, via de regra, à parte adversa.

1.7 Sistemas de avaliação ou apreciação da prova

O sistema de avaliação de provas é o meio que o juiz tem para fazer a valoração das provas que constam dos autos processuais, pois, o processo penal busca a verdade processual. É o que ensina Rangel (2009, p. 466):

A verdade processual que tanto se busca no processo tem o seu ponto culminante na avaliação das provas feita pelo juiz, pois é exatamente o processo intelectual realizado com o escopo de se atingir esta verdade produzida pelas provas que se assenta em um determinado sistema. O sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo.

A doutrina fala em três sistemas de avaliação de provas: o da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, o da prova tarifada ou certeza moral do legislador e o da livre convicção ou da persuasão racional. A seguir, analisar-se-á cada um deles.

1.7.1 Sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz

No sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, esse decide apenas com sua consciência, ou seja, com sua convicção, não sendo necessário fundamentar sua decisão. Sobre o tema, as lições de Rangel (2009, p. 466):

Neste sistema, o legislador impõe ao magistrado toda a responsabilidade pela avaliação das provas, dando a ele liberdade para decidir de acordo, única e exclusivamente, com sua consciência. O magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão, pois pode valer-se da experiência pessoal que tem, bem como das provas que estão ou não nos autos do processo. O juiz decide de acordo com sua convicção íntima.

Rangel (2009, p. 466) esclarece, ainda, que “o sistema da íntima convicção, hodiernamente, está previsto no Tribunal do Júri, pois os jurados não são obrigados a fundamentar o seu voto”. É o que disciplina o art. 466 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Antes de proceder-se a votação de cada quesito, o juiz presidente mandará distribuir aos jurados pequenas cédulas, feitas de papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra *sim*, 7 (sete) a palavra *não*.

Em verdade, tal sistema é bastante criticado pela doutrina, que entende que o princípio da motivação das decisões judiciais deve ser aplicado também ao Tribunal do Júri. Nesse sentido, a linha de Rangel (2009, p. 467):

Não há compatibilidade entre a íntima convicção adotada no Tribunal do Júri e o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). O Tribunal do Júri é órgão do Poder Judiciário e é composto por um juiz de direito, que é seu presidente, e de vinte e cinco jurados que se sortearão dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento (cf. art. 477 do CPP, com redação da Lei 11.719/08).

Para Rangel, a sociedade deve saber os motivos pelos quais seus cidadãos são condenados ou absolvidos. Nesse sentido, o magistério do autor:

A decisão que emana desse órgão do Poder Judiciário deve ser fundamentada. A sociedade tem o direito de saber as razões pelas quais um de seus membros foi absolvido ou condenado. O réu tem o direito de

saber as razões da sua condenação. Trata-se de um imperativo constitucional que fulmina de nulidade o ato que emanar do Judiciário sem fundamentação. Ou trabalhamos com a Constituição e asseguramos suas regaras à sociedade, ou de nada vale uma Constituição avançada se não é cumprida [...]. (RANGEL, 2009, p. 467).

O princípio da motivação das decisões judiciais é brilhantemente explicado por Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 22 apud RANGEL, 2009, p. 469):

Historicamente, o dever de motivação das decisões judiciais tem duas matrizes distintas, que bem esclarecem seu significado e conteúdo: a primeira aparece nos estados de despotismo esclarecido e atende às exigências de um sistema centralizador, que serve da fundamentação como instrumento de controle sobre a atividade dos magistrados; através da exteriorização dos motivos das decisões, viabilizam-se as impugnações pelas partes e, por esse meio, os órgãos superiores podem corrigir eventuais desvios na atividade jurisdicional inferior. A segunda está ligada à ideologia democrática aflorada com a Revolução Francesa, que percebe na motivação um instrumento de fiscalização popular sobre a forma pela qual é administrada a justiça.

Não se pode deixar a difícil tarefa de julgar um cidadão nas mãos de seus pares, sem o necessário fundamento, sendo este usado como meio de se evitar injustiças no julgamento. Sobre o tema, os esclarecimentos de Rangel (2009, p. 469):

A motivação é exatamente o freio para se impedir o arbítrio. Os jurados são leigos, mas decidem sobre os fatos e sobre estes, na sala secreta, devem, entre si, sem a presença da defesa e do MP, manifestar-se. A incomunicabilidade é durante o julgamento em plenário, porém, uma vez na sala secreta, devem expor, sem declinar nomes, as razões pelas quais condenam, absolvem ou desclassificam. O prático não consegue olhar para a Constituição e aplicá-la às normas legais ordinárias. Fica preso às regras básicas do código e tenta interpretar a Constituição de acordo com o Código, e não o contrário.

Entende-se que, como regra no processo penal pátrio, esse sistema foi abandonado, mas, ainda, permanece nos processos de competência do Tribunal do Júri, o que se torna alvo de várias críticas pela doutrina pátria conforme explanado supra.

1.7.2 Sistema da certeza moral ou da prova tarifada

O sistema da certeza moral é ou da prova tarifada é aquele em que o magistrado fica preso ao valor de cada prova instituída pelo legislador. Sobre o sistema, as lições de Pacelli (2009, p. 299):

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido da apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.

Nesse sistema, percebe-se a total dependência do juiz ao que estava definido na lei, não cabendo a ele escolher entre uma prova e outra, pois os valores das provas já estavam prefixadas no texto legal. Sobre essa falta de liberdade, os ensinamentos de Rangel (2009, p. 468):

O sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou, ainda, chamado de prova tarifada, significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade para decidir naquele caso concreto, se aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos tanto. Da mesma forma que, se a lei estabelecia que aquele fato somente se poderia provar desta ou daquela forma, o juiz não poderia adotar outro meio de prova se não aquele que era imposto pela lei.

O sistema de prova legal era um método muito limitado, pois o juiz se transformava numa espécie de matemático. Sobre o tema, discorre o autor supra:

O juiz, nas provas legais, era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova, ou como a lei mandava provar este ou aquele fato. Seguiu, friamente, o que a lei mandava para aferir os fatos, objetos da prova. (RANGEL, 2009, p. 469).

Corroborando com a ideia do autor acima, também é o posicionamento de Nucci (2011, p. 19):

É o método mais limitado, ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar.

Rangel (2009, p. 469) esclarece que “tal sistema deixou alguns resquícios no nosso Código de Processo Penal atual”. Para corroborar essa afirmação, tem-se como exemplo o art. 158 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

Esclarece, ainda, o autor supra que: “para a lei, somente poderá ser provado o fato se houver exame de corpo de delito, pois, do contrário, haverá nulidade do processo” (RANGEL, 2009, p. 469).

Outro resquício desse sistema é o art. 232 do Código de Processo Penal. É o que aponta Rangel (2009, p. 469):

Outro resquício do sistema da prova legal é a previsão do art. 232, parágrafo único, do CPP, pois condiciona a validade da fotografia do documento a sua autenticação. Ou seja, é o legislador dizendo o quanto vale a fotografia do documento, ou melhor, quando e como ela será válida.

Pode-se perceber que no sistema da certeza moral ou da prova tarifada a busca pela verdade processual ficava bastante limitada. Nesse sentido, leciona Rangel (2009, p. 470):

Passado o tempo, descobriu-se que este sistema coarctava o juiz na busca da verdade processual, não deixando decidir contra aquilo que estava nítido ser errado. Pois, se o réu, por exemplo, confessasse a prática do crime, mas prova testemunhal idônea demonstrasse que aquela confissão era para proteger determinada pessoa, o juiz nada poderia fazer a não ser, confessada a infração, condenar o réu. Ou seja, o sistema da certeza legal acabava por impedir que a verdade processual viesse à tona ou, se viesse, ficasse distorcida.

De acordo com o que foi explanado pelos doutrinadores acima, observa-se que tal sistema foi deixado de lado, mas ainda encontra resquícios no Código de Processo Penal, conforme foi demonstrado pelos dispositivos analisados.

1.7.3 Sistema da livre convicção ou da persuasão racional

Diferentemente do que acontecia no sistema da certeza moral ou da prova tarifada, no sistema da livre convicção o juiz estava totalmente livre para apreciar a prova.

Ensina Pacelli (2009, p. 299) que “por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova”.

A definição desse sistema é brilhantemente explicada por José Frederico Marques (1997, p. 278 apud RANGEL, 2009, p. 471):

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

convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal.

Percebe-se que esse é o sistema adotado pelo Brasil, uma vez que se encontra inserido em nosso ordenamento jurídico no art. 155 do Código de Processo Penal, que disciplina, *in verbis*:

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

Ademais, no sistema do livre convencimento ou persuasão racional, as decisões obedecem ao comando do art. 93, IX, da Constituição Federal, que disciplina: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Sobre a devida fundamentação no sistema da livre convicção ou da persuasão racional, trazem-se à baila os esclarecimentos de Nucci (2011, p. 20):

Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, que encontra, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX), 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.

Para Rangel, esse sistema permite ao juiz a condenação somente com base nas provas contraditadas. Nesse sentido, as lições do autor:

O sistema da livre convicção ou da persuasão racional faz com que o magistrado somente condene com base nas provas contraditadas, ou seja, aquelas que foram objeto de análise judicial e submetidas às partes para que pudessem utilizar do contraditório, impedindo, assim, a chamada condenação com base em “provas” do inquérito policial. (RANGEL, 2009, p. 471)

No que pertine à participação do acusado no processo, bastante esclarecedor é o magistério de Pacelli (2009, p. 291):

Com a ampla defesa, ou com o princípio da ampla defesa, a participação do acusado no processo penal completa-se (e agiganta-se), pois passa a ser exigida não só a garantia de participação, mas a efetiva participação, assegurando que o réu tenha uma efetiva contribuição no resultado final do processo.

Ao encontro das ideias de Pacelli, Grinover, Scarance e Magalhães (2004, p. 143) explicam o direito à prova sob o prisma do contraditório:

A garantia do contraditório não tem apenas como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência -, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou

seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. É essa visão que coloca ação, defesa e contraditório como direitos a que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo, manifestando-se em uma série de posições de vantagem que se titularizam quer no autor, quer no réu.

Percebe-se que o sistema do livre convencimento motivado é o que mais se adéqua à atual conjuntura do processo penal hodierno, pois nele deve existir um vínculo vertical com a Carta Maior, garantindo-se, destarte, o devido processo legal. Não por acaso, o sistema da livre convicção ou da persuasão racional é o preferido da doutrina pátria, pois, observar-se nele, que o acusado tem, de forma bem ampla, um claro respeito aos seus direitos.

2 PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

No presente capítulo abordar-se-á o tema referente à prova ilícita no processo penal. Inicia-se a pesquisa abordando a prova ilícita, sob o prisma do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Logo depois, diferencia-se a prova ilícita da prova ilegítima e irregular, sendo, neste momento, feita uma análise dos dispositivos legais e constitucionais. Também explorar-se-á sobre as provas ilícitas por derivação, ou seja, a respeito da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, conhecida também como *fruits of the poisonous tree*, de origem americana, bem como suas exceções: a Teoria da Fonte Independente e a Teoria da Descoberta Inevitável. Por fim, serão analisadas as alterações advindas da Lei nº 11.690 de 2008 no que se refere ao tema da prova no processo penal.

2.1 A prova ilícita e o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

A proibição da prova ilícita é uma garantia do cidadão prevista no texto da Carta Magna, no título dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Disciplina o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Sobre tema, os ensinamentos de Rangel (2009, p. 427):

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova de fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição, já dissemos, são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o direito positivo, como no passado.

Na mesma linha de Rangel, trazem-se à baila as lições de Tourinho Filho (2010, p. 244):

Hoje, contudo, a Constituição de 1988 proclama, no art. 5º, LVI, serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Se a Lei Maior assim o diz, evidente não mais poderem ser admitidas aquelas provas obtidas em afronta à dignidade humana e àqueles direitos fundamentais de que trata a Leis das Leis.

A vedação prevista na Constituição também encontra previsão no Código de Processo Penal. É o que disciplina o art. 157 do CPP, *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.

Sobre as vedações previstas no ordenamento jurídico, os ensinamentos de Pacelli (2009, p. 302):

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato de questões de Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

Conforme posicionamento dos autores supra, nota-se que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos visa garantir ao cidadão um processo no qual sejam respeitados direitos fundamentais mínimos, uma vez que não cabe mais ao Estado buscar a punição do indivíduo a qualquer preço, pois deve-se garantir ao cidadão a observância de direitos consagrados em nosso ordenamento jurídico hodierno.

2.2 Prova ilícita, prova ilegítima e prova irregular

Como regra no processo penal, o uso da prova ilícita é inadmissível. Entretanto, esta regra não possui caráter absoluto, pois nenhuma norma do ordenamento jurídico pátrio reveste-se caráter absolutista. Dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Para alguns autores, a proibição do uso da prova ilícita tem como principal destinatário o Estado. Sobre o tema, trazem-se à baila os ensinamentos de Grinover, Scarance e Magalhães (2004, p. 153):

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

Observa-se que, quando os autores se referem aos limites da atividade probatória, é possível extrair dessa informação que o destinatário é o Estado, pois este na qualidade de protetor das garantias fundamentais do indivíduo não pode agir de outra forma, senão orientado pelo respeito aos direitos do cidadão consagrados

em nosso ordenamento jurídico. Sobre o tema, as pertinentes lições de Pacelli (2009, p. 320):

A inadmissibilidade da prova ilícita é dirigida ao Estado (produtor da prova, como regra) exatamente para a proteção dos direitos individuais de quem pode, em tese, ser atingido pela atividade investigatória.

A doutrina pátria faz uma diferença entre prova ilícita e prova ilegítima; enquanto que estas violam regra de direito processual, aquelas, violam regras de direito material. Sobre o tema, as lições de Nucci (2013, p. 371):

Constitucionalmente, preferimos o termo amplo do termo *ilícito*, vedando-se a prova ilegal da ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Grinover, Scarance e Magalhães (2004, p. 157):

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário a proibição for de natureza material, a prova será ilicitamente obtida.

Para a doutrina ainda há outra espécie de prova ilegal, a qual recebe o nome de prova irregular. Nessa linha, as lições de Rangel (2009, p.431), “são irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes”.

Rangel cita como exemplo de prova irregular o caso da busca e apreensão domiciliar. Nessa linha, os esclarecimentos do autor:

Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas. Nesse último caso elas são irregulares. Exemplo: a busca e apreensão domiciliar é permitida (cf. art. 5º, XI, da CRFB c/c art. 240 do CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP. Se no mandado constar que o objeto a ser apreendido é uma arma de fogo não poderá ser apreendida uma camisa suja de sangue nem qualquer outro instrumento que não conste do mandado, sob pena de colheita de prova irregular. Do contrário, de nada vale a regra constitucional da inviolabilidade de domicílio. (RANGEL, 2009, p. 431, grifo do autor).

Conforme explanado no presente tópico, percebe-se que não se confundem, pelo menos na doutrina, os conceitos de prova ilegal, ilegítima e irregular. A prova

ilegal viola norma de direito material; a ilegítima, norma de direito processual; e a irregular, a falta de observância de formalidades legais para a colheita de determinada prova.

2.3 Prova ilícita por derivação (Teoria dos frutos da árvore envenenada)

A prova ilícita por derivação é de origem americana, conhecida como *fruits of the poisonous* (frutos da árvore envenenada). Tem sua origem atribuída ao caso *Silverthone Lumber & Co. v. United States*, no ano de 1920. Sobre esse caso e o que foi decidido pela Suprema Corte norte-americana, trazem-se à baila os ensinamentos de Thiago André Pierobom de Ávila (2007, p. 136, grifos no original):

Em *Silverthone Lumber & Co. v. United States* (1920) houve uma apreensão ilícita de documentos de uma empresa, o juiz determinou sua devolução, os agentes da investigação tiraram cópias dos materiais, os devolveram, e posteriormente utilizaram as cópias em outro procedimento de investigação. A Corte entendeu inadmissível a utilização desses documentos no novo procedimento e criou duas novas regras: a proteção da Quarta Emenda se estende também às pessoas jurídicas (não apenas a *people*, mas também à *corporation*); e deu o primeiro passo em direção à construção da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*), já que inadmitiu a utilização do fruto da apreensão ilegal em outra investigação.

Esse é o caso citado pelos autores quando se referem ao surgimento das provas ilícitas por derivação. Percebe-se, já naquela época, a preocupação dos tribunais em criar uma limitação à atividade estatal na produção de provas no processo penal, devendo, assim, as provas ilícitas serem retiradas do processo. Sobre o tema, destaca-se o posicionamento de Grinover, Scarance e Magalhães (2004, p. 163)

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às demais provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

Para Rangel (2009, p, 434) “se o Estado lança mão de um expediente inidôneo (entenda-se ilícito) para descobrir um fato investigado, tudo o que for descoberto que tiver relação direta com a ilicitude da prova estará contaminado”.

Sobre o tema, importante julgado do Supremo Tribunal Federal, o HC 93.050/RJ, reflete a posição jurisprudencial desse Órgão e a visão dos demais tribunais pátrios.

ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA OU PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. (...) A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito da repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originalmente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. (HC 93.050-RJ, 2ª T., rel. Celso de Mello, 10.06.2008, v.u.).

Para cristalizar a ideia da prova ilícita por derivação, muito interessante é o exemplo citado por Avena (2009, p. 264):

Testemunha “A”, de acusação, ouvida na fase de inquérito policial, é arrolada pelo Ministério Público da denúncia e, posteriormente, ouvida em audiência pelo juiz. A prova é lícita em si. Não obstante, mais tarde, vem-se a descobrir que tal testemunha apenas foi descoberta pela polícia no procedimento inquisitorial e conseqüentemente arrolada pelo Promotor de Justiça devido a uma interceptação telefônica clandestina da conversa dos suspeitos. Não fosse esse proceder da autoridade policial, o nome da testemunha não teria surgido, e, em decorrência, não teria sido ela arrolada pela acusação. Ter-se-á, aqui, a hipótese de prova ilícita por derivação, pois o depoimento da citada pessoa ficará contaminado com a ilicitude da interceptação telefônica que o possibilitou.

Conforme explanado supra, nota-se uma preocupação da doutrina e da jurisprudência em limitar o poder do Estado na produção da prova, pois este, na qualidade de protetor e cumpridor do ordenamento jurídico, não pode agir ao arrepio da lei, devendo suas ações se orientar pelo respeito às liberdades individuais de cada um de seus cidadãos, como forma de exercer plenamente as garantias previstas no texto constitucional, o que acarretará, cada vez mais, no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

2.3.1 Limitações da Teoria do fruto da árvore envenenada

A teoria do fruto da árvore envenenada sofre algumas limitações. Essas limitações estão disciplinadas nos §§ 1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal.

Extrai-se do texto legal que, quando a prova puder ser obtida por outro meio independente da prova ilícita ou, usando de meios próprios de investigação ou instrução criminal, a prova seria obtida de qualquer forma, considerar-se-á válida a prova produzida. É o que a doutrina chama de Teoria da fonte independente, no primeiro caso, e de Teoria da descoberta inevitável, no segundo caso.

2.3.1.1 Teoria da fonte independente

Para a Teoria da fonte independente, se a prova obtida não tiver nenhuma relação de dependência com a prova ilícita, pode a prova ser usada no processo, não havendo, neste caso, que se falar em contaminação da prova derivada.

A teoria da fonte independente é de origem americana, utilizada em vários casos pela jurisprudência daquele país. Para demonstrar a aplicação dessa teoria, traz-se o caso *Segura v. United States*, ocorrido em 1984, nos Estados Unidos, e a decisão da Corte deste país. O referido caso é citado por Pierobom de Ávila (2007, p. 154):

Em *Segura v. United States* (1984) os policiais prenderam um suspeito de tráfico de entorpecentes na entrada de seu prédio, conduziram-no até seu apartamento e lá entraram sem autorização judicial, prendendo outras pessoas; em uma inicial verificação de segurança, os policiais localizaram objetos ligados ao tráfico de entorpecentes; os suspeitos foram levados

para a delegacia, tendo dois policiais ficado no local realizando sua segurança enquanto se providenciava um mandado que autorizasse a busca; após as 19 horas foi expedido o mandado e na busca domiciliar foram localizadas drogas e registros contábeis de vendas de entorpecentes. Nesse caso, a Corte entendeu válida a apreensão, pois havia uma fonte independente que justificaria a apreensão (a causa provável), e os policiais apenas guardaram o local até a chegada do mandado judicial.

No ordenamento jurídico pátrio, a Teoria da fonte independente tem previsão legal no § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal (CPP), que disciplina, *in verbis*:

§ 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.

O primeiro critério utilizado pelo legislador é que não haja nexo causal entre as provas; e o segundo, que a obtenção dessa prova tenha sua origem independente da prova contaminada. Quanto aos critérios, há uma preocupação da doutrina que entende esses critérios como conceitos vagos.

Sobre o tema, posiciona-se Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2008, apud RANGEL, 2009, p. 437):

Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1º).

No mesmo sentido do posicionamento de Miranda Coutinho, são as lições de Lopes Jr. (2012, p. 603):

Como construção teórica, a tese da fonte independente (e também do encontro inevitável) é bastante clara e lógica, mas revela-se perversa quando depende da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (como o é a própria discussão em torno do nexo causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial.

Nota-se nesse tópico uma preocupação dos autores com o que eles definem como conceitos vagos (quando a lei se refere ao nexo causal ou fonte independente), o que pode causar a inserção de uma prova aparentemente lícita no processo, mas revestida de ilicitude. Sobre o tema, posiciona-se Lopes Jr (2011, p. 579):

O maior inconveniente é a timidez com que os tribunais tratam da questão, focando no “nexo causal” de forma bastante restritiva para verificar o alcance da contaminação. Assim, acabam tornando lícitas provas que estão contaminadas, sob o argumento de que não está demonstrada claramente uma relação de causa e efeito. Significa considerar que não existe conexão com a prova ilícita ou que essa conexão é tênue, não se estabelecendo uma clara relação de causa e efeito.

Pelo que foi explanado acima, apesar da Teoria da fonte independente está inserida no Código de Processo Penal, nota-se uma preocupação, por parte da doutrina, quanto aos conceitos vagos previstos na lei, o que pode causar uma sensação de insegurança jurídica no uso da prova no âmbito do processo penal.

2.3.1.2 Teoria da descoberta inevitável

A Teoria da descoberta inevitável é aquela em que a prova seria obtida de qualquer outra forma, quando adotado os procedimentos próprios da investigação ou instrução criminal, conforme define o texto legal. É uma teoria também de origem norte-americana, no caso *Nix v. Williams*, no ano de 1984. Sobre o referido caso, trazem-se à baila as lições de Pierobom de Ávila (2007, p. 157, grifos do autor):

Essa teoria foi aceita na Corte Suprema, por unanimidade, em *Nix v. Williams* (1984). Nesse precedente, o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo; iniciado um processo de busca por 200 voluntários, os municípios vizinhos foram divididos em zonas de busca; durante a busca o acusado realizou uma confissão, obtida ilegalmente, na qual especificou o local onde se encontrava o corpo; foi paralisada a busca, que estava a algumas horas de descobrir onde o corpo estava, dirigindo-se à polícia ao lugar indicado na confissão e apreendido o corpo. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a apreensão do corpo era válida, pois sua descoberta era inevitável. Também se entendeu, pelo voto concorrente do Juiz Stevens, que o ônus da prova sobre a conjectura da descoberta inevitável recai sobre a acusação.

No ordenamento jurídico pátrio, a Teoria da descoberta inevitável tem previsão legal no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, que disciplina, *in verbis*:

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

Embora o termo usado pelo legislador tenha sido o de fonte independente, nesse caso tem-se é o conceito da descoberta inevitável. Sobre o tema, as lições de Pacelli (2009, p. 349, grifos do autor):

A nosso aviso, essa é a definição de outra hipótese de aproveitamento da prova, qual seja, a *teoria da descoberta inevitável*, muito utilizada no direito estadunidense. Na *descoberta inevitável* admite-se a prova ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subseqüentes à ilícita.

Capez, ao explanar sobre a Teoria da descoberta inevitável, faz um alerta para o perigo de esvaziamento da vedação da prova ilícita. Sobre o tema, as lições do autor:

Nesse caso, a prova que deriva da prova ilícita originária seria inevitavelmente conseguida de qualquer outro modo. Segundo o § 2º do art. 157, “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios de investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. O legislador considera, assim, fonte independente a descoberta inevitável, mas tal previsão legal é por demais ampla, havendo grave perigo de se esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita. (CAPEZ, 2010, p. 355)

Embora essa teoria também tenha previsão legal, percebe-se a mesma preocupação, por parte da doutrina, verificada na Teoria da fonte independente. Entendem os autores que a Teoria da descoberta inevitável gera um esvaziamento da vedação da prova ilícita, pois quando a lei faz menção a “trâmites típicos e de praxe”, esses termos se amoldam nos mesmos conceitos vagos adotados pela Teoria da fonte independente, o que pode acarretar num subjetivismo inadequado para a atividade judicial.

2.4 As alterações advindas da Lei nº 11.690 de 2008

A reforma no Código de Processo Penal em 2008, por meio da Lei 11.690, trouxe importantes alterações no que se refere ao tema da prova no processo penal. Uma importante alteração diz respeito à discussão que se travava na doutrina e na jurisprudência quanto ao tema da prova ilícita por derivação. Agora, a proibição da prova ilícita por derivação está disciplinada no Código de Processo Penal. É o que preceitua o art. 157, § 1º do CPP, in verbis:

§ 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.

Para Rangel (2009, p. 436), “hodiernamente, não haverá qualquer discussão sobre as provas ilícitas por derivação: estão, legalmente, vedadas. Quer-se dizer, o Código veda expressamente”.

Outra alteração diz respeito ao desentranhamento da prova no processo penal, disciplinada no § 3º do art. 157 do Código de Processo Penal. Sobre esse tema, as lições de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 288):

O desentranhamento dos autos tem por objetivo sepultar, de vez, qualquer possibilidade de consulta a tal prova. Se ela foi reconhecida como ilícita, assim declarada por decisão judicial transitada em julgado, não há qualquer razão lógica para sua manutenção no processo. Evita-se, assim, que a parte interessada se sinta tentada a invocá-la e, pior, que as instâncias superiores eventualmente se impressionem com seu teor. Melhor seu desentranhamento e posterior inutilização.

Quanto ao tema do desentranhamento da prova, Capez (2010, p. 353) aduz que “desse modo, constitui medida bastante temerária a inutilização dessa prova, pois ela poderá constituir elemento importante a embasar futura revisão criminal, constituindo assim, prova para a defesa”. Em igual sentido, as lições de Avena (2009, p. 259, grifos no original):

Trata-se de linha de pensamento que decorre de interpretação bastante rigorosa do art. 157, *caput* e de seu § 3º, compreendendo-se como sendo a intenção do legislador não permitir a utilização da prova ilícita em favor de qualquer das partes e exterminar, com isso, a orientação jurisprudencial segundo a qual, pelo **princípio da proporcionalidade**, tal é possível em favor do réu quando for a única forma de comprovar-lhe a inocência.

Percebe-se, pela exposição dos autores, uma preocupação quanto à destruição da prova ilícita, pois uma vez destruída tal prova, esta não seria mais possível para uma futura utilização pelo réu com o objetivo de demonstrar eventual inocência do mesmo.

Embora tenham ocorridas várias mudanças quanto à prova, o legislador, na reforma do Código em 2008, continuou não distinguindo prova ilícita de prova ilegítima, ficando tal distinção a cargo da doutrina. Sobre o tema, trazem-se à baila as considerações de Pacelli (2009, p. 355, grifos no original):

A doutrina do processo penal faz uma distinção conceitual entre a prova ilícita e a denominada prova *ilegítima*. Sequer a Lei 11.690/08, que tantas inovações trouxe no campo das provas, cuidou do tema. Fala-se, ali, em provas ilícitas seriam aquelas obtidas *em violação a normas constitucionais ou legais* (art. 157, *caput*, CPP). Ainda segundo a doutrina, as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas

ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual.

Na mesma linha de pensamento, as lições de Capez (2010, p. 345, grifos no original):

Prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. *Prova ilícita.* Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita.

Pelo que foi exposto pelos autores, pode-se entender como prova ilícita aquela que viola direito material; e prova ilegítima, aquela que viola direito processual.

Outra inovação na reforma diz respeito ao caput do art. 155 do CPP, que passou a vedar ao juiz fundamentar sua decisão com base apenas em elementos colhidos durante a investigação, ou seja, como regra, durante o inquérito policial. Disciplina o art. 155, caput, do CPP, *in verbis*:

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

Sobre o tema, os pertinentes ensinamentos de Nucci (2013, p. 363, grifo no original):

A meta é a formação da convicção judicial lastreada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos trazidos da investigação, mormente a policial, que constitui a maior parte dos procedimentos preparatórios da ação penal.

Na mesma linha de pensamento, são as lições de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2008, p. 269):

A inovação em estudo acompanhou copiosa jurisprudência dos nossos Tribunais. A Lei, com efeito, adequou o artigo em análise ao princípio do devido processo legal, estampado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, protegendo o cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado, proibindo este último de exercer o seu direito de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar, positivamente, no convencimento do Julgador.

O artigo em comento consolidou o que já era tema pacífico na jurisprudência nacional, ou seja, a decisão do juiz não deveria se fundamentar apenas em elementos colhidos na fase de investigação. Porém, excepcionalmente, a fundamentação poderá ocorrer na fase de investigação quando se tratar de provas

cautelares, não repetíveis e antecipadas, conforme disciplina a parte final do artigo 155 do CPP.

A limitação da atividade judicante, na parte final do artigo supra, tem como premissa a preservação do princípio do contraditório o qual se insere no devido processo legal, já que este funciona como mola propulsora de toda a dinâmica processual penal, garantido, assim, ao indivíduo um processo justo, o que consolida, de forma plena, os pilares do Estado Democrático de Direito.

3 PROVA ILÍCITA A FAVOR DO RÉU NO PROCESSO PENAL

No presente capítulo abordar-se-á o tema referente à admissibilidade da prova ilícita a favor do réu no âmbito do processo penal pátrio. No primeiro tópico será analisado o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita previsto no texto constitucional, demonstrando-se que tal regra não se reveste de um caráter absoluto. Logo depois, analisar-se-ão as teorias que autorizam o uso da prova ilícita a favor do réu: a Teoria da Proporcionalidade, de origem alemã, conhecida como razoabilidade nos Estados Unidos, e a Teoria da Exclusão da Ilícitude. Por fim, analisar-se-ão algumas decisões dos tribunais superiores (STF e STJ) acerca da admissibilidade da prova ilícita favor rei.

3.1 Da admissibilidade da prova ilícita *pro reo*

O ordenamento jurídico pátrio prevê a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos tanto em sede de legislação constitucional quanto em sede de legislação infraconstitucional. A referida proibição encontra amparo no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, disciplinando que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No mesmo sentido, disciplina o art. 157 do Código de Processo Penal que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Entretanto, havendo conflito de direitos fundamentais, essa proibição passa por um processo de análise de ponderação, ou seja, no caso concreto, aplica-se a norma de maior valor, uma vez que nenhuma regra do ordenamento jurídico possui caráter absoluto. Sobre o tema, esclarece Rangel (2009, p.438) que: “a regra do inciso LVI do art. 5º da CRFB não é, assim, nem poderia ser, absoluta. Deve ser interpretada de forma coerente e razoável, mostrando proporção entre os bens jurídicos que se contrastam”.

Sobre o caráter absoluto da norma, trazem-se à baila os ensinamentos de Lopes Jr (2011, p. 572, grifo no original):

A crítica é exatamente em relação à “absolutização” da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para

nós, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que tem a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode (ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade.

A utilização da prova ilícita a favor do réu se dá em casos bem específicos e visa evitar injustiças, sendo que o objetivo, nesses casos, é a preservação da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, as lições de Pierobom de Ávila (2007, p. 203, grifos no original):

No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional.

Com esses argumentos da doutrina pátria, percebe-se que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita passa por um processo de relativização (mitigação) em sua aplicação, afastando-se, assim, seu caráter de regra de absoluta, pois entre condenar um inocente e admitir a prova ilícita a favor do réu, a segunda opção se mostra bem mais condizente com a justa aplicação da tutela dos direitos fundamentais.

3.2 Teorias que autorizam a prova ilícita a favor do réu

A Teoria da Proporcionalidade (razoabilidade) e a Teoria da Exclusão da Ilícitude surgem com um objetivo bem definido, qual seja: a mitigação da regra da inadmissibilidade da prova ilícita prevista no ordenamento jurídico pátrio, como forma de se dar máxima efetividade aos direitos individuais previstos no texto constitucional.

A primeira teoria defende que, em casos específicos, deve haver uma ponderação de interesses, como forma de se harmonizar as normas constitucionais conflitantes, dando, assim, mais efetividade na aplicação de direitos fundamentais. A segunda teoria defende que, no caso de a prova ilícita ser o único meio de se comprovar a inocência do réu, não há que se limitar o uso de tal prova, pois o réu, agindo assim, estará amparado pela excludente de ilicitude do estado de necessidade ou da legítima defesa

3.2.1 Teoria da proporcionalidade (*razoabilidade*)

A Teoria da proporcionalidade, de origem alemã, decorre do princípio da proporcionalidade. Por esse princípio, os conflitos de índole constitucional se resolvem através de uma ponderação de interesses, ou seja, no caso concreto, aplica-se a norma que mais preserve a tutela dos direitos fundamentais contrapostos.

O princípio da proporcionalidade é muito bem definido por Karl Larenz (1989, p. 585-586, grifos no original, apud MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 121):

O princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Cabe esclarecer que o primeiro caso na aplicação do juízo de ponderação, de que trata o princípio da proporcionalidade, refere-se ao caso Luth, ocorrido na Alemanha em 1958. Sobre o tema, as lições de Flávia D'Urso (2007, p. 53):

Remonta a uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 15 de janeiro de 1958, o célebre caso Luth, a primeira solução mediante um juízo de ponderação. A corte alemã decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer, porque não afetava interesses de outra pessoa também dignos de proteção. O caso julgava o amparo à atividade industrial supostamente ameaçado pelo incitamento a um boicote.

Na realidade, o princípio da proporcionalidade faz uma ponderação de direitos conflitantes e deve se orientar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, os ensinamentos de Flávia D'Urso (2007, p. 63):

A proporcionalidade concretiza a ponderação de princípios ou interesses constitucionais em conflito no modelo de um Estado que centraliza os direitos fundamentais na sua ordem jurídica. A dignidade da pessoa humana consubstancia-se do núcleo essencial desses direitos e é parâmetro, portanto, na avaliação do peso dos princípios em jogo.

A proporcionalidade é formada por três elementos (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), os quais a doutrina chama de subprincípios. Sobre o tema, as lições de Suzana de Toledo Barros (2003, p. 77, grifos do autor):

Para tanto, tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o *princípio da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) é formado por três

elementos ou subprincípios, quais sejam: a *adequação (Geignetheit)*, a *necessidade (Enforderlichkeit)* e a *proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit)*, os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.

Para a autora supra, o primeiro elemento, o subprincípio da adequação, refere-se ao meio escolhido para se alcançar o resultado desejável. Nesse sentido, os ensinamentos da autora:

O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido? Isto quer dizer que, sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. (BARROS, 2003, p. 78).

Já o segundo elemento, o subprincípio da necessidade, diz respeito a sua indispensabilidade para se concretizar a aplicação do direito fundamental menos prejudicial ao indivíduo. Sobre o tema, as lições da autora:

O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. (BARROS, 2003, p. 81).

E por último, esclarece que o terceiro elemento, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, complementa a justa aplicação do princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, as pertinentes explicações da autora:

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada. (BARROS, 2003, p. 84-85, grifos da autora).

Ao encontro das ideias de Barros, ensinam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito compõem a proporcionalidade em sentido amplo. Nesse sentido, os ensinamentos dos autores:

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juizes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria idéia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas condições entre bens ou valores igualmente protegidos

pela Constituição, conflitos que só resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo*. (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 121, grifos no original).

Assim, percebe-se que a principal função do princípio da proporcionalidade seria a ponderação dos interesses em conflito. Sobre o tema, trazem-se à baila os ensinamentos de Pacelli (2009, p. 359, grifos no original):

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada *ponderação de bens e/ou interesses*, 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*.

Nesse viés, entende-se como proporcionalidade o critério que deve usar o operador do direito na aplicação de direitos igualmente protegidos pelo manto constitucional, prevalecendo, no caso concreto, a norma de maior valor tutelada pela ordem jurídica. Sobre o tema, os ensinamentos de Adalberto José de Camargo Aranha (1999, p. 62-63):

Por ela, de maneira excepcional e em casos de extrema gravidade, pode-se usar a prova ilícita, tomando-se por base e sopesando-se os valores em contradição e debate. Tal teoria afirma que a admissão da prova obtida mediante um meio ilícito é um princípio meramente relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária a um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor.

Corroborando a ideia defendida por Aranha, a brilhante lição de Antônio Scarance Fernandes (2007, p. 95)

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo da prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

O principal exemplo citado pela doutrina, na aplicação da Teoria da proporcionalidade, é a admissibilidade da prova ilícita a favor do réu quando este for o único meio de demonstrar sua inocência. Para Rangel (2009, p. 438), “a questão visa evitar graves inconvenientes e injustiças que poderiam ocorrer caso o réu (inocente) não pudesse, mesmo aparentemente violando a lei, fazer prova de sua inocência”.

Diante disso, a Teoria da Proporcionalidade surge com o objetivo de se atenuar a vedação da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Sobre o tema, as lições de Grinover, Scarance e Magalhães (2004, p. 160-161, grifo no original)

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado Verhältnismässigkeitsprinzip, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio ente valores fundamentais contrastantes.

No mesmo sentido, as lições de Alexandre de Moraes (2012, p.117, grifo no original):

Salienta-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidades, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Nota-se que, na Teoria da Proporcionalidade, a rigidez de um mandamento constitucional não pode acarretar em punições injustas aos cidadãos. Sobre o tema, trazem-se à baila os ensinamentos de Capez (2010, p. 351, grifos no original):

A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Na aplicação da ponderação de interesses, a escolha por um princípio não implica, necessariamente, na exclusão do outro. Sobre o tema, as lições de Norberto Bobbio (1997, p. 92, grifos no original, apud PACELLI, 2009, p. 135):

Assim, a aplicação do Direito na hipótese de conflito entre princípios não se resolveria pelo reconhecimento de *validade* a um de *invalidade* do outro, pelos tradicionais critérios de *hierarquia*, da *especialidade* e da *cronologia* das normas, mas por um exame de adequabilidade, orientado pelo maior ou menor peso de cada um para a solução específica do caso.

Para se reforçar a ideia traduzida pelo princípio da proporcionalidade, traz-se à baila o exemplo e as considerações de Avena (2009, p. 265-266):

Na ótica deste entendimento, imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autoriza judicialmente (conduta criminosa, conforme reza o art. 10 da Lei 9.296/1996, em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, XII, fine, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado. De um lado, há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, porém, há o caput do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, entre outros, o direito à liberdade. No balanceamento comparativo entre esses dois fatores, mais que o direito à intimidade violada, revela o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida.

Cabe esclarecer que, embora a Teoria da Proporcionalidade seja bem aceita pela maioria da doutrina pátria, há críticas a essa teoria sob o argumento de que pode haver uma manipulação no conceito de proporcionalidade. Nesse sentido, os esclarecimentos de Lopes Jr. (2011, p. 573, grifos no original):

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público.

Em igual sentido, os ensinamentos de Luiz Francisco Torquato Avolio (2012, p. 65):

Pois, em tese, qualquer contraposição se afiguraria factível, nos termos dessa classificação, seja de um interesse privado com um interesse público, seja de dois interesses públicos, ou até mesmo de interesses “privados entre si”. Por outro lado, este enfoque poderia levar à associação do interesse público com a busca da verdade, dogma que, como vimos, restou superado. O processo penal, como premissa, deve ser encarado sob o enfoque da liberdade.

Nucci entende que não é o momento para se adotar essa teoria no Brasil. Sobre o tema, as considerações do autor:

Sob o nosso ponto de vista, não é o momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibição *plena* da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. (NUCCI, 2013, P. 375, grifo do autor).

Vislumbra-se, portanto, que o autor supra reconhece a possibilidade de contraste entre preceitos constitucionais e neste caso poder-se-á aceitar a prova

ilícita favor rei. Lopes Jr., embora apresente críticas, defende a Teoria da Proporcionalidade nos casos em que o réu seja beneficiado. Sobre o tema, as lições do autor:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência). (LOPES Jr. 2011, p. 575, grifos do autor).

Diante dos vários argumentos apresentados pela doutrina favoráveis ao réu, surge a indagação se o princípio da proporcionalidade não deveria ser estendido também em favor da sociedade. Inicialmente, trazem-se à baila os esclarecimentos de Avena (2014, p. 481, grifos no original):

A maioria doutrinária e jurisprudencial tende a não aceitar o princípio da proporcionalidade como fator capaz de justificar a utilização da prova ilícita em favor da sociedade, ainda que se trate do único elemento probatório carreado aos autos passível de conduzir à condenação do réu. Permite-se, deste modo, a aplicação do supracitado princípio tão somente em favor do réu, sob o argumento de que o texto constitucional não se coaduna com o erro judiciário, razão pela qual é inaceitável que um inocente seja condenado apenas porque a prova que o inocente não foi obtida por meios ilícitos. Não se trata, como examinamos no tópico anterior, de considerar *lícita* e a prova *ilícita* apenas porque usada em favor do réu. Persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar uma injustiça.

Embora o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência seja no sentido da não aceitação da prova ilícita a favor da sociedade, o autor supra defende o uso de tal prova em casos excepcionais, uma vez que o processo busca a verdade. Sobre o tema, as lições do autor:

Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independentemente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. (AVENA, 2014, p. 482)

Em que pese os argumentos apresentados pelo autor supra, a aceitação da prova ilícita *pro societate* não é o entendimento que prevalece, como o próprio autor enfatiza. De encontro às ideias de Avena, trazem-se à baila as considerações de Távora e Alencar (2013, p. 401)

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Nesse sentido, não

há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do *status* de inocência. Sabe-se, contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para tutelar os interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca de combate ao crime.

Em igual sentido, as considerações de Pacelli e Douglas Fischer (2012, p. 318, grifo no original):

[...] veremos que o direito estadunidense, por exemplo, valendo-se do critério da *razoabilidade* como meio de contenção do abuso do poder público, não tem qualquer dificuldade em valorar a prova produzida ilicitamente pelo particular, sem prejuízo da ação penal contra ele pelo fato praticado na obtenção da prova (se previsto o ilícito, é claro). A regra da inadmissibilidade, portanto, dirige-se exclusivamente ao Estado, produtor da prova penal.

Para Aranha (2006, p. 67), só é cabível o uso da prova ilícita em favor da defesa. Sobre o tema, posiciona-se o autor:

O entendimento doutrinário entre nós é todo ele no sentido de acolher a prova ilícita ou ilegal desde que venha em favor do acusado (é a chamada prova ilícita *pro reo*), diante do princípio *favor rei*, admitindo-se tais provas desde que autem em favor da defesa.

De acordo com o que foi abordado pelos autores, pode-se chegar à conclusão de que com a Teoria da Proporcionalidade, que preza pela harmonização de direitos, existirá uma prevalência de um direito constitucionalmente protegido sobre o outro, mas que a aplicação de um não resultará, necessariamente, na exclusão do outro. Essa teoria contribui de maneira significativa para a justa aplicação do direito no caso em concreto, fortalecendo, assim, os pilares do Estado Democrático de Direito.

3.2.2 Teoria da exclusão da ilicitude

As causas de exclusão da ilicitude, conhecidas também como causas de justificação da conduta, estão inseridas no art. 23 do Código Penal, que disciplina, *in verbis*:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

A Teoria da exclusão da ilicitude surge na doutrina nacional com o objetivo de afastar a ilicitude praticada pelo réu quando o uso da prova ilícita é o único meio de demonstrar sua inocência. Para essa teoria o réu age em estado de necessidade, afastando, assim, a conduta ilícita. O conceito de estado de necessidade é muito bem abordado por Capez (2008, p. 274):

Causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir. No estado de necessidade existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo.

Sobre a exclusão da ilicitude, ensina Afrânio Silva Jardim (2007, p. 316) que, “em casos excepcionais, a atividade probatória do réu pode encontrar justificção pela incidência de alguma norma permissiva que exclua a ilicitude de sua conduta, ainda que penalmente típica”. Na mesma linha, os ensinamentos de Rangel (2009, p. 439, grifos no original):

Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da **exclusão da ilicitude**, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante.

O uso da prova ilícita para demonstrar a inocência do réu decorre da ampla defesa, afastando, assim, a ilicitude da ação praticada pelo sujeito. Nesse sentido, o magistério de Pacelli (2009, p. 319):

E, por fim, é de se registrar, mais uma vez, que a ampla defesa autoriza até mesmo o ingresso de provas obtidas ilicitamente, desde que, é claro, favoráveis à defesa. E nem poderia ser de outro modo. Primeiro, porque, quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão de ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificção: o estado de necessidade.

Quando a prova é obtida pelo réu para demonstrar sua inocência, parte da doutrina entende ser caso de legítima defesa. Nesse sentido, as lições de Grinover, Scarance e Magalhães (2004, p. 162):

Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se legítima entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a defesa, que exclui a antijuridicidade.

Um bom exemplo, que reforça a aplicação da Teoria da exclusão da ilicitude, é citado por Rangel (2003, p. 423):

Imaginemos que o réu tenha que praticar conduta típica, como a violação de domicílio, prevista legalmente como crime (art. 150, CP), para produzir prova fundamental em favor de sua inocência. Estaria suprimindo um bem jurídico alheio (tutelar domiciliar), para salvaguardar outro bem jurídico (liberdade), em face de um perigo atual (a existência de persecução penal), ao qual não deu causa, e cujo sacrifício não era razoável exigir. Está em verdadeiro estado de necessidade, que vai excluir a ilicitude da conduta. A prova produzida é lícita, válida, valorável em qualquer sentido.

Embora essa teoria admita o uso da prova ilícita a favor do réu para demonstrar sua inocência, não se admite a prova obtida por meio de tortura. Sobre o tema, as lições de Avena (2009, p. 266):

Seguindo-se esse raciocínio, seria possível utilizar em favor do réu, sendo o único meio de inocentá-lo, uma prova obtida mediante tortura? Não, evidentemente, pois essa prova não possui o mínimo de credibilidade. A situação, com efeito, difere da interceptação telefônica clandestina pelo fato de que um diálogo telefônico registrado por terceiro, ainda que sem ordem judicial, embora seja um meio lícito de prova e apesar de sua captação constituir crime, é passível de ser considerado verdadeiro, podendo o juiz, assim, utilizá-lo em prol do réu. Bem diferente, contudo, é a prova obtida mediante tortura, que, angariada mediante o sofrimento alheio, não permitirá ao julgador, em hipótese alguma, por razões óbvias, presumi-lo verdadeiro.

De acordo com o explanado, percebe-se que a Teoria da exclusão da ilicitude preconiza que, sendo o único meio de o réu demonstrar sua inocência, aceita-se a prova ilícita, pois o réu age ora em estado de necessidade ora em legítima defesa, afastando, assim, a ilicitude da conduta praticada pelo sujeito, não se admitindo, porém, de maneira nenhuma, a prova obtida mediante tortura.

3.3 A jurisprudência nacional e a prova ilícita *favor rei*

A prova ilícita a favor do réu é bastante aceita pela jurisprudência pátria. Em diversos julgados, a jurisprudência tem aplicado o princípio do *favor rei*, como forma de se dar máxima efetividade na aplicação de normas constitucionais conflitantes, utilizando-se do critério da ponderação de interesses, já que a regra que impera no Estado Democrático de Direito é a liberdade do indivíduo.

Para corroborar a aplicação da prova ilícita a favor do réu, analisar-se-ão quatro julgados do Pretório Excelso. O primeiro julgado é um caso de uma gravação clandestina sem o consentimento de um dos interlocutores, em que se pede a

decretação da ilicitude da prova. O STF considerou legal a conduta do réu, afastando, assim, a ilicitude da ação. Abaixo, ementa do HC 74.768-1/SP:

EMENTA: “Habeas corpus”. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o consentimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa. Fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticado o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º. LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). “Habeas corpus” indeferido. (STF - Habeas corpus nº 74768-1 - São Paulo, Ministro Relator Moreira Alves. DJ 15.98.97).

Há que se destacar neste julgado parte de um trecho do parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República, citado no voto do Ministro Relator Moreira Alves:

“Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação feita pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com sequestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu representou, antes de tudo, uma intromissão ilícita da vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que seria o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa”. (STF - Habeas corpus nº 74768-1 São Paulo, Ministro Relator Moreira Alves. DJ 15.98.97).

O segundo julgado diz respeito também à gravação clandestina, realizada por um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, em que se reconheceu a licitude da prova. Abaixo, ementa do RE 402.717-8/PR:

EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita da prova. Inexistência de interceptação, objeto da vedação constitucional. Ausência da causa legal de sigilo ou de reserva de conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa o art. 5º, X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que não se confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva de conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou. (STF - Recurso Extraordinário nº 402.717-8 - Paraná. 2ª Turma. Ministro Relator Cezar Peluso. DJ. 12/02/2009).

O terceiro julgado refere-se a uma gravação clandestina. Nesse julgado, o Supremo reconheceu a licitude da gravação por ser um caso de elemento de defesa. Abaixo, ementa do julgado AI 503.617-7/PR:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282 – STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279 – STF. I. – A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem consentimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. – Existência, nos autos, de provas não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. – A questão relativa às provas ilícitas por derivação – “the fruits of the poisonous tree” – não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282–STF. IV. – A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. – Agravo não provido. (AI 503.617-AgR / PR. Relator Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma. DJ. 04.03.2005).

No mesmo sentido é o último julgado, que também reconhece a licitude da gravação sendo meio de elemento de defesa. A seguir, ementa do julgado AI 666.459-4/SP:

EMENTA: ELEITORAL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPRA DE VOTOS. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 279 DO STF. I. – A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem consentimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. Precedentes. II. – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 270 do STF. III. – Ausência de novos argumentos. IV. – Agravo regimental improvido. (AI 666.459-4 - AgR/SP. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma. D.J. 30.11.2007)

Nota-se, pelos julgados analisados, que, nos casos de gravação clandestina, o STF vem reconhecendo a licitude da ação praticada pelo réu, entendendo que é caso de excludente de ilicitude, amparado ora pela legítima defesa ora pelo estado de necessidade. Essa posição do Supremo consolida o princípio da presunção de inocência do réu, primando, assim, pelo estado de liberdade do indivíduo. Nesse sentido, as lições de Távora e Alencar (2012, p. 389, grifos no original):

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado está o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e de outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Em igual sentido, as considerações de Avólio (2012, p. 219):

Trata-se, na verdade, da justa causa, que legitima a gravação clandestina. Essa a chave, repetimos, para perquirir a validade da prova dessa natureza, no processo penal ou civil. Deve existir, portanto, um interesse superior, que

se contraponha ao valor intimidade, a ser sopesado no caso concreto. À luz do critério da justa causa, utilizado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, impõe-se que o exame da validade da gravação clandestina seja feito caso a caso, não se podendo de antemão acolher ou rejeitar indiscriminadamente esse meio de prova.

Percebe-se que entre optar pelo direito de punir do Estado e pelo estado de liberdade do réu, a segunda opção é a que mais se coaduna com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o que transforma o processo penal num meio efetivo garantidor das liberdades individuais previstas na Carta Magna do ordenamento jurídico pátrio.

O Superior Tribunal de Justiça também tem se manifestado sobre o tema da prova ilícita favor rei. No RHC 7.216/SP, o STJ reconheceu a licitude da prova referente a uma escuta realizada por um dos interlocutores, com base no princípio da proporcionalidade. Abaixo, ementa do HC 7.216/SP:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA ILÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. Recurso conhecido, mas não provido. (STJ, RHC, 7.216/SP, relator Ministro Edson Vidigal. DJe 25/05/98)

Cabe destacar nesse julgado o trecho do lapidar voto do Ministro Relator Edson Vidigal, que reforça a aplicação do princípio da proporcionalidade.

[...] trata-se da subsunção ao Princípio da Proporcionalidade: as normas jurídicas constitucionais se articulam do sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere detrimento aos direitos por ela conferidos, ou seja, ponderados os direitos em conflito, prevalece aquele mais valorado [...]. (STJ, RHC, 7.216/SP, relator Ministro Edson Vidigal. DJ 25/05/98)

De acordo com o exposto acima, percebe-se que há uma boa aceitação na jurisprudência pátria acerca da utilização da prova ilícita favorável ao réu. Nota-se que isso acontece porque essa aceitação vai ao encontro da finalidade maior do processo penal: garantir de forma plena os direitos fundamentais do indivíduo. E se de um lado, temos uma norma constitucional que proíbe o uso da prova ilícita; do outro, temos os princípios da dignidade da pessoa humana e o *status libertatis* do réu que funcionam como alicerce de toda a dinâmica processual, resultando, assim, no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que o processo penal não se resume simplesmente na condenação ou na absolvição de alguém, mas, sim, em se aplicar os direitos fundamentais de forma plena, mesmo que para isso seja necessário sacrificar outros direitos em detrimento de postulados maiores no ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

Ao longo de toda a história da humanidade, a pessoa do réu passou, no processo penal, por fases das mais amplas liberdades a fases das maiores restrições de seus direitos.

Nos tempos mais remotos da sociedade, o réu era visto apenas como mero objeto do processo e não como sujeito de direitos. Isso justificou inúmeras barbáries, durante praticamente toda a Idade Média, mais precisamente no período da Inquisição, praticadas pelo Estado contra seus cidadãos.

Porém, no fim do século XVIII, com os ideais da Revolução Francesa, o processo penal voltou seus olhares para o réu, garantindo a este direitos consagrados nos sistemas jurídicos vigentes na época, que, ao longo do tempo, foram se fortalecendo no âmbito do processo penal.

No sistema jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 consagrou garantias ao cidadão submetido a um processo. Começou-se a se aplicar, de maneira enfática, o princípio do devido processo legal e seus princípios decorrentes, tais como: a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, e, o mais importante deles, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tais princípios se transformaram em vigas mestras no âmbito do processo penal, os quais devem ser observados em todas as fases do processo, sob pena de acarretar em nulidades processuais caso não sejam fielmente observados.

No que se refere ao tema da ilicitude da prova, a Carta Magna fez menção expressa da inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Igualmente também a fez o Código de Processo Penal. Porém, podemos observar que tal regra não se reveste de caráter absoluto, já que nenhuma norma constitucional goza de tal garantia.

Como forma de se relativizar a inadmissibilidade da prova ilícita, surge no sistema jurídico pátrio a aplicação de teorias que autorizam o uso da prova ilícita favor rei: a Teoria da Proporcionalidade e a Teoria da Exclusão da Ilicitude. A aplicação dessas teorias se fundamentam no princípio maior de nosso ordenamento jurídico pátrio, o da dignidade da pessoa humana, que serve como mola propulsora de toda a dinâmica processual, e na presunção de inocência, já que se prima pelo *status libertatis* do acusado.

A Teoria da Proporcionalidade defende que, no caso concreto, deve-se fazer uma ponderação das normas que se colidem, aplicando-se a de maior valor, evitando-se, assim, cometimento de injustiças contra os cidadãos. A Teoria da Exclusão da Ilícitude defende que o réu, ao se valer de uma prova ilícita, está amparado pelas excludentes de ilicitude ora da legítima defesa ora do estado de necessidade.

Embora o réu se possa valer do uso da prova ilícita, não é toda prova ilícita que será admissível. Exemplo disso são as provas obtidas mediante tortura. Essas nunca devem ser admitidas no processo, sob pena de se violar o princípio da dignidade da pessoa humana e outros decorrentes do texto constitucional.

Destarte, sensíveis à vedação constitucional quanto ao uso da prova ilícita, os tribunais pátrios passaram a aplicar essas teorias como forma de se efetivar os direitos fundamentais do indivíduo, afastando, assim, o caráter absoluto da inadmissibilidade da prova ilícita, pois entre condenar um inocente e acolher o uso da prova ilícita favor rei, a segunda opção se mostra bem mais justa e proporcional, o que valoriza o princípio da dignidade da pessoa humana e fortalece o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. São Paulo: Saraiva, 1999.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 6. São Paulo: Método, 2014.

_____. São Paulo: Método, 2009.

ÀVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 7.216/SP. Relator: Min. Edson Vidigal. Publicação DJ 25/05/1998. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 93.050/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. 2ª Turma, publicação DJ 10/06/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 maio. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 74.768-1/SP. Relator: Min. Moreira Alves. Publicação DJ 15/08/1997. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 402.717-8/PR. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicação DJ 12/02/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 503.617-AgR/PR. Relator: Min. Carlos Velloso. 2ª Turma, publicação DJ 04/03/2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 666.459-AgR/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, publicação DJ 30/11/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito penal*. Vol. 1. 12. São Paulo: Saraiva, 2008.

DÚRSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____._____. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, L. F.; PINTO, R. B.; CUNHA, R. S. *Comentários à reforma do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, A. P.; GOMES FILHO, A. M.; FERNANDES, A. S. *As nulidades do processo penal*. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 8. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____._____. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Provas no processo penal*. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo pena e sua jurisprudência*. 4. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 12. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. _____ 7. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

TASSE, A.E.; MILEO, E. Z.; PIASECKI, P. R. *O novo sistema de provas no processo penal: comentários à Lei 11.690/08*. Curitiba: Juruá, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 8. Bahia: Juspodivm, 2013.

_____. _____ 7. Bahia, Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. São Paulo: Saraiva, 2010.