

FACULDADE DE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

ROGÉRIO ROSESTOLATO JÚNIOR

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS NO PROCESSO PENAL
Sopesamento de direitos fundamentais para utilização da prova ilícita pró réu e pró
societate

Três Pontas

2015

ROGÉRIO ROSESTOLATO JÚNIOR

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS NO PROCESSO PENAL:
sopesamento de direitos fundamentais para utilização da prova ilícita pró réu e pró
societate**

Monografia apresentada à Universidade de Três Pontas
- FATEPS, como parte das exigências curriculares do
Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel,
sob orientação do Prof. Dr. Evandro Marcelo dos
Santos

**Três Pontas
2015**

ROGÉRIO ROSESTOLATO JÚNIOR

**ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS NO PROCESSO PENAL: sopesamento
de direitos fundamentais para utilização da prova ilícita pró réu e pró societate**

Monografia apresentada à Universidade de Três Pontas
- FATEPS, como parte das exigências curriculares do
Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Aprovado em / /

Prof. Ms. Evandro Marcelo dos Santos

Prof.

Prof.

OBS.:

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a cada policial militar que em seu sacerdócio, sob as atribuições aludidas pelo artigo 144 da Constituição da República Federativa do Brasil, saem ordinariamente de suas casas, para que ostensivamente, com a função de preservar a ordem pública, e como esculpido em seu juramento, buscar promover a paz social, defendendo a sociedade em toda sua diversidade, muitas vezes com o sacrifício da própria vida.

AGRADECIMENTOS

Tão poderosas são as obras de Deus em nossas vidas que é impossível não iniciar agradecendo o Senhor. Agradecimentos também não haverão de faltar, aqueles que me ensinaram o que é o amor, o carinho e o respeito; que me deram o leite, o pão, que me ensinaram a dar os primeiros passos e até hoje me amparam em cada queda e me ajudam a levantar, por isso, agradecimento e amor eterno aos meus pais. Agradecimento a minha irmã, linda, que me conhece como poucos e que também tenho que agradecer pelo sobrinho e afilhado que tanto amo. Por falar em amor, agradeço a pessoa que hoje está ao meu lado, me dando forças e lutando comigo para o progresso sucessivo em nossas vidas. A toda família meu sincero agradecimento, não ousarei citar nomes, mas em especial, agradeço a prima que me deu outra afilhada preciosa. Tios, avós, primos, amigos, todos os professores que passaram na minha vida e todas as pessoas que de qualquer forma me auxiliaram até hoje, meu muito obrigado! Por fim agradeço a família militar, pois nenhum título existente fará que eu deixe de ser quem sou, e sempre serei Policial Militar, honra no dever sempre.

“São Miguel Arcanjo, defendei-nos no
combate, sede o nosso refúgio contra as
maldades e ciladas do demônio.”

Papa Leão XIII

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, mais especificamente no que tange a prova ilícita com o intuito de condenação do réu, assim também determinada “pró societate”. Faz uma breve abordagem da utilização do meio probatório em diversos períodos históricos até a atualidade, exemplificando os meios de prova, os meios de produção de provas e suas limitações legais, principalmente as limitações constitucionais a que se deve respeitar em grau máximo. Aproximando-se mais da ideia principal, o trabalho, traz a definição de provas ilegais, ilícitas e ilegítimas, diferenciando-as, colocando em evidência também a prova que se torna ilícita por derivação e trazendo quais são as consequências práticas pela aceitação ou não de tais meios probatórios. Especificamente sobre a admissibilidade das provas ilícitas, coloca para o leitor, as principais teorias que vão de ambos extremos, tais como teoria obstativa e teoria permissiva. Por fim, o trabalho vem tratar dos valores constitucionais questionados, busca demonstrar a necessidade de que se realize o sopesamento das garantias trazidas pela Carta Magna com o objetivo principal de proteger não só as garantias individuais do cidadão colocado como réu, mas os direitos inerentes a todos os cidadãos pertencentes ao Estado Democrático de Direito instalado na República Federativa do Brasil, evidenciando que a própria democracia não necessita de decisões extremadas e que o contrassenso de tais decisões não enriquece em nada o salutar direito constitucional, pois obviamente, que dada a indiscutível obediência ao devido processo legal, também é necessário se trazer as minúcias e peculiaridades de cada caso em concreto.

Palavras-chaves: Processo Penal. Provas Ilícitas. Supraconstitucionalidade. Garantia constitucional.

ABSTRACT

This paper addresses the issue of admissibility of illegal evidence in criminal proceedings, specifically as it pertains to illegal evidence in the defendant's sentencing order, so certain "pro societate". A brief approach to the use of evidence at various historical periods to the present day, illustrating the evidence, the evidence of the means of production and their legal limitations, mainly the constitutional limitations to which it must respect in maximum degree. Getting closer to the main idea, work, brings the definition of illegal evidence, illegal and illegitimate, differentiating them, highlighting also the proof that it is unlawful for derivation and bringing what practices the consequences are for accepting or not such items of proof. Specifically on the admissibility of illegal evidence, puts the reader, the main theories ranging from both ends, such as inhibitive theory and permissive theory. Finally, the work is dealing with constitutional values questioned, seeks to demonstrate the need for realizing the measure guarantees brought by the Constitution with the primary aim of protecting not only the individual rights of citizens placed as a defendant, but the rights attached to all citizens belonging to a democratic state installed in the Federative Republic of Brazil, showing that democracy itself does not require extreme decisions and the nonsense of such decisions does not enrich at all the salutary constitutional law, because obviously that given the unquestioning obedience to due process, it is also necessary to bring the minutiae and peculiarities of each particular case.

Keywords: *Criminal proceedings. Illicit evidence. above the constitution . Constitutional guarantee*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 ASPECTOS HISTÓRICOS DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA	15
3 MEIOS DE PROVA.....	18
3.1 Conceituação dos meios de prova.....	18
3.1.1 Aspectos constitucionais sobre a obtenção de provas.....	19
3.1.2 Meios de provas estabelecidos pelo Código de Processo Penal.....	20
3.2 Prova ilegal, ilícita e ilegítima.....	26
4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.....	29
4.1 Conceituação teórica.....	29
4.2 Aspectos práticos.....	31
5 TEORIAS SOBRE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS.....	33
5.1 Teoria obstativa.....	33
5.2 Teoria permissiva.....	34
5.3 Teoria da proporcionalidade.....	34
5.4 Corrente da prova ilícita pró reo.....	36
5.5 Corrente da prova ilícita pró societate.....	38
6 SOPESAMENTO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS PRÓ RÉU E PRÓ SOCIETATE.....	39
6.1 Supraconstitucionalidade do direito a vida e do direito a liberdade.....	39
6.2 Utilização de meios persuasivos e coercitivos para a obtenção da prova a fim de preservação do direito à vida e do direito à liberdade.....	43
7 CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

Diante do crescente aumento na criminalidade, tendo dentre as causas o sentimento de impunidade que assola os Estados, verifica-se que a existência de um meio probatório insuficiente para a apuração da verdade real dos fatos, com concomitante descrédito nas instituições públicas, vem em total desarmonia com a aplicação da justiça.

Deste modo, percebe-se que inúmeras vezes, a inutilização de uma prova pela sua ilicitude ou ilegitimidade, embora preserve o Estado de direito não preserva o Estado democrático de direito, vindo de encontro com a aplicação da justiça, tendo em vista que embora ilegal, muitas vezes o meio de prova utilizado está substancialmente vinculado ao fato concreto e determina a veracidade das alegações.

Destarte, denota-se ainda a importância do sopesamento das garantias constitucionais para a aplicação da prova ilegal pró-reo e pró-societate, com a finalidade da execução da lei, observados os ditames da justiça e não somente do direito. A justiça é a virtude ou a vontade firme e perpetua de dar a cada um o que é seu.

O presente trabalho trará aspectos históricos da utilização da prova, demonstrando sua importância desde os primórdios até a atualidade, tendo ainda os parâmetros que corroboram com o cenário jurídico moderno, inclusive com aspectos arcaicos predominantes ainda hoje.

Durante o desenvolvimento serão conceituados os meios de prova, percorrendo os aspectos constitucionais na obtenção do meio probante, as restrições constitucionais existentes, assim como as restrições impostas pelo Código de Processo Penal, tendo ainda a conceituação dos principais meios utilizados no ordenamento jurídico pátrio.

Adentrando mais especificamente no tema, serão conceituadas as provas ilegais, divididas em ilícitas e ilegítimas, bem como serão demonstrados seus aspectos práticos, principalmente no que se refere ao sistema jurídico brasileiro e por consequência será abordado a teoria dos frutos da árvore envenenada que determina a contaminação das provas subsequentes a prova ilícita.

O trabalho também trará as principais teorias referentes a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, objetivando uma análise crítica no que concerne a utilização de uma teoria menos extremada e com maior utilização prática que não banalize a produção de provas ilícitas, nem tão pouco, desprestigie todo o rito processual para apuração da verdade real dos fatos.

Por fim, levará a discussão sobre o sopesamento das normas constitucionais com diferenciação da norma no que se trata ao direito a vida e a liberdade como direitos

supraconstitucionais que devem ser preservados, muitas vezes, em detrimento de outros, chegando a aceitação da utilização de meios ilegais para obtenção da prova com o objetivo de preservação de tais direitos com conseqüente elucidação dos fatos e aplicação do direito e da justiça.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA

Tendo em vista a preocupação em se proteger a coletividade, tornando a sociedade mais pacífica, criou-se o direito penal e conseqüentemente o processo penal. Desta feita, se torna necessária a busca pela verdade real dos fatos, demonstrando uma conduta típica, antijurídica e culpável, tendo como consequência a penalização do infrator como forma de responsabilidade criminal. Juntamente com o arcabouço penal, surge a prova, com imensurável importância desde as civilizações mais antigas como forma de demonstrar a veracidade de um fato.

Muitos são os exemplos de provas utilizados na antiguidade, sendo estas sempre essenciais para a condenação de uma pessoa, mesmo que muitas vezes fossem provas com conotação religiosa ou mística e que nada comprovavam os fatos. Seguirão a seguir, alguns meios de prova utilizados na antiguidade e algumas sociedades que se fizeram importantes na construção de procedimentos referentes às provas:

1. Ordalia: Consistia em uma prova judiciária utilizada para determinar a culpabilidade do réu por meio de desafios que na verdade, tratavam de práticas de tortura, nas quais acreditavam que se o acusado fosse inocente, suportaria tal desafio pela interseção de Deus. Essa Prática é anterior a idade média e possui seu primeiro relato oficial no código de Hamurabi. Havia diversas variações de ordalias tais como segurar ferro em brasa e caso os ferimentos cicatrizassem facilmente, o ré seria considerado inocente, emergir em águas geladas, dentre outras. As ordalias também são chamadas de o juízo de Deus;

2. A Bíblia trouxe a prova testemunhal como meio de atestar a realidade de um fato, não sendo possível a condenação de uma pessoa sem que houvesse prova testemunhal e sendo condenado a prática do falso testemunho: “não levantarás falso testemunho contra teu próximo” (Êxodo 20, 16; Deuteronômio 5,20);

3. Na Babilônia, novamente falando do Código de Hamurábi, o indivíduo que acusasse e não comprovasse a culpabilidade do acusado sofreria a mesma pena que a este caberia, conforme determinava artigo 3º do referido código “se alguém em um processo se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda de vida, ela deverá ser morta”.

4. Na Índia, temos o Código de Leis de Manu, que mensurou a prova, estabelecendo que se uma mulher fosse acusada somente mulheres poderiam testemunhar, havendo exceções como no caso de homicídios, dentre outros. As testemunhas também deveriam pertencer à mesma classe social do acusado.

5. No Direito romano surgiu o ônus da prova, fazendo com que aquele que acusou fosse o responsável em provar o alegado.

No passado, assim como na atualidade, o processo penal, vem por meio das provas fazer uma reconstrução de um fato pretérito, ou seja, tentar aproximar-se da realidade, ao ponto que o juiz conseguirá externar seu entendimento através da sentença. O magistrado possui, portanto uma atividade recognitiva com modos de construir o convencimento, formando a convicção. (LOPES, 2014).

Observa-se, entretanto, que no processo penal existente na atualidade, deve sempre estar afinado com os princípios de um Estado Democrático de Direito, no qual violações nos meios de produção de provas, sendo violações de ordem processual ou material, podem contrariar a própria estrutura judicial, contaminando o processo e colocando em cheque toda estrutura pública, sendo assim, muitas vezes deve-se colocar a verdade processual frente a verdade real dos fatos, ou seja, a verdade que pode ser obtida dentre as maneiras legais, pois as provas devem ser obtidas em conformidade com a legislação jurídico pátria, obedecendo normas, princípios e ritos, e não incentivando que o próprio estado contrarie as liberdades e direitos individuais do cidadão.

Embora, os ritos legais devam ser preservados e respeitados, surge, um desafio na atualidade quando notamos a prova obtida de maneira ilícita sendo descartada por ter afrontado normas constitucionais, deixando porém outras normas constitucionais igualmente importantes serem afrontadas. Neste contexto, surge a necessidade do sopesamento das normas para que se possa exercer com excelência a aplicação da justiça, sem contudo, fortalecer a ilegalidade na obtenção da prova e sem deixar com que o Estado perca seu poder legislativo e seu poder de punir, fazendo que as regras de convivência em sociedade sejam desrespeitadas pela sensação de insegurança e de impunidade.

Quanto as constantes mudanças no processo penal, salienta Evandro Marcelo dos Santos:

Vê-se que o direito processual penal está em movimento constante. Deve-se, no entanto, direcioná-lo às observâncias dos princípios e regras constitucionais.

A tarefa é das mais árduas, já que conciliar um Código de Processo Penal autoritário com uma Constituição Democrática leva tempo, pois o vício autoritário vem de longa data.

Ocorre, porém, que levantar teorias avançadas de direito processual penal democrático é saudável e salutar nos meios acadêmicos, donde são observadas, discutidas e ampliadas. Contudo, as ideias precisam ir além, alcançar o caso concreto, os processos judiciais em andamento e a mentalidade daqueles que trabalham a aplicação prática do direito. Afinal, não se quer um processo penal puro, limpo e justo apenas nos bancos acadêmicos, mas também no cerne do poder judiciário, tudo para que a justiça possa imperar, partindo-se da premissa de que o

processo existe a fim de que se conceda às partes o que foi pedido, na medida das possibilidades e das provas apresentadas (SANTOS,2012).

Neste sentido, destaca-se que embora o processo penal esteja sempre passando por constantes modificações até mesmo porque a sociedade está sempre em um processo de interminável evolução, sempre haverá o mesmo sentido na utilização das leis, dos processos e dos poderes. A função essencial das leis e consequentemente dos processos e dos poderes é a aplicação da justiça, pois não haveria necessidade de tais elementos, sem que se estivesse sempre procurando a aplicação da justiça.

3 MEIOS DE PROVA

Para que possamos conceituar os meios de prova, se faz necessário entender que prova é todo elemento utilizado para mostrar a existência e a veracidade de um ocorrido com a finalidade de influenciar o convencimento do julgador, sendo assim, passa-se a entender então que elemento de prova são fatos e circunstâncias que moldam a convicção do magistrado e por fim conceituamos meio de prova como sendo os instrumentos ou atividades utilizados para introduzir os elementos de prova no processo.

Podemos dizer que provar é estabelecer a existência da verdade, sendo as provas os meios utilizados para estabelecer tal verdade, demonstrando a certeza do que se é alegado. São provas todos os elementos produzidos pelas partes ou até pelo magistrado como instrumento do, portando, quando alguém quer provar, busca mostrar ao outro uma verdade que ele tem ciência. (FILHO, 2009).

3.1 Conceituações dos meios de provas

Sobre os meios de prova, ensina Nucci (2014): “São meios de provas todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”.

Meio de prova é tudo que possa servir, seja direta ou indiretamente, para se demonstrar a verdade, assim buscando o princípio da verdade real, portando, não haveria de se falar em qualquer forma de limitação de prova, uma vez que frustraria o interesse estatal em aplicar a justa lei. (CAPEZ, 2013)

Quanto a definição de provas, Junior (2013), ensina: “As provas são os matérias que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz.”

Corroborando com a não limitação dos meios de prova, doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que a os meios de provas no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente permitida a produção de outros meios de prova.

Sobre a liberdade da prova no processo penal, ensina Fernando da Costa Tourinho Filho:

Vigorando no Processo Penal o Princípio da Verdade Real, é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da Lei. A atitude do juiz no cível doutrina Dellepiane, é, em certo modo, passiva, e a prova reverte, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um

acolhimento que se lhe apresente reconstruído pelas partes, está obrigada a procurar, por si mesmo, essas verdades. (FILHO).

Embora, exista o princípio de liberdade na produção de provas, este princípio de liberdade probatória não é absoluto, isto pelo fato de sofrer restrições trazidas pelo Código de Processo Penal, assim como Na Constituição Federal de 1988, como veremos nos subitens a seguir.

3.1.1 Aspectos constitucionais sobre a obtenção de provas

Muitos são os princípios constitucionais diretamente relacionados à obtenção de provas, tais como identidade física do juiz, contraditório e ampla defesa, comunhão de provas, dentre outros, contudo, ao ligarmos a obtenção de prova com a matéria constitucional, tratamos mais intimamente do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 que traz como inadmissíveis, a utilização das provas ilícitas no processo:

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

...

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Tal dispositivo constitucional traz a prova obtida com infringência as normas e princípios constitucionais como uma prova vedada, ou seja, impossível de ser apreciada pelo magistrado para resolução de um litígio.

3.1.2 Meios de provas estabelecidos pelo Código de Processo Penal

Meio de prova é todo fato, documento ou alegação que possa ser utilizado para a busca da verdade real dos fatos, sendo os mais utilizados os seguintes:

1. Prova pericial: Encontrada no Código de Processo Penal entre os artigos 158 e 184 trata da atividade realizada por perito, de forma científica e técnica com o objetivo de

esclarecer fatos. Segundo o art. 184, CPP a prova pericial cabe somente quando for útil para o descobrimento da verdade, in verbis:

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade (CPP, 1941)

2. Exame de corpo de delito: Encontrado a partir do artigo 158 do Código de Processo Penal é indispensável aos crimes que deixarem vestígios, podendo dividir-se em direto e indireto conforme trata respectivamente os artigos 161 e 167 do CPP. Trata-se na verdade do conjunto de vestígios que demonstram a existência de um crime:

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

Art. 161. O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta (CPP,1941).

3. Prova documental: Disciplinada a partir do artigo 231 do Código Processo Penal, trata de todo objeto material capaz de traduzir a manifestação de um pensamento ou fato para que possa ser reproduzido em juízo, podendo ser visual, auditivo, audiovisual, dentre outros. Artigo 231 CPP, in verbis:

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo (CPP,1941).

4. Prova emprestada: é aquela que é trazida de outro processo, em forma de documento, para o processo penal. Pode ser utilizada desde que no processo onde foi produzida, tenha sido respeitado o princípio do contraditório, tenha sido produzida por um juiz natural e que o réu tenha comparecido durante a produção das provas.

5. Prova oral: Prevista no art. 201, CPP, refere-se às declarações do ofendido, o qual é obrigado a comparecer para prestar declarações quando intimado.

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1o Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2o O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3o As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4o Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5o Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6o O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (CPP, 1941).

6. Prova testemunhal: É aquela pessoa que confirma a veracidade de um fato e está prevista no artigos 202 a 255 do Código de Processo Penal. A testemunha presta o compromisso de dizer a verdade, conforme art. 203 do CPP.

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (CPP, 1941).

7. Interrogatório: Trazido a partir do artigo 185 do Código de Processo Penal, trata do interrogatório do réu e deve ser sempre realizado na presença de um defensor, sob pena de nulidade, in verbis:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1o O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 2o Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) (CPP, 1941).

8. Confissão: Conforme artigo 197 e seguintes do Código de Processo Penal é quando o acusado reconheci a imputação que lhe é feita. A confissão não supre o exame pericial a medida que é necessário confirmar a materialidade do delito. O valor da confissão é o mesmo que das outras provas.

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (CPP, 1941).

9. Indícios: Disciplinados no art. 239, CPP, os indícios não são considerados como provas diretas, mas podem ser utilizados para efeitos de formação do convencimento do juiz, sem, contudo haver condenação apenas com base neles.

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. (CPP,1941).

10. Busca e apreensão: Com previsão legal nos artigos 240 ao 250 do Código de Processo Penal, a busca e apreensão deve ser precedido de autorização judicial e é na verdade instrumento para obtenção da prova.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Art. 241. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado.

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4o Observar-se-á o disposto nos §§ 2o e 3o, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5o Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6o Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7o Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4o.

Art. 246. Aplicar-se-á também o disposto no artigo anterior, quando se tiver de proceder a busca em compartimento habitado ou em aposento ocupado de habitação coletiva ou em compartimento não aberto ao público, onde alguém exercer profissão ou atividade.

Art. 247. Não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer.

Art. 248. Em casa habitada, a busca será feita de modo que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência.

Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

Art. 250. A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta.

§ 1o Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percarn de vista;

b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encalço.

§ 2o Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligências, entrarem pelos seus distritos, ou da legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustre a diligência. (CPP, 1941).

As provas também podem ser classificadas quanto ao seu objeto, em razão do seu efeito ou valor, relativo ao sujeito ou causa, ou ainda, quanto à forma ou aparência. Desta maneira, entende-se que quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta, a primeira por ser ela mesma que demonstre um fato, ou seja, está intimamente ligada ao fato probante e a segunda quando se deve levar em conta um raciocínio lógico-dedutivo, considerando ainda, outros fatos, para que se chegue a uma conclusão.

Em razão do efeito ou valor, a prova divide-se em plena e não plena ou indiciária, uma é convincente e necessária para formação do juízo, enquanto a outra gera probabilidade acerca de um fato.

Na divisão entre sujeito ou causa, temos a real quando se fala de provas que tratam de coisa externa e distinta da pessoa e a prova pessoal que possui origem humana tais como afirmações, declarações e conclusões.

Por última classificação quanto a forma ou aparência volta-se a prova testemunha, resultante depoimento, documental feita por documentos e material que é obtida por meios químicos, físicos ou biológicos.

Conforme determina o Código de Processo Penal, existem restrições na produção das provas, como podemos verificar através do artigo 155 do referido diploma legal, parágrafo único que determina a observância das exigências e formalidades da lei civil ao tratar de provas quanto o estado das pessoas, 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (CPP, 1941).

Também é observada restrição no artigo 158 do mesmo código que determina o exame de corpo delito para as infrações que deixarem vestígios, independente da confissão do acusado, conforme se vê:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.(CPP, 1941).

Outro artigo que demonstra claramente as restrições aos meios de prova é o artigo 479, caput do CPP que proíbe utilização no plenário de leitura de documentos ou exibição de objetos que não tenham sido juntados com no mínimo três dias úteis de antecedência, dando ciência a parte contrária, in verbis:

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Diante das restrições da prova expõe Guilherme de Souza Nucci:

Todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico podem ser produzidas no processo penal, salvo as que disserem respeito, por expressa vedação do artigo,

ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania, entre outros). Nesta hipótese, deve-se acatar o disposto na lei civil. Exemplo disso é a prova do estado de casado, que somente se faz pela apresentação na certidão do registro civil, nada valendo outro meio probatório (NUCCI, 2015).

Conclui-se portanto, que o meio probante é vasto e indeterminado, tendo em vista, haver apenas rol exemplificativo na norma, pois qualquer prova que seja produzida, não estando nas hipóteses de restrições expressas ou que sejam ilícitas, podem e devem ser utilizadas em prol do bom andamento do processo penal.

3.2 Prova ilegal, ilícita e ilegítima.

A Carta Magna do Estado Democrático de Direito brasileiro, traz em seu artigo 5º LVI, a inadmissibilidade no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Faz-se então, necessário que se diferencie nas provas, o que é ilegal, ilícito ou ilegítimo.

Prova Ilegal, trata-se na verdade, de gênero, o qual corresponde a toda prova que de alguma maneira contraria preceitos legais e a própria Constituição Federal. A prova ilegal se divide em duas espécies: Prova Ilícita e Prova Ilegítima.

Diferenciando a espécies de prova ora descritas, temos dois critérios que podem ser observados, sendo um dos critérios, a própria natureza da norma que foi violada e o outro o momento da transgressão de tal norma.

Quando a norma violada afronta o direito material, trata-se então de Prova Ilícita, enquanto a Prova Ilegítima trata de afronta ao direito processual, sendo assim temos como exemplo de prova ilícita a obtenção de uma confissão obtida por meio de tortura e como exemplo de prova ilegítima, o depoimento de uma testemunha no processo após as alegações finais de defesa.

Ainda na intenção de distinguir a ilicitude e a ilegitimidade, verifica-se que a prova ilícita teve violação das normas no momento de sua colheita, ou seja, quando ainda estava fora do processo, enquanto, a ilegítima teve violação no momento de sua produção, ou seja, quando formalmente é juntada ao processo.

Sobre os meios ilícitos, interessantíssimo o esclarecimento trazido por Guilherme de Souza Nucci, com relações aos meios não expressos por lei:

Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito (NUCCI, 2015).

Entende-se portando, que embora os meios de prova, sejam meramente exemplificativos, sendo aceitáveis quaisquer meios probantes, tal fato é restringido a ilegalidade, que igualmente não se entende somente como os meios proibidos por lei, mas também pelos meios que corrompem outras fontes de direito e do próprio convívio em sociedade.

Posição interessante sobre a conceituação de provas ilícitas é a de Greco (2013), que discorre que aquilo que não estão previsto em lei é ilícito, embora possa ser admissível devido a cultura do processo moderno, quando respeita os valores da pessoa humana e a racionalidade. Ensina ainda, que existem outros dois tipos de ilegalidade, um, quando decorre da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova. Neste sentido, traz como exemplo a impossibilidade e a imoralidade em se reconstituir um estupro, uma inundação ou um grande incêndio. Por terceira hipótese, a ilicitude em decorrência da sua obtenção, esta trazida expressamente pela CRFB, em seu art 5º, inciso LVI:

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

...

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CF/88).

Sobre ser a única opção trazida pelo texto constitucional, Vicente Greco Filho explica, in verbis:

Tal disposição é resultante do texto constitucional pela corrente mais rigorosa a respeito da ilicitude do meio de prova, em virtude da ilicitude da origem ou da obtenção. Outras correntes doutrinárias e jurisprudenciais admitiam a produção de prova obtida nessas condições ou a admitiam em termos, somente na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção (FILHO, 2013).

Portanto, entendemos neste capítulo, que existem três tipos de ilicitude da prova, havendo ilicitude quando não se tratar de prova legalmente estabelecida; quando o sua produção passar por meios imorais ou impossíveis ou quando devido ao momento de sua colheita ou produção.

Verificamos também que a prova chamada de ilegal, trata de gênero, da qual deriva as espécies: provas ilícita e ilegítima, sendo a primeira àquela que corrompe o direito material

no momento de sua colheita e a segunda aquela que conspurca o direito processual no momento de sua produção.

4 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

4.1 Conceituação teórica

Referida teoria trata da prova ilícita por derivação. Em regra, uma prova obtida licitamente, mas que tenha sido derivada de outra prova obtida ilicitamente, deve ser também considerada ilícita, e igualmente a primeira, deve ser desentranhada do processo penal.

Isto ocorre, pois existe um vício de ilicitude na origem, o que atingiria todas as provas subsequentes por força do artigo 573, §1º, do Código de Processo penal, in verbis:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1o A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência (CPP, 1941).

A prova ilícita por derivação foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana em 1920, no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States* tendo em vista a teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*. No referido caso, a empresa *Silverthorne Lumber* tentou sonegar o pagamento de tributos federais e agentes federais tentando combater a fraude, copiaram de forma ilegal os livros fiscais da empresa.

Levado ao conhecimento da Suprema Corte Americana, entendeu-se que aquelas provas não poderiam ser admitidas em juízo, tendo a conclusão de que, ao se permitir a utilização de provas derivadas de atos ilegais, a Suprema Corte estaria encorajando a polícia a desrespeitar a 4ª Emenda da Constituição norte-americana. O tribunal posicionou-se então pela inadmissibilidade das provas derivadas de provas obtidas ilicitamente.

No Estado brasileiro, juristas como Grinover, Scarance e Magalhães defendem que as provas derivadas das ilícitas, devem ser consideradas contaminadas, sentido que corrobora com o artigo 157 §1º, do Código de Processo penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (CPP, 1941)

Desta forma, entender-se-ia, pelo início do parágrafo primeiro, que toda prova derivada da ilícita, independentemente de valoração deveria ser desentranhada do processo penal e inutilizada, contudo, ainda há de se verificar a parte final do parágrafo, assim como o parágrafo seguinte, o qual segue:

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (CPP, 1941).

Sobre o artigo 157 do Código de Processo Penal e seus parágrafos, surgem cinco regras básicas para aplicação, quais sejam consideradas inadmissíveis a prova derivada pelo princípio da contaminação; não haver contaminação quando não se demonstrar o nexo de causalidade; não haver contaminação quando, por fonte independente da ilícita, a prova puder ser obtida; e que a prova considerada ilícita deve ser desentranhada e inutilizada. (LOPES, 2014)

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, esclarece as exceções em que a prova ilícita por derivação poderá ser utilizada no processo penal devido ao nexo de causalidade e a fonte independente:

Há duas exceções: a) inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a prova acoimada de derivada da primeira. É possível que determinada prova seja apontada por qualquer das partes como derivada de outra, considerada ilícita. Entretanto, feita uma verificação detalhada, observa-se que não existe nexo de causa e efeito entre elas. Por isso, não se pode desentranhar a denominada prova derivada. Ex.: Afirma-se que a apreensão do objeto furtado somente se deu em razão da confissão do indiciado, extraída sob tortura. Seria a referida apreensão uma prova ilícita por derivação. Ocorre que, pela data do auto de apreensão, constata-se originar-se antes da medida assecuratória e, somente depois, o indiciado confessou a prática da infração. Logo, inexistente nexo causal, entre ambas; b) prova separada (ou fonte independente): significa que a prova obtida aparenta ser derivada de outra, reputada ilícita, porém, em melhor e mais detida análise, deduz-se que ela seria conseguida de qualquer jeito, independentemente da produção da referida prova ilícita. Deve ser validada. Exemplificando: o indiciado confessa sob tortura e indica onde estão guardados os bens furtados. Enquanto determinada equipe policial parte para o local, de modo a realizar a apreensão, ao chegar, depara-se com outro time da polícia, de posse de mandado de busca, expedido por juiz de direito, checando e apreendendo o mesmo material. Ora, não se pode negar que o indiciado foi torturado e, por isso, confessou e apontou o lugar onde estavam os bens subtraídos. Porém, não se pode, também, olvidar que o Estado – investigação, por fonte independente, já havia conseguido o dado faltante para encontrar a réis furtiva. Em suma, não se pode desprezar o auto de apreensão, uma vez que se trata de prova separada. Ilícita será apenas a confissão, mas não a apreensão realizada (NUCCI, 2015).

Portanto, define-se a prova derivada da ilícita toda aquela que mesmo que tenha sido colhida de maneira lícita, tenha como origem uma prova ilícita, devendo ambas serem desentranhadas do processo e inutilizadas, a menos que a segunda não tenha nexos de causalidade com a primeira ou tenha sido produzida por fonte independente.

4.2 Aspectos práticos

A inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação confronta-se diretamente com a aplicação da lei, o aumento da criminalidade, a proteção do cidadão e o interesse da sociedade.

Na prática, quando uma confissão é obtida através de tortura, tal prova é ilícita e se dessa confissão é obtida informação sobre uma testemunha, a qual legalmente repassa informações sobre um caso concreto, ou ainda, desta tortura se obtenha informações concretas sobre a localização do produto de um crime, ambas provas que foram originadas de uma primeira ilegal, se tornam igualmente ilegais por força da teoria dos frutos da árvore envenenada e devem ser igualmente desentranhadas do processo.

Contudo, a aplicação de tal teoria por si só, traz um sério problema a sociedade, tendo em vista, que em inúmeras situações a prova ilícita seja a única possível de comprovar o fato determinado, podendo ser sua inutilização responsável pela não descoberta da verdade, não aplicação da lei e não preservação do Estado Democrático de Direito.

Nucci (2015) defende que o problema maior de se aceitar a prova ilícita, é compactuar que o agente estatal, na maioria das vezes, o policial, tenha sua conduta validada, sobrepondo a Constituição Federal, do mesmo modo, tal validação faria com que o agente do estado estivesse estimulado a praticar novamente condutas ilícitas.

Contudo, há de se verificar que a conduta do policial não passa a ser lícita quando a prova passa a ser utilizada, tendo em vista, existir leis rígidas que punem agentes públicos que se utilizam da tortura, do abuso da autoridade e de outros crimes para conseguir provas, além do que, os agentes públicos não estão imunes as sanções existentes no próprio Código Penal.

Neste sentido podemos verificar as penas existentes na Lei 9.455/1997, em específico ao que se refere o artigo 1º, inciso I que está intimamente vinculado a obtenção de prova ilícita, com previsão de aumento de pena quando a tortura é provocada por agente público, havendo ainda perda de função ou emprego público, como adiante se vê:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

...

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

...

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

...

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (Lei 9.455/1997)

No mesmo sentido, quem abusa da autoridade para obter provas, incorre em sanções administrativas, civis e penais, previstas na Lei 4.898/65, conforme dispõe artigo 6º do referido diploma legal:

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:

a) advertência;

b) repreensão;

c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;

d) destituição de função;

e) demissão;

f) demissão, a bem do serviço público.

§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.

§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:

a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;

b) detenção por dez dias a seis meses;

c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.

§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente. (Lei 4.898/65)

Nesse sentido, diferencia-se na prática, a prova ilícita da ação ilícita pra sua obtenção, visto que, mesmo se a prova ilícita for utilizada, o agente que a produziu poderá ser responsabilizado pela prática de ato contrário a lei, que tenha cometido.

5 TEORIAS SOBRE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS

5.1 Teoria Obstativa

Tal teoria preconiza que não existe possibilidade de aceitação da prova ilícita, sendo que tal prova deve ser imediatamente rejeitada, independentemente de sua relevância ao caso concreto.

A teoria obstativa apoia-se em que a utilização da prova ilícita afronta além do direito positivo, pois seria contrária aos princípios gerais de direito, importando em desrespeito aos direitos e garantias individuais advindos da Carta Magna de 1988.

Tem-se como defensor da teoria obstativa, Francisco das Chagas Lima Filho, que sustenta que embora possa trazer relevantes informações aos fatos apurados, a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo.

Tal teoria traz a aceitação de uma prova ilícita como uma atipicidade constitucional, ou seja, contrariaria o padrão que foi imposto pela Constituição Federal, sendo assim, também traria uma situação contrária a ordem pública pelo que as normas constitucionais possuem imensurável relevância no processo, pois são garantias, que levam ainda a boa condução do processo, portanto contrariar tais normas traria total ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Constituição tem como inaceitável a prova alcançada por meios ilícitos.

Para esta teoria, a aceitação da prova ilícita traz uma proteção indevida ao sujeito que infringiu a lei e, portanto, o órgão judicial tem o dever de ordenar o desentranhamento da prova obtida de maneira ilícita, tornando-a ineficaz.

5.2 Corrente da Admissibilidade ou Teoria Permissiva

Segundo a teoria permissiva, a prova obtida ilicitamente deve sempre ser reconhecida no ordenamento jurídico como válida e eficaz.

Em todos os casos, deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, sendo que a ilicitude na obtenção da prova não deve retirar-lhe o valor de elemento indispensável para formar o convencimento do Juízo. Embora tal teoria defenda a utilização

da prova, também defende que aquele que obteve a prova ilícita deverá sofrer as sanções previstas pela norma infringida.

Ademais, para esta teoria, a prova obtida ilicitamente precisa ser aceita de forma válida e eficaz no processo, uma vez que o ilícito refere-se ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo. Significa dizer que o infrator será penalizado pela violação praticada, mas o teor do elemento probatório deverá contribuir para a formação da convicção do magistrado.

Fernando de Almeida Pedroso, dentre os nacionais, é filiado a essa corrente doutrinária, entendendo que:

Se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se aprova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu. (PEDROSO)

5.3 Corrente Intermediária ou Teoria da Proporcionalidade

Entre a teoria obstativa e a teoria permissiva, surgiu a intermediária, a qual não defende nenhum dos dois extremos, ou seja, nem a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria obstativa), tampouco a admissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria permissiva).

Seguindo os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete:

A prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é abrandada para acolher a prova ilícita, excepcionalmente e em casos excepcionalmente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso (MIRABETE,2004).

Entende-se, portanto, que para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, visto que, em casos excepcionais, havendo um fato de maior relevância ou outro direito fundamental, tal proibição pode ser transgredida.

Atualmente, a maioria dos autores brasileiros filia-se a esta teoria, devido ser uma teoria, menos extremista, que avalia caso a caso. É uma tese intermediária em que não se deve aceitar todas as provas ilícitas, nem como extirpar todas elas. O principal da teoria é analisar dando proporção aos bens jurídicos tutelados.

Como bem observa Nelson Nery Júnior:

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais (SILVA apud JUNIOR, 1999)

De acordo com este princípio, o direito de menor relevância se submete ao de maior relevância social.

Nesse sentido, a lição do constitucionalista José Gomes Canotilho: “De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (SILVA apud CANOTILHO, 1993).

Portanto, traduz-se pela não existência de colisão, mas pelo ajustamento utilizado por se tratar de dois direitos prontos a serem infringidos, de forma a se adequar a norma ao caso concreto.

No mesmo sentido, entende o criminalista, Fernando Capez:

O direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas (CAPEZ, 2013).

Sendo assim, entendemos que um direito pode ser ofendido por consequência da não utilização da prova ilícita, fato que pode acontecer em sentido contrário, quando o direito é ofendido devido a utilização da prova ilícita, o que demonstra a importância da utilização ou inutilização da prova ilícita somente após a ponderação de valores para aplicação de uma justiça mais eficaz.

Pelo princípio da proporcionalidade delimita-se a seguinte questão, quando o direito de maior relevância for o direito violado para obtenção da prova, então, a prova ilícita não deve ser utilizada. Caso contrário, quando o direito que está sendo litigado, tiver maior relevância do que o direito violado, então a prova ilícita deve ser utilizada.

Conclui-se então que deve haver o sopesamento de tais direitos para que se verifique qual é o predominante, ou seja, de maior relevância e conseqüentemente seja ou não utilizada a prova.

Posto o que é o princípio da proporcionalidade, destacamos também que não será tarefa fácil ao julgador apreciar as provas, fazendo juízo de valores entre elas, tendo em vista ainda a questão de que mesmo considerando que tal prova seja ilícita, o julgador já teve contato e possivelmente poderá ser influenciado em seu julgo.

Desta forma, o julgador devera estabelecer um conjunto de ponderações a serem realizadas para concluir qual é o direito prevalecente naquele momento, feito isto, analisado os direitos em vista o caso concreto, o juiz chegara a missão final de escolher sobre a admissibilidade da prova ilícita.

5.4 Corrente da Prova Ilícita pro reo

Quando se trata de provas ilícitas no processo penal e sua admissibilidade, ainda há de se ver uma segunda situação, se a prova seria utilizada pró réu ou pró societate.

Verifica-se uma corrente mais acolhida quando se trata da prova ilícita pró réu, ou seja, a prova em benefício do acusado. Doutrinadores e jurisprudência tratam a prova ilícita admitida, pró réu, com menor rigor, devido ao direito irrestrito de defesa e determinando como um verdadeiro estado de necessidade quando o próprio réu obtenha a prova ilícita no intuito de se auto defender e conseqüentemente exercer seu direito inquestionável a liberdade.

José Carlos Barbosa Moreira expõe sobre o assunto:

É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão, p. ex.), traduzindo a hipótese de estado de necessidade, que exclui a ilicitude (SILVA apud MOREIRA, 1997).

Observa-se, portanto, uma aceitação das provas obtidas de maneira ilícita, violando direitos fundamentais, quando se trata do meio probante em favor do réu, utilizando-se da teoria da proporcionalidade.

A teoria da proporcionalidade também é referida como "teoria do sacrifício", pela qual, no caso concreto, sacrificar o princípio que parecer menos importante. Tal teoria somente poderia ser utilizada quando for o único meio possível.

Sobre a teoria da proporcionalidade, Antônio Scarance Fernandes destaca:

Já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto a inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova ilícita (SILVA apud FERNANDES, 1988).

Os defensores da teoria da proporcionalidade pró réu defendem a admissibilidade da ilicitude ou ilegitimidade da prova quando for o único meio possível de se demonstrar a inocência do réu.

Outro defensor desta teoria é Luiz Francisco Torquato Avolio :

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência (SILVA apud AVOLIO, 1995).

De tal modo, evidencia-se uma tendência doutrinária pátria em acolher a teoria da proporcionalidade em favor do réu, como forma de demonstrar o amplo direito a defesa acolhido pela Constituição Federal:

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, 1988).

Sobre os direitos fundamentais inerentes aos cidadãos, ressalta, Ada Pellegrini Grinover :

Os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais (SILVA, apud GRINOVER, 1996).

Destarte, a aceitação da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade, denota-se que tal princípio não pode ser absoluto, devendo ser utilizado como meio excepcional para que não se confronte com a própria constituição no sentido em que a carta magna traz disposição taxativamente contrária a aplicação de provas ilegais.

Portanto, a teoria da proporcionalidade busca, em questões não habituais, de grande relevância que ser encontre um equilíbrio para o uso de provas ilícitas, quando somente destas puderem restar o interesse social com inserção do meio probatório para busca da verdade real dos fatos e prevalência da justiça.

5.5 Corrente da prova ilícita pro societate

Não obstante a utilização da prova ilícita seja amplamente defendida quando em benefício do réu, outros doutrinadores de igual importância também defendem a utilização pro societate como ditame de justiça.

Esse é o entendimento de doutrinadores tais como CAPEZ (2013), que defende a teoria da proporcionalidade na aplicação de casos concretos, onde a inflexibilidade para utilização das provas ilícitas podem causar danos irreparáveis, pois muitas vezes, o direito que seria defendido, possui relevância muito maior do que a intimidade que poderia se querer preservar.

De igual modo, entende Vicente Greco Filho (2013) que as provas ilícitas somente podem ser utilizadas, perante o princípio da proporcionalidade, ao verificar-se a relevância dos bens jurídicos tutelados.

Relevante ressaltar que já existem julgados nessa tendência, conforme se demonstra abaixo:

TJ-SC - 0 e Processos pela Internet 10/09/2009 16:26 (TJ-SC) Data de publicação: 22/11/2005 Ementa: PENAL E PROCESSUAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - FLAGRANTE NO INTERIOR DO PRESÍDIO EM REVISTA A VISITANTE QUE TRANSPORTAVA PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA QUE NÃO CHEGOU AO DESTINATÁRIO - INCIDÊNCIA AO ARTIGO 12 , § 2º , I , DA LEI N. 6.368 /76 C/C O ARTIGO 14 , II , DO CÓDIGO PENAL - MODALIDADE TENTADA -ADMISSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DAPROPORCIONALIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º , XLVI , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C O ARTIGO 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA - NEGATIVA DE PRODUÇÃO DE PROVA - DESNECESSIDADE - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE PROVAS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

6 SOPEAMENTO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS PRÓ RÉU E PRÓ SOCIETATE

6.1 Supraconstitucionalidade do direito a vida e do direito a liberdade sob a ótica do princípio da proporcionalidade

Ao tratarmos de direitos de tal relevância como o direito a vida e a liberdade, estamos diante de direitos que sobrepõe a própria Constituição Federal, que possuem respaldo em tratados internacionais, os quais foram recepcionados por nossa Carta Magna, conforme dispõe:

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

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

...

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (CF, 1988).

Percebe-se, portanto, que existem normas internacionais que devem ser respeitadas pela própria CRFB, da qual se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Dentre os pactos internacionais de que o Brasil se faz signatário, pode-se destacar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o qual traz como indisponível o direito a vida, in verbis:

Artigo 6º(...) § 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela Leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966)

De igual modo, referido tratado, traz a proteção à liberdade:

Artigo 9º (...)

§1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de sua liberdade, salvo pelos motivos previstos em os procedimentos nela estabelecidos.

(Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966)

O direito a vida também é esculpido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica, verbis:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (Pacto de San José da Costa Rica)

E igualmente traz proteção a liberdade:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. (Pacto de San José da Costa Rica)

Dessa forma, podemos perceber que o direito a vida e a liberdade são precípuos da existência humana, são fontes inequívocas de direitos humanos e sobressaem portanto os demais direitos. Percebemos ainda que a vida e a liberdade se encontram como invioláveis por determinação da Carta Constitucional descrita no caput do artigo 5º e que somente a partir destes direitos, outros como a inviolabilidade da intimidade, da casa e da correspondência são advindos, como pode-se comprovar pela própria disposição constitucional:

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, 1988).

Não havendo dúvidas sobre a supraconstitucionalidade de avultados direitos e de que por essência são direitos dos quais os outros se subdividem, cria-se a convicção que devemos coloca-los em posição elevada ao tentarmos balancear direitos para utilização de uma prova.

Entende-se, portanto, a necessidade de não desmerecer tais direitos em relação aos que relativamente demonstram ter consequências menos prejudiciais ao serem afetados, o

que claramente nos remonta a teoria da proporcionalidade, a qual já foi objeto de estudo nesse trabalho.

Desprezar toda forma de prova ilícita seria uma posição extremista, da qual muitas vezes poderia se gerar decisões injustas, as quais contrariariam o próprio Estado Democrático de Direito, o princípio da busca da verdade real dos fatos, sobrepondo muitas vezes o próprio direito a vida e a liberdade.

Nesse sentido, expõe o criminalista Fernando Capez:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado (CAPEZ, 2013).

Ao desprezar provas ilícitas, sem a realização de um sopesamento de direitos constitucionais envolvidos, ter-se-á o desprezo por normas constitucionais antecedentes ao próprio dispositivo que proíbe a utilização de provas ilegais, nesse sentido, ensina o constitucionalista José Gomes Canotilho:

De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental de outro titular.

Os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos pela Constituição ou com autorização dela (através de lei) (Canotilho, 1983 apud CAPEZ, 2013).

Neste sentido, surge a aplicação da proporcionalidade, quando o direito a vida e a liberdade, por exemplo, não podem ser restringidos para respeitar o direito a intimidade e o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. Sobre o princípio da proporcionalidade ensina Fernando Capez:

Entra aqui o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.” (CAPEZ, 2013).

Tal princípio, com origem alemã, nasceu da necessidade de equilibrar valores contratantes, de caráter excepcional com o intuito de utilizar as provas ilícitas apenas em casos muito graves em que justificável devido ao interesse de maior valor ou outro direito fundamental contrastante.

Entendimento contrário tem Guilherme de Souza Nucci, que entende que a teoria da proporcionalidade somente poderá ser utilizada pró réu:

Restou prejudicado pelas claras opções legislativas, apontadas pela lei 11.690/2008. Entretanto, somente no que tange à prova obtida para a condenação. Continuam a valer os mesmos fatores para validar a prova obtida por meio ilícito – e suas eventuais derivações – quando o objeto for a absolvição do réu (NUCCI, 2015).

Conforme trecho acima, Nucci defende a posição de que a teoria da proporcionalidade dever ser utilizada, contudo, somente pró réu, tal posição se diferencia do que defende Capez como já visto acima e também do que defende Vicente Greco Filho, o qual no trecho abaixo não demonstra nenhuma colocação contrária a utilização da teoria da proporcionalidade pró societate:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito. Veja-se, por exemplo, a hipótese de uma prova decisiva para a absolvição obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e apreciada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5º da Constituição, que vale como princípio, mas não absoluto, como se disse. Outras situações análogas poderiam ser imaginadas. (GRECO FILHO, 2013).

Como exemplos trazidos pela doutrina pátria sobre o sopesamento de valores constitucionais, tem-se ao lado da admissibilidade pró réu, quando uma pessoa é acusada injustamente e tem em uma interceptação telefônica feita de maneira ilícita, o único meio probante capaz de provar sua inocência, enquanto ao lado da admissibilidade pró societate, exemplifica-se o descobrimento das ações de uma organização criminosa através de uma escuta telefônica também obtida de maneira ilícita.

Em ambos os exemplos temos direitos contrastantes, sendo no primeiro o direito a liberdade do réu em face da utilização da prova ilícita, questionando-se então, o que seria mais importante. No segundo exemplo, coloca-se o que seria mais benéfico à sociedade, se a preservação da intimidade ou o encerramento da organização criminosa.

O princípio que é trazido pelo ordenamento jurídico pátrio como a teoria da proporcionalidade por realizar o sopesamento de direitos contrastantes, também é trazido pela doutrina alemã como princípio do balanceamento dos interesses e valores e nos Estados Unidos como princípio da razoabilidade.

Interessante ressaltar, que no direito alemão, para utilização da teoria da proporcionalidade é necessária a existência de três requisitos, quais sejam, em primeiro momento, a adequação que trata do meio utilizado ter sido compatível com a finalidade, passando por essa etapa, verifica-se então a questão da exigibilidade que determina se havia outra maneira de se obter aquela prova de maneira menos gravosa e por último vê-se a questão referente a proporcionalidade em si, ou seja se dentre os direitos a serem analisados, qual apresenta maior relevância.

Sendo assim, entendemos que a aplicação da teoria da proporcionalidade deve ser aplicada pró réu e pró societate, como forma de trazer o equilíbrio para as ações do judiciário, procurando motivar a busca pela verdade real e processual e para desmotivar a prática arbitrária para obtenção da prova. Motivação pela busca da verdade real e processual porque traz ao processo elementos que se fazem necessários para elucidação fática e desmotivação pela prática arbitrária porque somente será utilizada após o sopesamento dos direitos afetados, podendo haver conseqüente inutilização da prova, sem prejuízo sanções administrativas, civis ou penais para aqueles que cometeram a arbitrariedade.

6.2 Utilização de meios persuasivos e coercitivos para a obtenção da prova a fim de preservação do direito à vida e do direito à liberdade

Como se verificou durante o presente capítulo é possível a utilização de provas ilícitas no processo penal, pró réu ou pró societate, sempre que comprovada sua necessidade em casos de grande relevância e feito o devido sopesamento dos direitos envolvidos para que se possa aproximar o máximo possível da verdade real dos fatos, contudo, há de se destacar que a teoria da proporcionalidade não deve prevalecer em toda e qualquer situação.

Desta maneira, observa-se que mesmo quando no sentido de resguardar o direito a vida e a liberdade que como demonstrado no sub tópico anterior, tratam de direitos supraconstitucionais, a prática da tortura, não poderá ser utilizada de maneira nenhuma para obtenção da prova, isto, devido a prática da tortura infringir direito natural anterior e superior a própria Constituição Federal.

Considera-se tratar de norma supraconstitucional a não aceitação da prática de tortura, tendo em vista, a existência de pactos internacionais, os quais foram recepcionados pela CRFB que tratam do assunto.

A mais importante norma internacional referente aos direitos humanos, DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos), traz:

Artigo V - Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. (DUDH)

No mesmo sentido, segue o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966):

Artigo 7º

Ninguém poderá ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas. (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos)

Tal mister, também é trazido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

...

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (Pacto de San José da Costa Rica)

Em especial, verifica-se a existência da Convenção contra a tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes de 1984, da qual o Brasil também é signatária:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (Convenção contra a tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes)

Quanto a aplicação da teoria da proporcionalidade pró réu, com distinção apenas para utilização dos meios de tortura, ensina, Julio Medeiros :

Destarte, no que tange à aplicação do princípio da proporcionalidade pro societate – e segundo o que se está defendendo - somente poderia ser invocado em situações extremas, como em crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura, terrorismo e crime organizado, nas quais a aplicação da vedação da prova ilícita causasse flagrante e notória injustiça. Sendo que, para tanto, jamais se poderia admitir a prática da tortura; por violar normas de direito natural anteriores e superiores à nossa própria Lei Fundamental (MEDEIROS, 2015).

No mesmo sentido, Fernando Capez trata a tortura como a única ressalva para utilização do princípio da proporcionalidade pró societate, por entender que a prática de atos de tortura fere não só a Constituição Federal, mas o direito natural, sendo impossível sua utilização:

A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada pro reo ou pro societate. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for. (CAPEZ, 2013)

Entendemos, portanto, que embora exista a possibilidade de admissibilidade das provas ilícitas pró réu e pró societate, tal admissibilidade possui restrição ao tratarmos da utilização de meios persuasivos e coercitivos para a obtenção da prova mesmo que a fim da preservação do direito à vida e do direito à liberdade por ser a tortura meio confrontante ao direito natural, contrarias além das normas constitucionais, as normas existentes nos tratados internacionais das quais o Brasil é signatário.

7 CONCLUSÃO

Por inexorável defesa ao Estado Democrático de Direito e não somente ao Estado de Direito, acreditamos que qualquer posição extremista conspurca o senso de justiça e fere a inestimável relevância de ser ter uma constituição, dita, cidadã. Com tal enfoque, verifica-se que tratar de assuntos relevantes com visão autoritária, sem análise de pormenores que diferenciam cada caso em concreto, é fazer do direito, ciência exata, meramente enraizada na tipicidade fria encontrada nos códigos.

Portanto, faz-se necessário entender os objetivos pelas quais são feitas as normas em uma democracia, pois, em uma democracia, deve-se atender a vontade do povo e não de uma minoria erudita e está claro que povo clama por justiça e não por direito líquido e certo.

É por incondicional respeito ao Estado Democrático de Direito que acreditamos que todo absolutismo é ignorante e não atende a expectativa trazida com a Carta Magna. O direito é ciência em constante evolução, sofre mudanças diárias pela complexidade humanística envolvida, visto que a sociedade vive em desabalada transformação e portando não se pode tomar como certa e imutável qualquer posição.

Desta maneira, passaremos a descartar, a priori, a teoria obstativa, visto que não se pode desconsiderar todo e qualquer meio de prova ilícita, sem que haja nenhuma análise das circunstancias em torno do caso concreto. Tal teoria é extremista e vai de encontro com o próprio ordenamento jurídico pátrio, quando analisamos as circunstancias em que o próprio artigo 157 do CPP permite a utilização de provas ilícitas por derivação em hipóteses específicas.

Igualmente extrema é a posição encontrada na teoria permissiva, pela qual deve ser aceita toda ilicitude encontrada nas provas, portanto, fica evidenciado que tal teoria não deve ser utilizada, pois seria uma afronta direta as normas constitucionais e um retrocesso ao amplo direito a defesa e ao contraditório. A teoria permissiva, embora tenha o cunho de se obter a verdade real dos fatos, desprestigia as normas.

Nesse diapasão, optamos pelo que acreditamos ser mais justo e o que mais representa a busca do que se é de direito, em outras palavras, temos a confiança que a teoria da proporcionalidade é a teoria que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito instalado na República Federativa do Brasil, pois tem sólida viabilidade pelo que tange as normas constitucionais, visto que embora não exista hierarquia entre direitos elencados na carta magna, cada caso em concreto deve ser analisado devido a suas peculiaridades, fazendo com que o sopesamento de tais garantias traga maior justiça na aplicação o direito.

Concretizada a opção pela teoria da proporcionalidade, entendemos que tal teoria deve ser utilizada pró réu e pró societate pelo fato de se fazer necessário e sempre salutar a utilização do raciocínio em matéria de direito, valendo-se de que cada caso fático é envolvido por diversas variáveis, as quais devem ser minuciosamente analisadas pelo judiciário com consequente aplicação do que se aproxima da justiça.

Como único aspecto contrário a aplicação da teoria da proporcionalidade, temos a prática da tortura, trazida neste trabalho como meios persuasivos e coercitivos para a obtenção da prova, tendo em vista tal prática andar em sentido contrário do que é o ideal de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, c. de e Lins, s. H. **Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal**. Disponível em

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3054/2816>>

Acesso em 06 de agosto de 2015

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília; Senado, 1988.

CABRAL, Bruno Fontenele, **A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/37799/os-meios-de-prova-no-processo-penal-brasileiro>> Acesso em 22 de julho de 2015

CABRAL, Vinicius. **As ordálias da Idade Média, ou “o juízo de Deus”**. Disponível em <<http://www.historiazine.com/2013/01/as-ordalias-da-idade-media.html>> Acesso em 05 de julho de 2015

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

DIAS, Daniel De Lélis. **Os meios de prova no processo penal brasileiro e sua importância**. Disponível em: <<http://danielhc.jusbrasil.com.br/artigos/219666930/os-meios-de-prova-no-processo-penal-brasileiro-e-sua-importancia>> Acesso em 15 de agosto de 2015

FILHO, Fernando Costa Tourinho. **Processo Penal**. Ed 31ª. São Paulo: Saraiva, 2009

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. Ed 10ª. São Paulo: Saraiva, 2013

MAFRA, Francisco. **O Direito e a Justiça**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870> Acesso em 05 de maio de 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**, São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

PONTES & GARCIA Sociedade de Advogados. **Prova Ilícita**. Disponível em <http://www.lexassessoria.adv.br/site_artigos10.php?artigo=1062> Acesso em 01 de outubro de 2015

SANTOS, Evandro Marcelo dos. **Direito Processual Penal**. Vol. II. Curitiba: SRV, 2012

SILVA, Barbara Grayce Carvalho da. **Admissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal**. Disponível em <<http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml>> Acesso em 02 de julho de 2015.

TRINDADE, Tiago. **Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**. Disponível em <https://temascriminais.wordpress.com/2013/12/14/provas-ilicitas-e-o-principio-da-proporcionalidade/> Acesso em 10 de outubro de 2015

NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE COOPERAÇÃO E CONFLITOS INTERNACIONAIS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMTI5NzJkMGItY2QzMi00OGViLTg3OWQtMWUwM2RmZjM2OWY2/view?pli=1> Acesso em 30 de junho de 2015

NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE COOPERAÇÃO E CONFLITOS INTERNACIONAIS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)** – Pacto de San José da Costa Rica Disponível em <https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDYzA1YWZhMGYtNTFmNS00OWQyLTlkYjgtZGY3MGQ5OWViNDEy/view?pli=1> Acesso em 30 de junho de 2015

NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE COOPERAÇÃO E CONFLITOS INTERNACIONAIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)** Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDMjk2YTg2ZDAtMGZkZi00MGZhLWFmOWYtMTM2MDU2YmNjMTNi/view?pli=1> Acesso em 30 de junho de 2015

NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE COOPERAÇÃO E CONFLITOS INTERNACIONAIS. **Convenção contra a tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanas ou degradantes (1984)**. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/0BwbnJ2EXfmcDNTA1ODhjNTctOWUxNy00MGRhLTlhNWQtOTQ1MzVlZDk4YjEx/view?pli=1> Acesso em 30 de junho de 2015