

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

Josias Tavares Neves

**Provas Ilícitas: Análise da limitação probatória como garantia
constitucional em face à busca pelo punitivismo estatal**

MANAUS – AM

2017

JOSIAS TAVARES NEVES

**PROVAS ILÍCITAS: ANÁLISE DA LIMITAÇÃO PROBATÓRIA COMO
GARANTIA CONSTITUCIONAL EM FACE À BUSCA PELO
PUNITIVISMO ESTATAL**

Monografia apresentada como trabalho de conclusão de curso ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Cássio André Borges dos Santos

MANAUS – AM

2017

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

J83p

Neves, Josias Tavares

Provas Ilícitas: Análise da limitação probatória como garantia constitucional em face à busca pelo punitivismo estatal / Josias Tavares Neves. Manaus : [s.n], 2017.
50 f. : ; 30 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017.
Inclui bibliografia
Orientador: Cássio André Borges dos Santos

1. Direito Processual Penal. 2. Inadmissibilidade das provas ilícitas. 3. Teorias da ilicitude da prova. 4. Punitivismo Estatal. I. Cássio André Borges dos Santos (Orient.). II. Universidade do Estado do Amazonas. III. Provas Ilícitas: Análise da limitação probatória como garantia constitucional em face à busca pelo punitivismo estatal

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

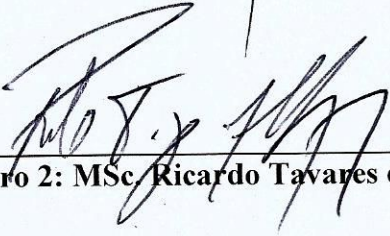
JOSIAS TAVARES NEVES

**PROVAS ILÍCITAS: ANÁLISE DA LIMITAÇÃO PROBATÓRIA COMO
GARANTIA CONSTITUCIONAL EM FACE À BUSCA PELO PUNITIVISMO
ESTATAL**

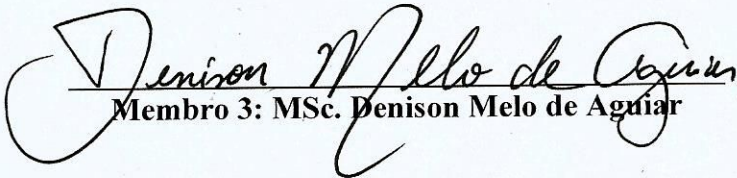
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:



Orientador (a): MSc. Cassio André Borges dos Santos



Membro 2: MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque



Membro 3: MSc. Denison Melo de Aguiar

Manaus, 18 de Dezembro de 2017.

RESUMO

Verifica-se a função da prova em demonstrar fatos relevantes ao processo para a formação do convencimento do magistrado, no entanto a atividade probatória possui vedação quando sua produção advier de forma ilegal. O trabalho se inicia com um breve retrospecto histórico dos conceitos, origens e características das provas dentro do processo, e depois passando para análise da função probatória nos sistemas processuais inquisitivo, acusatório e misto, bem como, os princípios reguladores. Em seguida, o texto demonstra a relação da busca pela verdade real no processo penal e inadmissibilidade das provas ilícitas, abordando as teorias da derivação, de onde deriva a teoria dos frutos da árvore envenenada; teoria da proporcionalidade, e utilização de provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*. Por fim, mostra-se a demanda social pelo punitivismo do estado, relativizando a inadmissibilidade das provas, assim como também observando seus efeitos sob a ótica constitucional.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Inadmissibilidade das provas ilícitas. Teorias da ilicitude da prova. Punitivismo Estatal

ABSTRACT

The function of the evidence is verified in demonstrating facts relevant to the process for the formation of the conviction of the magistrate, nevertheless the probative activity has a seal when its production advier of illegal form. The work begins with a brief historical review of the concepts, origins and characteristics of the evidence within the process, and then proceeding to analyze the evidential function in the inquisitive, accusatory and mixed procedural systems, as well as the regulatory principles. Next, the text demonstrates the relation of the search for the real truth in the criminal process and inadmissibility of the illicit evidence, approaching the derivation theories, from where derives the theory of the fruits of the poisoned tree; theory of proportionality, and use of unlawful evidence *pro reo* and *pro societate*. Finally, the social demand for the state's punitivism is shown, relativizing the inadmissibility of the evidence, as well as observing its effects from the constitutional point of view.

Keywords: Criminal Procedural Law. Inadmissibility of unlawful evidence. Theories of unlawfulness of proof. State Punitivism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. SISTEMA DE PROVAS	8
1.1. Origem, Conceito e Características das Provas	8
1.2. Apreciação das Provas nos Sistemas Processuais	10
1.3. Princípios Norteadores do Processo Penal	13
2. LIMITAÇÕES AO CONCEÚDO PROBATÓRIO	23
2.1. Verdade Real e a Inadmissibilidade de Provas Ilícitas	23
2.2. Principais Teorias das Provas Ilícitas	36
2.3. Provas Ilícitas no ordenamento jurídico pátrio	33
3. MUDANÇA NO REGRAMENTO SOBRE A PREMISA PUNITIVISTA	35
3.1. A cultura punitivista inserida na sociedade brasileira	35
3.2. As 10 Medidas contra a corrupção e a mudança no sistema de nulidades	36
3.3. Análise das propostas e o risco em relativizar garantias constitucionais	42
CONCLUSÕES	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

Em análise à importância do instituto de provas inserida no processo penal, destacando sua relevância para o ordenamento jurídico pátrio como tarefa reconstrutiva, isto é, elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato. A prova é tida como uma fonte de informação em um contexto probatório que auxiliará o magistrado a formar sua convicção.

A atividade probatória possui limitação quando esta for maculada pela ilegalidade, dessa forma, a Constituição Federal trouxe em seu dispositivo que não serão admissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, a vedação constitucional, entretanto, não constitui natureza absoluta, o que possibilita sua relativização. Dessa forma, o presente trabalho apresenta um estudo a análise da limitação probatória como garantia constitucional em face à busca pelo punitivíssimo Estatal.

O primeiro capítulo versa sobre o sistema de provas, abordando preliminarmente, a origem da atividade probatória dentro do processo, a conceituação e características para a formação do convencimento do magistrado. Em seguida apresenta-se um breve histórico acerca do instituto de provas e sua utilização ao longo do processo penal em análise aos sistemas processuais inquisitório, acusatório e misto, destacando sua gestão pelos sujeitos do processo, como também seus efeitos para o mesmo. Após a análise parte para a busca dos princípios que orientam e regulam o processo penal e a atividade probatória.

O segundo capítulo desenvolve a limitação do conteúdo probatório dentro do processo penal brasileiro, ponderando o conflito da busca da verdade real, como dogma, em face às garantias constitucionais que limitam esse regramento, tal como a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Posteriormente, verifica-se as principais teorias acerca da inadmissibilidade da prova ilícita, especificamente a Teoria da Derivação e Teoria da Proporcionalidade, bem como demais teorias correlatas. Logo, examina a aplicação da vedação das provas ilícitas incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, sob vista da constituição federal, como também da legislação processual penal.

O terceiro capítulo discorre acerca da flexibilização do regramento de inadmissibilidade das provas ilícitas, dissertando, primeiramente, a respeito da cultura punitivista inserida na sociedade brasileira, a qual incentiva a adoção de políticas criminais que aspiram ampliar o *jus puniendi* estatal em contraposição de garantias constitucionais. Em seguida, destaca-

se a defesa pela utilização de provas ilícitas, em especial análise ao Projeto de Lei chamado de: “10 medidas de combate à corrupção”, visando a alteração da legislação penal e processual penal.

Atenção especial é colocado acerca da possibilidade de utilização das provas ilícitas quando sua obtenção se deu de boa-fé, bem como as críticas decorrentes sobre a possibilidade de relativização de garantias constitucionais.

1. SISTEMA DE PROVAS

1.1 Aspectos Históricos, Conceito e Características

1.1.1 Origem e Conceito de Prova

Desde os tempos remotos, a humanidade sempre esteve envolta em conflitos, tempos em que inexistia a figura do Estado, bem como uma ordem jurídica capaz de harmonizar as relações sociais. Nessa fase pré-jurídica a “justiça” era aplicada por aqueles que detinham maior força no conflito.

Dessa feita, ensina Cintra, Grinover e Dinamarco:

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis. Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão (2011, p.27).

Conforme as sociedades evoluíam, a noção de justiça também evoluiu, não era mais viável tal modelo, a atribuição de decidir e aplicar a justiça foi transferida para um terceiro, imbuído de autoridade pública, em acordo com as normas que foram estabelecidas para reger tal sociedade.

Theodoro Junior afirma que as normas jurídicas processuais nasceram com submissão desses conflitos particulares ao julgamento da autoridade pública, tornando-se essencial para a regulamentação da administração da Justiça.

Desde o momento em que, em antigas eras, se chegou à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que seus conflitos deveriam ser submetidos a julgamento de autoridade pública, fez-se presente a necessidade de regulamentar a atividade da administração da Justiça. E, desde então, surgiram as normas jurídicas processuais (2016, p. 46).

Sujeitando o conflito ao julgamento de um terceiro, para o convencimento desse, tornava-se imprescindível que as partes envolvidas demonstrassem que possuíam a razão daquele conflito, fundamentando sua pretensão com os meios disponíveis. Sobre pretensão, ensina Cintra, Grinover e Dinamarco que:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta (*ex afcto oritur jus*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional (2011, p.377).

Assim, o autor da demanda, com o intuito de fundamentar os fatos em que se baseiam sua pretensão, deverá se utilizar de mecanismos para fazer o convencimento do julgador. Isto posto, prova vem ser os instrumentos destinados ao convencimento do juiz, por intermédio de atos e meios usados pelas partes, tendo por finalidade o reconhecimento da pretensão pelo julgador, terminando este a demanda mediante a prestação jurisdicional.

Em amplo aspecto, provar significa estabelecer a existência da verdade, persuadir alguém a existência de alguma coisa, é tudo aquilo cuja finalidade é estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração. Dessa forma, demonstra Brasileiro:

A palavra prova tem origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro (2015, pg. 571).

1.1.2 Características das Provas

Conforme exposto anteriormente, “provar significa estabelecer a existência da verdade, tendo por finalidade a formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa.” (Capez, 2016, p. 425).

Renato Brasileiro ao falar sobre a finalidade da prova, afirma que:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. (2015, p. 576)

No âmbito penal, a atividade probatória auxilia o processo dessa reconstrução de um fato, com intuito de demonstrar a existência de um ilícito penal, bem como sua autoria. Assim, a função precípua das provas é a persuasiva, responsável pela formação do convencimento do magistrado.

Nesse momento, cabe ressaltar a distinção feita entre elementos informativos e as provas. Elementos informativos são aqueles utilizados na fase de inquérito policial, tendo natureza inquisitiva e como destinatário o autor da ação penal, geralmente o Ministério Público. Já prova, necessita ser produzida em meio ao contraditório, inserida no curso de um processo com verificação de um magistrado.

A legislação brasileira veda expressamente somente a utilização dos elementos

informativos para a formação do convencimento do juiz, conforme regulamenta o Código de Processo Penal, no artigo 150:

Art. 150 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, **não podendo fundamenta sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação**, ressalvadas as provas cautelares, não receptíveis e antecipadas (grifo nosso).

Uma vez verificada a finalidade da prova, cumpre ressaltar seus destinatários. Destinatários são aqueles que devem formar seu convencimento no processo através da produção probatória trazida pelas partes. Desse modo, tem-se como destinatário o magistrado

Nestor Távora (2015, p.62) ensina ainda que: “as partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão.”

A prova tem por objeto a demonstração dos fatos de interesse da causa que devam ser apreciados e julgados perante o magistrado, pelo seu Juízo de convicção. Por objeto da Prova destacado por Cintra, Grinover e Dinamarco:

A prova diz respeito aos fatos. Mas não todos os fatos: não devem ser admitidos fatos notórios (conhecidos de todos), dos impertinentes (estranhos à causa), dos irrelevantes (que, embora pertençam à causa, não influenciam na decisão), dos incontrovertidos (confessados ou admitidos por ambas as partes, dos que sejam cobertos por presunção legal de existência ou de veracidade, ou dos impossíveis (embora se admita os fatos improváveis) (2011, p.379).

1.2 – Apreciação das Provas nos Sistemas Processuais

A perspectiva das provas ao longo da história passou por diferentes fases, amoldando-se às convicções, aos costumes e ao regime adotado por cada sociedade, em diferentes sistemas processuais, dentre os quais destacam-se: inquisitório, acusatório e o misto.

1.2.1 – Provas no Sistema Inquisitório

Com o fim do Império Romano e a gradativa concentração do poder em torno da Igreja Católica, surgiu um sistema de persecução penal que tinha por finalidade inicial de investigação e punição dos hereges, tratava-se do Sistema Processual Inquisitório.

Fundado sob a ótica do princípio inquisitivo, pelo qual o magistrado tem plena liberdade para investigar todos os fatos que entenda relacionados à causa, ficou caracterizado

pela presença do Juiz acusador, ficando encarregado da administração das provas de forma exclusiva no processo.

Aury Lopes Jr. (p. 291, 2016) afirma que: “No sistema inquisitório, como a gestão da prova está igualmente nas mãos do Juiz, opera-se uma perigosíssima mescla entre a aquisição da prova e sua admissão, pois ambos os atos são feitos pela mesma pessoa”.

Em consequência da concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura do magistrado, permitia-se que a decisão fosse baseada somente conforme sua íntima convicção, comprometendo a imparcialidade do juiz e eliminando qualquer garantia ao acusado, o qual figurava apenas como mero objeto de análise do processo penal. Ao dissertar sobre o tema, Brasileiro explana que:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento (2015, p. 38).

Sem qualquer garantia do processo, tornava-se comum o a utilização de diversos métodos lesivos, por vezes cruéis, para alcançar a confissão do acusado, vista como a “rainha das provas”. Sobre as características, Capez (2016, p. 123) afirma: “O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova mãe: a confissão.” Foucault também ensina sobre a importância da confissão para o sistema inquisitivo (2003, p. 57):

No interior do crime reconstituído por escrito, o criminoso que confessa vem desempenhar o papel de verdade viva. A confissão, ato do sujeito criminoso, responsável e que fala, é a peça complementar de uma informação escrita e secreta. Daí a importância dada à confissão por todo esse processo de tipo inquisitorial.

Embora sistema inquisitório represente-se um processo penal de inexistência de garantias ao acusado, todavia, suas características permanecem presentes em muitos ordenamentos jurídicos modernos, tal como ocorre no Brasil, o qual será analisado posteriormente.

1.2.2 Provas no Sistema Acusatório

Diferente como ocorre no sistema inquisitório, o sistema acusatório é fundado no princípio do dispositivo, pelo qual é vedado ao magistrado determinar a produção de provas *ex officio*, devendo tal função ser delegadas as partes, sendo responsáveis pela gestão dessas,

encaminhando-as ao magistrado, cabendo a este somente apreciação e julgamento do processo.

Sobre as características desse sistema, Brasileiro (2015, p.40) dispõe:

Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que o autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar e defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Destaca-se que a principal característica desse sistema é a gestão das provas feitas pelas partes, estando o juiz somente em posição de análise destas para a formação do seu convencimento. Para Aury Lopes Jr. (2016, p. 40)

É a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

Desse modo, nota-se o sistema acusatório, ao definir e delimitar as funções de acusar, defender e julgar entre sujeitos distintos, destinando a gestão das provas somente às partes, fortalece a imparcialidade do julgador, tornando viável a persecução penal observando as garantias do acusado.

1.2.3 Provas no Sistema Misto

O sistema processual misto tem origem após a revolução francesa, sendo definido no Código Napoleônico de 1808. Ele possui características dos sistemas supramencionados, podendo ser dividido em duas fases: fase pré-processual, caracterizado pela instrução preliminar, secreta, escrita e inquisitória; e a fase processual de caráter acusatório, com o exercício da ampla defesa e todos os direitos dela decorrentes.

Normalmente a doutrina classifica os sistemas processuais penais da atualidade como sendo mistos, pois inexistem sistemas puramente inquisitórios ou acusatórios, uma vez que a maioria dos ordenamentos jurídicos possuem características em ambos sistemas. Entretanto, Lopes Jr. (2016, p. 37) critica a adoção de sistema misto, informando que ocorre redundância: “afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros, todos são mistos.”

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I, tornou a ação penal pública uma função privativa do Ministério Público, mostrando, desse modo, sua adoção pelo

sistema processual acusatório. Apesar disso, deve-se destacar que a legislação brasileira permite ao magistrado tomar decisões de ofício, como também, iniciativa probatória.

A presença de hipóteses no Código de Processo Penal, em que se permite ao Juiz participar da produção probatória reforça essa ideia. Nestor Távora afirmar (2015, p. 37) que:

É de ressaltar, contudo, que não adoramos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder habeas corpus de ofício e decretar a prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares.

Contudo, esse não é o entendimento de toda a doutrina, Lopes Jr (2016, p. 292) vai além e classifica o sistema brasileiro como *neoinquisitório*, pois, segundo o mesmo:

É uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio do inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc.

1.3 Princípios Norteadores do Processo Penal

Uma vez analisado os sistemas processuais, como também o papel da prova nestes, é imperioso verificar-se os princípios aplicados ao processo penal para compreender melhor sua atividade.

Princípio, derivado do latim *principiu*, significa o início, fundamento ou essência de algum fenômeno. Os Princípios jurídicos podem ser definidos como premissas normativas que adequam e direcionam a percepção do ordenamento jurídico.

Conforme ensina Luis Gustavo (2014, p.38) “Princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são valores básicos da sociedade que podem, ou não, se constituir em normas jurídicas”.

Assim, os princípios desempenham as funções de fonte inspiradora ao legislador para a produção de leis; função normativa como fonte supletiva, em lacunas ou omissões da lei; bem como auxiliam o julgador em um processo como forma de interpretação de determinada norma jurídica.

Parte do atual arcabouço principiológico brasileiro possui fundamento na

Constituição Federal de 1988, os quais são irradiados para os demais ramos do direito. Dentro do processo penal, os princípios constitucionais têm natureza garantista e são utilizados, dentre outros motivos, como forma de limitar o poder punitivo do estado. Vicente Greco Filho (2011, p. 94) explica que a solução constitucional para o processo penal se dá por dois motivos:

O primeiro, em virtude da origem histórica das garantias individuais, basicamente instituídas como proteção contra o arbítrio penal; o segundo em virtude de estar diretamente envolvida no processo penal a liberdade pessoal, em que o confronto Estado-particular é imediato e concreto, aí parecendo decididamente a necessidade de garantias.

Consequentemente, torna-se essencial a análise dos princípios legais e constitucionais que influenciam e delimitam o processo penal, uma vez que são capazes de demonstrar (como funciona o processo penal dentro do nosso ordenamento), fundamental para a compreensão da função das provas para o mesmo

1.3.1 Princípios Gerais do Processo Penal

Princípio da Legalidade constitui premissa basilar do estado democrático de direito, sua origem remonta a Declaração dos Direitos no Homem de 1789, “ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinado pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita”.

O princípio encontra previsão no artigo 5º, inciso II da Carta Magna Brasileira, a qual dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei.”

Além de direcionar a concepção de direitos e deveres para o Estado e seus indivíduos, sua importância está associada a imposição desse limite constitucional ao poder daquele, para que este não venha punir de modo arbitrário seus cidadãos, agindo sempre em conformidade com suas leis.

Princípio da Igualdade, também chamado de princípio da igualdade processual, expressa que o Estado deverá garantir um tratamento justo e equitativo para os cidadãos, devendo ser observado também dentro do processo penal, daí decorre a “paridade de armas”, como forma de buscar a igualdade entre as partes.

É derivado do disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988, pelo qual todos são iguais perante a lei. Dele advém o tratamento isonômico no processo, o qual denota que as partes serão tratadas de forma igualitária, devendo possuir as mesmas

oportunidades, bem como meios de equiparação em caso de disparidade.

Sem aplicação do princípio, restaria evidente a gigantesca disparidade entre as partes no processo, o qual seria desprovido de meios que pudessem reduzir as diferenças e aumentar a igualdade entre ambas as partes. Enfatizar-se, entretanto, que essa igualdade não é absoluta, assim como afirma Grandinetti (2014, p. 74)

Essa igualdade não é, porém, absoluta. As peculiaridades das partes e a natureza de sua constituição podem autorizar outras desequiparações. Importante, contudo, é estabelecer uma situação de igualdade que possibilite às partes a consecução de seus objetivos.

Não obstante, mesmo tendo previsão constitucional, bem como meios que proporcionem e facilitem o tratamento isonômico, é inegável que a plena igualdade é algo intangível no processo penal, observando ainda a proeminência do Ministério Público, titular da ação penal pública, como órgão possuidor do aparato estatal de investigação em oposição ao particular. Dessa forma surge o princípio do Favor Rei, ou favor réu, onde criam-se mecanismos que privilegiam o acusado no processo penal.

Tal princípio que serve como contrapeso do direito de punir do Estado em face ao *status libertatis* do acusado, dele tem origem a expressão *in dubio pro reo*, onde a dúvida deverá militar em favor do réu, possuindo fundamento legal no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, que dispõe “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VII - não existir prova suficiente para a condenação”.

Brasileiro (2015, p. 639) afirma que o princípio constitui privilégio processual em favor do acusado, em razão da posição de desigualdade do mesmo, reconhecendo ainda que: “são plenamente constitucionais à luz do princípio da isonomia porque objetivam conferir tratamento desigual aos desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade”.

Princípio do Estado de Inocência, ou princípio da presunção de não culpabilidade, não existindo diferença entre ambos termos, conforme o posicionamento majoritário da doutrina, determina que o acusado tenha o direito de não ser declarado culpado enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado.

Sua previsão constitucional encontra-se elencada no inciso LVII do art. 5º, pelo qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Do princípio da presunção de inocência, originam-se duas premissas

fundamentais ao processo penal, a regra probatória e a regra de tratamento, sendo definidas por Távora (2015, p. 51) como:

A regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência - e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Dessa maneira, pela regra probatória, o ônus probatório recai exclusivamente à parte acusadora, sendo responsável de demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso imputado, vinculando assim com a premissa retromencionada *in dubio pro reo*.

De igual modo, pela regra de tratamento, o poder público encontra-se proibido de tratar o acusado como condenado antes de sentença condenatória definitiva transitada em julgado.

Muito embora o princípio tenha sua aplicabilidade expandida pelo tratamento constitucional, o mesmo comporta exceções, é o caso das prisões cautelares ou prisões processuais, em que o Estado-juiz decreta a prisão do acusado como medida cautelar ao andamento processual. Brasileiro (2015, p. 46) firma entendimento de que é possível sopesar ambos fundamentos sem necessária ofensa à Constituição, expondo o seguinte:

O inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostra necessária à luz do caso concreto.

Destaca-se que, fora das hipóteses dispostas pela Constituição, não é possível existir outra modalidade de prisão cautelar, o que violaria a presunção de inocência do acusado, sendo ainda considerada inconstitucional. Nesse entendimento, confirma Grandinetti:

Assim, só pode existir prisão, além das hipóteses de flagrante expressamente admitidas pela Constituição, naqueles casos em que o juiz, para decretá-la, tenha de buscar fundamento no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, residentes no art. 312 do Código: a prisão preventiva e a prisão temporária. Afora esses casos, a constituição não admite prisão (2014, p. 190).

Outro princípio que também possui origem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo posteriormente transposto para a Constituição Federal na forma do art. 5º, inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é o Princípio do Devido Processo Legal.

O devido processo legal traduz-se como forma assecuratória aos direitos das partes, bem como de todo o processo, servindo como instrumento apropriado para a prestação jurisdicional, pela qual derivam as demais garantias dispostas no processo penal, obstando a arbitrariedade Estatal. Segundo a definição disposta por Távora (2015, p. 66)

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isso, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais. Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa.

Outro ponto a ser observado no devido processo legal, é a tipicidade probatória, em que pese somente seriam permitidas as provas previstas em lei. Ainda assim, no ordenamento jurídico brasileiro, a limitação não é absolutória, existindo a possibilidade de admissão de tais provas. Sobre o tema Grandinetti (2014, p. 172) informa que:

“À luz do direito brasileiro, a tipicidade ou taxatividade probatória não é tão ampla ao ponto de limitar, sempre, a utilização de meio de prova não previsto em lei, desde que não se violem os direitos e garantias fundamentais. Esse é o limite que precisa ser sublinhado. E, à falta de um procedimento específico para a captação de determinado meio de prova, deve-se utilizar a analogia com o procedimento previsto no ordenamento jurídico, para outro meio.”

Vale lembrar que, provas não previstas em lei não se referem necessariamente às provas obtidas por meios ilícitos, quais sejam aquelas vedadas pela constituição e legislação infraconstitucional.

Conforme dispõe o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Assim, da referida norma constitucional, retiram-se os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Embora ambos princípios estejam intrinsecamente relacionados, os mesmos não se confundem, os quais possuem diferentes definições. Enquanto a ampla defesa está ligada especificamente à posição de defesa do acusado; o contraditório refere-se às partes do processo, em que ambas poderão se contrapor aos atos da parte contrária.

O Princípio do contraditório provém da bilateralidade do processo, Capez (2016, p. 100) afirma que “decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* e exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do juiz”. Lopes Jr. (2016, p.80) comunica que:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre o juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre as partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

O contraditório pode ser definido como garantia constitucional ao processo, em que ambas as partes possuam capacidade de influir na formação do convencimento do magistrado, este, colocando-se em uma posição equidistante das partes para proceder o julgamento, pondo fim ao conflito.

Dessa forma, em conformidade com o entendimento de Crintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 61): “O juiz, por força do seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de influir sobre o convencimento do juiz”.

Outra importante premissa vinda do princípio do contraditório, é o encargo de informação destinada às partes, em tomar conhecimento de todas as alegações vindas da parte contrária, proporcionando a oportunidade de contradizer os argumentos, contraditar as provas produzidas, essencial para a existência da estrutura dialética no processo. Nessa concepção desenvolve Grandinetti (2014, p. 175):

No processo, que é a relação jurídica composta do conjunto dos atos processuais praticados pelos sujeitos processuais a fim de preparar e obter a tutela jurisdicional, ação e defesa se desenvolvem sob determinado lapso temporal denominado prazo, que é a medida de tempo concedida ao autor e ao réu para produzirem suas alegações e suas demonstrações, de forma a materializar o princípio do contraditório.

Observando o exposto, fundamenta-se que o contraditório é um princípio inteiramente agregado ao sistema processual acusatório, essencial para a instrução processual, mesmo que ausente durante a fase de inquérito policial.

De outro lado, intimamente ligado ao contraditório existe o princípio da ampla defesa, uma vez que não existe ampla defesa sem o contraditório, e vice e versa. A ampla defesa evidencia-se na obrigatoriedade do Estado em proporcionar ao acusado a mais completa defesa, (art. 5º, LV), assim como também, de prestar assistência jurídica integral e gratuita àqueles que dela necessitem (art. 5º, LXXIV): “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Pela Doutrina, o princípio da ampla defesa é comumente dividido em: defesa técnica e autodefesa. Defesa técnica trata-se daquela exercida por um advogado, dotado com capacidade postulatória, sendo direito irrenunciável e obrigatório dentro do processo penal, sob

risco de nulidade, sobre o tema Brasileiro (2015, p. 52) dispõe:

Não se admite, assim, processo penal sem que a defesa técnica seja exercida por profissional da advocacia. Caso o processo tenha curso sem a nomeação de defensor, seja porque o acusado não constituiu advogado, seja porque o juiz não lhe nomeou advogado dativo ou defensor público, o processo estará eivado de nulidade absoluta, por afronta à garantia da ampla defesa.

Nesse entendimento, o Código de Processo Penal, no art. 564, III, alínea “c”, dispõe que ocorrerá nulidade quando não houver nomeação de defensor ao réu presente, de igual modo, segue o entendimento exarado no enunciado de nº 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Ao lado da defesa técnica, existem outros mecanismos que possibilitam ao acusado resistir pessoalmente à pretensão estatal, trata-se do desdobramento do princípio da ampla defesa, chamado de Autodefesa.

Diferentemente da defesa técnica, a autodefesa não possui caráter obrigatório ao processo, podendo o acusado se manter-se inerte sem que isso lhe cause prejuízo no convencimento do magistrado. Não podendo, entretanto, ser desprezada por este.

Para Lopes Jr. (2016, p. 83), a autodefesa pode ser dividida em negativa e positiva, dispondo que a autodefesa negativa: “reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoal, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável.” Enquanto que a positiva: “deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submeter-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc.

Dentre os desdobramentos da autodefesa, encontra-se o direito de audiência e o direito de presença. O direito de audiência é manifestado no momento do interrogatório do réu pelo magistrado, momento no processo que o mesmo apresentará sua defesa pessoalmente para apreciação do Estado-juiz, sendo facultado responder a quaisquer indagações feitas pelo magistrado, conforme exarado pelo art. 5º, LXII, o qual dispõe o direito de silêncio.

O direito de presença assegura ao acusado estar presente durante todos os atos da instrução processual, auxiliando seu defensor na realização da defesa, observando que durante a instrução poderão ser trazidos falsas alegações que somente o acusado poderia detectar. Brasileiro (2015, p. 59) destaca que, o direito a presença não possui caráter absoluto,

devendo ser sopesados com outros direitos fundamentais conflitantes, informando que:

Dentre os direitos fundamentais que podem colidir com o direito de presença, legitimando sua restrição, encontram-se os direitos das testemunhas e das vítimas à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declara, os quais se revestem de inequívoco interesse público, e cuja proteção é indiscutível dever do estado. Portanto, na hipótese de efetiva prática de atos intimidatórios, subtende-se que houve uma renúncia tácita ao direito de presença pelo acusado, pela adoção de comportamento incompatível com o exercício regular do direito.

Conforme já observado, no processo penal, o Estado tem a obrigação de investigar os fatos que se passaram na realidade, bem como encontrar punição adequada aos infratores. Desse modo, encontra-se semelhante a definição trazida por Capez (2016, p. 112): “No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.”

Pela verdade real, o juiz disporá de prerrogativas de investigação para melhor apreciação dos fatos, não dependendo somente das partes. Desse entendimento, tem-se o exposto no art. 156, II, do Código de Processo Penal, o qual informa que:

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

II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Pelo princípio existe a busca pela verdade dos fatos, chamada também de verdade material ou verdade substancial, de modo a permitir a realização de julgamento mais justo, pelos nos fatos mais próximos da verdade, observando que a reconstrução exata dos fatos no processo é algo puramente ilusório. Nesse diapasão, dispõe Távora (2015, p. 57-58) que:

É de se observar que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar intangível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro o fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido.

Mesmo que a finalidade do princípio seja a busca da verdade, a qual possibilitaria um julgamento justo, o tema é causador de muita controvérsia, uma vez que a possibilidade de um juiz investigador, dentro do nosso ordenamento jurídico, remonta aspectos presentes no sistema processual inquisitório, em que inexistiam limites a atividade do juiz, permitindo abusos durante a persecução criminal.

Embora essa controvérsia volte a ser abordada no presente trabalho, com maior profundidade, é evidente que a verdade real deve ser interpretada sob o viés constitucional, de modo a evitar que exageros advindos do estado, tornando-o meramente uma máquina punitiva,

desrespeitando demais princípios e garantias constitucionais.

1.3.2 Princípios específicos da prova no processo penal

Observados os princípios constitucionais gerais, os quais possuem papéis delimitadores para o processo penal, volta-se a atenção para as provas dentro da persecução criminal, bem como os princípios específicos que devam ser observados na produção probatória.

O Princípio da Autorresponsabilidade traduz se no meio pelo qual as partes assumem as consequências de sua atividade ou inércia probatória no decorrer do processo, de apresentar ao juízo os elementos que comprovem as alegações desenvolvidas. O fracasso ou sucesso da demanda estão associados ao modo como as partes gerenciam suas provas.

Brasileiro (2015, p. 633) cita como exemplo quando: “na hipótese de processo penal por crime de ação penal pública, caso o Ministério Público não comprove a prática do fato delituoso, a consequência será a absolvição do acusado”.

O Princípio da Audiência Contraditória, estabelece o regramento em que toda a prova é passível de uma contraprova, não sendo permitida a elaboração de uma delas sem o conhecimento da outra parte. Trata-se de um desdobramento do artigo 5º, inciso LV da Carta Magna Brasileira, assegurando as partes, em específicos aos acusados, o contraditório.

Segundo o Princípio da Comunhão da Prova, a prova apresentada em juízo não pertence à parte que a produziu e sim ao processo como um todo, sendo destinadas à formação da convicção do magistrado e podendo ser utilizada pela outra parte.

Ressalta-se que a comunhão da prova só tornar-se relevante após sua produção, podendo a parte desistir enquanto não houver produzido. É o entendimento que extraído do artigo 401, §2º do Código de Processo Penal, em que: “a parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o dispositivo no art. 209”.

O Princípio da Oralidade, dispõe que dentro do processo penal deverá haver predominância da palavra falada. Busca-se simplificar o procedimento, bem como encurtar o lapso temporal do julgamento, sendo inserida como regra nos procedimentos comuns após a reforma processual de 2008, promovidas pelas Leis nº11.719/08 e nº11.689/08.

Do princípio da oralidade decorrem outros dois princípios; o princípio

imediatismo do juiz, pelo qual o magistrado deverá desempenhar a colheita das provas em contato imediato com as partes; e o princípio da concentração, do qual busca-se unificar a produção probatória no momento de audiência única, ou no menor número delas, encontrando amparo legal no artigo 401, §1º do CPP “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.

Pelo Princípio do Livre Convencimento Motivado, tem se em vista que as provas não são valoradas previamente pela legislação, o julgador possui liberdade para sua apreciação; contudo, devendo sempre limitar-se aos fatos e circunstâncias presentes nos autos, bem como motivar sua decisão.

O artigo 155, primeira parte do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Também se verifica a inserção do princípio observando o item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, a qual apresenta definição ao livre convencimento do magistrado, informando que:

O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, admitir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. **O Juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo.** Não estará ele dispensado de motivar sua sentença. E precisamente nisso reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social (grifo nosso).

Destarte, em análise de tal princípio, seria instintivo pensar que o magistrado permitiria a produção dos mais variados meios de prova, a fim de formar seu convencimento. Entretanto, essa prerrogativa esbarra em inúmeros valores e princípios constitucionais, que limitam a produção probatória a contornos lícitos e moralmente legítimos.

2. LIMITAÇÕES AO CONTEÚDO PROBATÓRIO

2.1 –A Verdade Real e Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

2.1.1 – Crítica ao dogma da verdade real

A verdade real trata-se do poder-dever do Estado na persecução criminal, pelo qual deverá sempre ser destacado a busca da autentica realidade da ocorrência, não se satisfazendo apenas com os fatos trazidos pelas partes, devendo ir além, tendo como propósito a demonstração da existência de um crime, do mesmo modo que sua autoria.

Dessa forma, em razão da busca pela verdade real, o juiz possui prerrogativas, provenientes do princípio do inquisitivo, possuindo por finalidade esclarecer os fatos abordados, para melhor eficácia do *ius puniendi* estatal. Essa sempre foi a visão do processo criminal, a perseguição da verdade.

O código de processo penal brasileiro, dispõe nos artigos 156, 196 e 209, §1º, algumas dessas prerrogativas que o magistrado goza durante a investigação criminal:

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

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Pelo exposto, o magistrado fruirá de certa liberdade durante a persecução criminal, podendo determinar medidas que achar necessárias de ofício, não ficando restrito somente ao interesse do Ministério Público, autor da ação em crimes de ação penal pública, e ao interesse das demais partes do processo.

Assim, em razão dessas prerrogativas, verifica-se que a verdade real possui particular afinidade com o sistema processual inquisitório, momento em que teve ampla notoriedade, uma vez que o poder de investigação do juiz encontrava-se “ilimitado”, podendo

dispor dos meios que achar pertinentes para a solução do conflito. Acerca da relação da verdade real no processo penal com o sistema inquisitório, Lopes Jr. (2016, p. 312) informa que:

Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados.

Por conseguinte, a principal crítica ao princípio da verdade real tem por base a análise desta como dogma a ser priorizado, uma vez que, ela acaba por possibilitando o Estado assumir postura totalmente afastada da premissa garantista, possibilitando exageros na e agindo de forma arbitrária. Nesse entendimento, Brasileiro (2015, p. 67) informa que:

A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tomou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade.

Lopes Jr. defende o abandono do dogma da verdade real, uma vez que a verdade não deve ser a missão do processo penal, informando que o processo se encerra com a sentença demonstrando o convencimento do magistrado acerca dos fatos narrados, formada através do acervo probatório trazido pelas partes, o que poderá corresponder ao que aconteceu, dispondo ainda que:

A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a verdade é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe pareçam válidos (dentro das regras do jogo, é claro). O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal (2016, p.315).

De igual modo, em consonância com o entendimento supramencionado, Távora expressa:

Devemos buscar a verdade processual. identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que se reveste como a justa medida, seja por sentença condenatória ou absolutória (2015, p. 57).

Destaca-se que a busca da verdade no processo penal se dá por meio das provas trazidas perante o juízo, pelo qual tem por função de estabelecer a veracidade dos fatos. Contudo, o direito de prova não é ilimitado. Brasileiro afirma: “O direito à prova, como todo e

qualquer direito fundamental, não tem natureza absoluta. Está sujeito a limitações porque coexiste com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico” (2015, p. 606)

Dessa maneira, a busca não deve ser feita a qualquer preço, precisando respeitar o devido do processo penal, bem como os diversos princípios e garantias regulamentadores como forma de limitar o poder persecuidor do Estado a moldes mais aceitáveis, surge a limitação ao conteúdo probatório, é o que argumenta Távora (2015, p. 570):

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

2.1.2 – Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

Por provas ilícitas entende tratar-se daquelas que afrontem o ordenamento jurídico vigente, violando os requisitos legais para sua validade. Sob a ótica da Carta Magna Brasileira, o art. 5º, LVI, dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Verifica-se que o constituinte originário, deu importante disposição para a inadmissibilidade das provas ilícitas, possuindo característica de garantias constitucionais fundamentais, pelo qual não poderão ser violadas.

Entende-se que a vedação trazida pela constituição, advém do pensamento doutrinário que classifica em provas ilegais como gênero, em que as provas ilícitas e provas ilegítimas sejam espécies. A distinção entre ambas se encontra no fato de que prova ilegítima se trata daquela cuja sua produção fere normas de direito processual, enquanto a prova ilícita, entende-se a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material.

Em relação ao momento em que são produzidas tais provas ilegais, Torquato Avolio (2016, p. 50) afirma que:

A par da distinção no plano de natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.

Assim, a prova maculada pela ilicitude seria inaproveitável para servir de base de decisão judicial nos seus efeitos, não podendo ser considerada como prova. Uma vez

presente no processo, a prova obtida por meios ilícitos deverá ser desentranhada, visto sua inadmissibilidade perante a Constituição.

Após tais considerações, torna-se indispensável uma análise acerca das teorias que abordam da ilicitude das provas, uma vez que para posterior compreensão da função no processo penal brasileiro. Desse modo encontra-se o entendimento de Távora (p. 573):

“É de singular importância o enfrentamento das teorias que tratam do tema provas ilícitas, justificando ou não a sua utilização, e até mesmo estipulando os limites de contaminação de outras provas em face da produção de uma prova ilícita.”

2.2 – Principais Teorias das Provas Ilícitas

2.2.1 – Teoria da Derivação – Frutos da Árvore Envenenada

Pela Teoria da Derivação, deve-se considerar a prejudicialidade trazida ao processo pela produção de provas consideradas ilícitas, uma vez que a ilegalidade presente na prova poderá viciar o restante do processo, o que não condiz com o sistema de garantias que orientam o processo penal. Ao dissertar sobre a teoria, Capez (2015, p. 430) cita como exemplo:

“É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.”

A Teoria da derivação tem naturalidade do direito norte-americano, dentro do ordenamento jurídico a teoria é chamada de *Fruits of the poisonous tree*, ou seja, frutos da árvore envenenada. Dessa forma, por tal entendimento, o vício da árvore será transmitido aos seus frutos, os quais não poderão ser aproveitados.

Sua proveniência remonta a decisão emitida pela Suprema Corte norte-Americana no julgamento do caso da companhia madeireira Silverthorne contra o Governo dos Estados Unidos da América, 251 U.S.385 (1920). Alguns anos após essa decisão, outro julgamento fez alusão explícita à exclusão de provas derivadas das ilícitas, tratava-se do caso Nardone contra Estados Unidos da América, em 1939, no qual foi utilizada a nomenclatura de frutos da árvore envenenada. Brasileiro (2015, p. 612), ou dispor sobre tais as decisões, confirma que:

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com

base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso NARDON E v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Tal doutrina tem fundamento no princípio da regra de exclusão, ou então, *exclusionary rule*, o qual é extraído da 5ª Emenda Constitucional e do *due process of law* (devido processo legal), dispondo que não será admitida qualquer prova que fira os direitos constitucionais do réu.

As chamadas *exclusionary rules* surgem da ideia de que devem ser preservados os direitos e garantias individuais das pessoas nas diversas investigações praticadas pela polícia. Assim, qualquer ação praticada por agentes que viessem a burlar os direitos e garantias constitucionais do cidadão deveriam ser considerados nulos e, portanto, não poderiam integrar, como prova ou mesmo indício os autos do processo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não definiu expressamente a adoção, ou não, da teoria dos frutos da árvore envenenada. A doutrina, contudo, já se manifestava por sua utilização, tendo em vista suas características que estão conformidade com a Constituição Federal. Nesse sentido, Torquato Avolio (2016, p. 78) dispõe: que

A posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é a que professa a transmissão da ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência.

Pela jurisprudência brasileira, destaca-se a importante decisão trazida pelo STF prolatada no ano de 1996, pelo qual a Suprema Corte Brasileira abandonou o raciocínio firmado em julgamentos anteriores, dando prevalência ao entendimento que impede, dentro do processo, da utilização de provas derivadas de provas ilícitas. Segue abaixo a ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que **a ilicitude da interceptação telefônica** -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- **contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.** Habeas corpus concedido. (STF - HC: 73351 SP, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/05/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999 PP-

00009 EMENT VOL-01943-01 PP-00007) (grifo nosso).

Sobre a supracitada decisão, Brasileiro (2015, p. 613) comenta:

Nesse primeiro julgado favorável à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer ressalva quantos às regras de exclusão relativas à aplicação desse princípio. Posteriormente, todavia, firmou-se o entendimento de que provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente delas decorrentes.

A expressa implementação da teoria dos frutos da árvore envenenada na legislação brasileira só foi ocorrer no ano de 2008, com a Lei nº 11.690, a qual dispôs no art. 157, §1º, do CPP que: “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 fonte independente das primeiras”.

A partir da teoria da derivação, encontram-se outras teorias que servem como mecanismos atenuantes da regra de inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, dentre as principais, encontram-se: Teoria da Fonte Independente, Teoria da Descoberta Inevitável, Teoria da Exceção de Boa Fé.

Tem-se por fonte independente aquela que poderá ser obtida de uma prova apartada, não possuindo nenhum vínculo de sujeição com a prova originariamente viciada, pelo qual não será maculada pela ilicitude, sendo admitida, desse modo, como prova lícita no processo. Brasileiro afirma que:

Para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita (2015, p. 615).

Descoberta Inevitável enquadra-se quando, comprovado que a prova derivada da prova ilícita seria produzida de qualquer forma, não havendo de se falar em contaminação da prova derivada.

Nessa teoria a circunstância efetiva é verificada, chegando a conclusão da existência de outras hipóteses que levariam a descoberta da mesma prova, já encontrada por um meio ilícito, afastando a ligação com o caráter ilícito e conseqüentemente, sua inadmissibilidade como meio de prova. Acerca da sua aplicação Távora dispõe que:

Exige-se que a aplicação dessa teoria não se dê a partir de meras conjecturas, sendo preciso que existam elementos concretos que evidenciem que, em linha sucessiva à prova ilícita que ensejou o conhecimento do fato, havia investigação concreta paralela

que fatalmente chegaria à demonstração da mesma situação fática (2015, p.576).

Exceção de Boa-fé, ou *good Faith exception*, possui origem do direito norte-americano, pelo qual poderá ser admitida provas ilícitas que foram colhidas por agentes de polícia, desde que agissem sob influência da boa-fé objetiva, desconhecendo da existência de vícios que maculassem a prova. Brasileiro destaca o posicionamento doutrinário acerca do tema, informando que:

Entendeu-se nessa hipótese que "a exclusão da prova para se dissuadirem juízes seria inapropriada, pois: a) o 'princípio da exclusão' foi destinado a prevenir (desencorajar) a conduta policial irregular mais do que punir os erros dos juízes; b) não há provas sugerindo que magistrados sejam inclinados a ignorar ou subverter a 4ª Emenda Constitucional; c) não há qualquer base para acreditar que a exclusão de prova apreendida em conformidade com um mandado judicial terá um efeito dissuasivo significativo sobre magistrados (2015, p.619).

Vista sua importância para o direito norte-americano, a doutrina da exceção de boa-fé não tem aplicação na jurisprudência e no direito pátrio, considerando que a vedação constitucional às provas ilícitas tem por finalidade a proteção de direitos e garantias fundamentais, sendo irrelevante a verificar se o agente que produziu agiu de boa-fé.

A despeito das teorias que atenuam a vedação das provas ilícitas por derivação, existem correntes doutrinárias que buscam ponderar as garantias constitucionais presente na inadmissibilidade das provas ilícitas em face de outros valores contrastantes, é o que ocorre pela teoria da proporcionalidade.

2.2.2 – Teoria da Proporcionalidade

Tem por base o princípio da proporcionalidade, o qual preceitua que nenhum direito ou garantia goza de valor absoluto, podendo, assim, serem sopesados para a melhor solução do conflito. Desse modo, a teoria da proporcionalidade, ou razoabilidade, provém da noção do direito de ponderação, perfazendo uma balança entre os direitos e interesses divergentes.

Brasileiro (2015, p. 629) informa a relevância da razoabilidade ao dispor que o referido princípio “se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.”

Voltando-se a busca pela origem do conceito da proporcionalidade, Torquato

Avolio (2016, p. 62) afirma entendimento que a proporcionalidade se relaciona à noção de equilíbrio do direito, expondo que:

A ideia de proporção remonta aos arquétipos do pensamento jurídico ocidental, e sempre esteve ligada à compreensão da ideia de direito, praticamente se confundido com a própria noção de direito: o *aeuquum*, o *khanón*, a regula, o *equilibrium* da balança de Thémis.

Com o passar do tempo, a noção de proporcionalidade foi evoluindo e sendo modificada na medida fosse adotada por ordenamentos jurídicos distintos, apresentando diferentes interpretações onde se instalavam.

No direito norte americano, o princípio da proporcionalidade possuía a denominação de razoabilidade. Tinha seu papel como garantia limitadora ao poder do Estado em face às liberdades civis, possuindo origem do manifestando-se por meio do *due process law*. De igual modo como ocorre na teoria da derivação, as regras para a razoabilidade eram extraídas do teor da IV Emenda à Constituição Americana, o qual provê garantia pessoal contra busca e apreensões desarrazoadas.

Torquato Avolio (2016 p. 67), dispõe o entendimento exarado pela Suprema Corte Americana, desenvolvendo o princípio da razoabilidade, expondo que:

A Suprema Corte estabeleceu, por princípio, que as buscas e apreensões individualizadas, realizadas por ordem escrita da autoridade competente – o que a IV Emenda denomina *warrant clause* –, constituem padrão de razoabilidade. Este é a neutra e imparcial definição judicial da “justa causa” ou *probable cause* que tornara os atos de busca e apreensão de pessoas e coisas presumivelmente razoáveis.

Entretanto, foi na Alemanha pós Segunda Guerra Mundial que a proporcionalidade encontrou sua “residência e principal fonte doutrinaria” para sua concepção moderna. Desse entendimento ensina ainda Torquato Avolio:

A concepção atual de proporcionalidade é, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, correspondente a “uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe são sub-rogados”. Confunde-se, ademais, com a origem do Estado democrático de direito, nascido sob a égide de uma lei fundamental entendida como um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre estes e aqueles indivíduos a eles submetidos, a quem são reconhecidos direitos inalienáveis (2016, p. 71).

Dessa forma, em análise ao disposto pela doutrina alemã, ao considerar o princípio da proporcionalidade como derivado do próprio estado democrático de direito, garante-se o conjunto dos direitos fundamentais do cidadão por intermédio da disposição dos interesses da sociedade.

Parte da doutrina, contudo, demonstra incerteza quanto a aplicação do princípio num plano abstrato, em que o julgador possa definir qual direito deve ser utilizado e qual deve ser recachado no caso em concreto. Lopes Jr. afirma que:

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 de juristas que 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 (2016, p. 331).

Em razão de tal incerteza, alguns doutrinadores se posicionam sobre a necessidade de delimitação e critérios de aplicação. Segundo Torquato Avolino (2016, p. 72):

Por outro lado, sustenta-se a necessidade de uma definição dos critérios para sua aplicação, através da determinação: a) valores em jogo; b) da ordem (normativa) das prioridades; e c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido).

Muito embora, o princípio da proporcionalidade não possuir disposição expressa no corpo da Constituição Federal Brasileira, a teoria da proporcionalidade é acolhida com reservas, notadamente em casos excepcionais. É o que ocorre quanto a utilização de provas ilícitas *pro reo*, ao qual possibilita ao acusado provar sua inocência utilizando-se de meios vedados pela legislação.

Em vista disso, pela teoria da proporcionalidade aplicada em benefício ao réu, torna-se possível a ponderação dos interesses constitucionais em conflito, dentre os quais estão: o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência, os quais devem sobressair em face ao *jus puniendi* estatal.

Ressalta-se que o entendimento da doutrina e a jurisprudência têm sido uníssonos ao permitir a utilização de provas ilícitas pelo ordenamento jurídico em benefício do acusado. Desse modo, entende Renato Brasileiro (2015, p. 629):

De fato, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Noutra giro, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia acarretar a impunidade do verdadeiro culpado. Além disso, conclui-se que a sua atuação não seria ilícita, eis que amparada pela legítima defesa, daí por que não seria possível concluir-se pela ilicitude da prova.

Dessa forma, segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

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. - gravação de conversa entre dois

interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento 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 outras 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 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (sem grifo no original) (grifo nosso).

De outro modo, tema que causa celeuma, trata-se quando as provas ilícitas puderem ser aplicadas *pro societate*. O fundamento empregado para sua utilização vai no sentido do interesse público é mais importante que o interesse particular para a solução do conflito

Isto posto, a doutrina se posiciona de modo divergente quanto a aplicação da teoria da proporcionalidade em benefício da sociedade. Capez (2016, p.431) entende que seja mais razoável a flexibilização do uso de provas ilícitas, no sentido de se permitir a ponderação desses interesses conflitantes, tanto em favor do réu quanto em favor da sociedade:

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.

Nestor Távora admite a possibilidade da admissão de provas ilícitas em benefício do réu, entretanto, tratando-se da aplicação da teoria da proporcionalidade *pro societate*, não se coaduna com a característica garantista da constituição:

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 utilizada *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para a 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 do combate ao crime (2015, p 579-580).

Sob a vista Constitucional, o princípio da proporcionalidade na inadmissibilidade de provas ilícitas deverá ser observado em relação ao elo mais fraco da

balança, sua aplicação em benefício ao réu de um processo penal plenamente é justificável, considerando sua ínfima posição perante o *jus puniendi* estatal.

Entretanto, a relativização da garantia constitucional sob o pretexto *pro societate* é discutível, uma vez que tal relativização possa facilitar a utilização de provas ilícitas sob qualquer argumento baseado no benefício da sociedade.

Observada as principais teorias acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas, a análise passará para a delimitação das provas ilícitas dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 – Provas Ilícitas no Ordenamento Jurídico Pátrio

2.3.1 – Provas ilícitas no sistema constitucional vigente

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe a vedação da utilização de provas ilícitas, de acordo com o artigo 5º, inciso LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Dessa forma, a vedação a utilização de provas ilícitas aufere contorno de garantia constitucional, uma vez que derivada do direito fundamental do devido processo legal. Por garantia constitucional entende tratar-se daquelas imposições, dispostas no texto constitucional, dispostas aos particulares, e em especial, ao Poder Público, sendo estas positivas ou negativas, com a finalidade de assegurar o cumprimento de determinado direito.

Embora a vedação constitucional seja comumente utilizada no âmbito do processo penal, o princípio aplica-se também ao processo civil, já que descende do contido na norma constitucional, sendo irradiada para os demais ramos do direito.

Contudo, considerando que a constituição definiu a vedação de provas ilícitas de modo abrangente, o regulamento dessa vedação é feito por meio das legislações infraconstitucionais, bem como entendimento doutrinário e jurisprudencial.

2.3.2 – A Inadmissibilidade das provas ilícitas no direito penal processual brasileiro

Conforme já exposto, após a reforma do Código de Processo Penal feita por intermédio da Lei 11.690/08, trouxe modificações quanto a inadmissibilidade de provas ilícitas. Dispondo expressamente a definição de provas ilícitas, bem como a consequência destas no processo, pelo que

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

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

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

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

Sobre a mudança trazida pela Lei 11.690/08, Torquato Avolio dispõe que:

A nova lei institucionalizou o conceito de prova ilícita enunciado pela doutrina (provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais), a par de sacramentar a consequência de sua inadmissibilidade com a sanção do seu desentranhamento. Confirmou o legislador, mais uma vez, a posição doutrinária mais difundida, de que a prova ilicitamente obtida deveria ser considerada inexistente (2016, p.98).

Observa-se que, embora fique evidente a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a lei não fez a clássica distinção doutrinária entre as provas que violam direitos materiais (provas ilícitas) daquelas que infringem a legislação processual (provas ilegítimas).

No aludido dispositivo, verifica-se a adoção expressa da teoria da exclusão das provas ilícitas por derivação. Entretanto, a lei faz duas ressalvas quanto a aplicação da teoria, caso em que não seja evidente o nexo causal entre ambas as provas, como também quando as derivadas possam ser colhidas por outro meio sem vício. Nas palavras de Nestor Távora:

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente, não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivam da ilícita (2015, p.575).

Por fonte autônoma da prova, releva-se através da desvinculação causal com a prova ilícita, traduzindo a exceção a aplicabilidade da regra de exclusão das provas ilícitas por derivação, em conformidade com o parágrafo 2º do aludido dispositivo. Dessa forma, conclui Avolio:

As provas ilícitas por derivação, quais sejam, aquelas obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito, não são admissíveis no processo, ressalvada a hipótese de sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida (2016, p. 101).

3. FLEXIBILIZAÇÃO DO REGRAMENTO SOB A PREMISSE PUNITIVISTA

3.1 – Cultura Punitivista Inserida na Sociedade Brasileira

À luz do ordenamento jurídico pátrio, o Estado Brasileiro é o responsável por assegurar meios que propiciem a segurança a sociedade, devendo aplicar a punição adequada àqueles que contrariem as normas, dentro do limite legal; finalidades do direito penal e processual penal, podendo ser definidos como de normas usadas para prevenir ou reprimir fatos que se atentem contra à ordem social, e o meio pelo qual o estado busca para julgar e aplicar as infrações penais, respectivamente.

Como já sabido, a sociedade Brasileira apresenta um alto índice de criminalidade, não sendo objeto do presente trabalho analisar sua origem e dispor detalhadamente suas consequências, entretanto, considera que tal realidade acaba gerando sentimento de insegurança na sociedade.

O crime fere além da norma, a moral da sociedade, seus valores, seus mais nobres princípios, que se não reparados, restituídos, impregnam sequelas indesejadas e prejuízos de difícil reparação. O costume provindo de um ato ilícito, por menor gravoso que seja, trará sempre "uma ofensa aos princípios da ética e moral da sociedade (DA SILVA, 2013).

Em virtude disso, busca-se uma resposta positiva do Estado face a estes problemas, difundindo-se pela sociedade um ideal punitivo, no entanto, sem compreender acerca do instituto da punição. Essa visão fundamenta-se na compreensão do Direito Penal como forma de pacificação dos diversos conflitos da sociedade, apresentando-se como solução mais viável, expressado em uma “cultura punitivista”.

“A cultura punitivista se apresenta como néctar dos deuses, a solução entre as soluções, sinônimo de segurança e tranquilidade, mas é carente de sentido e mentirosa. A linguagem punitiva é inversamente proporcional à proteção.” (CORDEIRO, 2015)

Essa ideologia de punir com a orientação unicamente simbólica, remonta os tempos dos suplícios, em tempos em que garantias constitucionais e direitos humanos eram inexistentes, os quais possuíam como objetivo, além da própria punição do condenado, demonstrar o poder de punitivo do Estado à sociedade. Dessa forma, descreve Foucault (2003, p.37):

[...] o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece

a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima; [...]. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo.

Destaca-se que a atual situação criminal brasileira, aliada com o ideário da busca de um Estado punitivista, propiciam a afloração de ideias e políticas que buscam uma solução instantânea, impondo ao direito penal a resolução de tais mazelas, assim surge o direito penal simbólico.

Chama-se direito penal simbólico o fenômeno que advém desse sentimento de urgência que aplicação massiva e inadequada da lei penal. Importante ressaltar a função do direito penal simbólico, o qual pode se apresentar por meio de propostas que visam se aproveitar do medo e da sensação de insegurança para aumentar a severidade das penas, todavia, seu propósito diz respeito apenas a satisfação do sentimento emocional da sociedade. Nesse contexto, Cleber Masson dispõe que:

O Direito Penal Simbólico diz respeito a uma política criminal, que vai além da aplicação do direito penal do inimigo, e sim, as próprias consequências do efeito externo que a aplicação da lei não produz. Manifesta-se, desse modo, com o direito penal do terror, pelo qual se verifica uma inflação legislativa, que cria figuras penais desnecessárias ou, então, o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos determinados (2012, p. 11).

“O atual momento punitivo chega a um extremo inacreditável. Os órgãos de persecução criminal e as instâncias produtoras da legislação, assim como os detentores da informação, exigem cada vez mais severidade na punição penal.” (TALON, 2017)

Dessa forma, orientados pelo anseio punitivista, a qual insiste em apresentar o Direito Penal como fórmula capaz de resolver todos os males e conflitos sociais que afligem a sociedade brasileira, buscam-se criar meios que auxiliem e facilitem a persecução criminal e, conseqüentemente, a punição estatal.

3.2 – As 10 Medidas Contra a Corrupção e a Mudança no Sistema de Nulidades

3.2.1 – Finalidade das Medidas

O Projeto de Lei intitulado “As 10 medidas contra a corrupção”, trata-se de uma tentativa de alteração na legislação penal e processual penal brasileira, com intuito de aprimorar

a capacidade de investigação e punição do Estado relacionados, em tese, à crimes de corrupção.

O debate sobre o pacote de medidas contra a corrupção foi encabeçado pelo Ministério Público Federal, ganhando notoriedade com o prosseguimento (e divulgação) de grandes operações que investigam crimes relacionados à corrupção, envolvendo desvios de verbas públicas, causando grande alvoroço e repulsa na sociedade brasileira.

Dentre os objetivos que as propostas buscam, estão: a) evitar a ocorrência de corrupção; b) criminalizar o enriquecimento ilícito; c) aumentar penas da corrupção e tornar hedionda aquela de altos valores; d) agilizar o processo penal e o processo civil de crimes e atos de improbidade; e) fechar brechas da lei por onde criminosos escapam; f) criminalizar caixa dois e lavagem eleitorais; g) permitir punição objetiva de partidos políticos por corrupção em condutas futuras; h) viabilizar a prisão para evitar que o dinheiro desviado desapareça; i) agilizar o rastreamento do dinheiro desviado e j) fechar brechas da lei por onde o dinheiro desviado escapa.

Considerando tais objetivos e interesse público envolvidos no combate à corrupção, o projeto facilmente ganhou apoio social, sendo apresentados ao Congresso Nacional na forma de projeto de Lei de iniciativa popular (PL nº 4850/2016), conforme dispõe o art. 61, §2º da Constituição Federal de 1988.

Embora apresente-se aparentemente simples e possuindo referência expressa somente aos crimes relacionados a corrupção, a proposta, traz uma carga de complexidade, versando sobre inúmeras alterações no Código Penal e Código de Processo Penal que valem não somente para crimes de corrupção, mas para todo o sistema, afetando a persecução penal como um todo.

“A proposta do Ministério Público, ao contrario do que indica a propaganda, é muito mais complexa e visava uma verdadeira reformulação do Código de Processo Penal. É importante destacar que partes dessas medidas não teriam impacto apenas em casos de corrupção de altos valores, mas em todo o sistema penal” (BRANDÃO, 2016)

Dentre as alterações abordadas pela proposta, destaca-se a medida que dispõe acerca da mudança das nulidades penais, cabendo sua análise.

3.2.2 – Tentativa de alteração no regramento de provas ilícitas

As alterações propostas pela aludida medida referem-se aos ajustes no capítulo

de nulidades (artigos 563 a 573), como também no art. 157, CPP, o qual dispõe acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas.

De acordo com o anteprojeto de Lei apresentado inicialmente à Câmara dos Deputados, a redação do artigo 157, ficaria com a seguinte disposição:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexo de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida 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;

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;

IV – a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;

V – derivada de decisão judicial posteriormente anulada, salvo se a nulidade decorrer de evidente abuso de poder, flagrante ilegalidade ou má-fé;

VI – obtida em legítima defesa própria ou de terceiros ou no estrito cumprimento de dever legal exercidos com a finalidade de obstar a prática atual ou iminente de crime ou fazer cessar sua continuidade ou permanência;

VII – usada pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar a pena;

VIII – necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena;

IX – obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público;

X – obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou empregos públicos ou privados.

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

§ 4º O juiz ou tribunal que declarar a ilicitude da prova indicará as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenará as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando possível.

§ 5º O agente público que dolosamente obtiver ou produzir prova ilícita e utilizá-la de má-fé em investigação ou processo, fora das hipóteses legais, sujeita-se a responsabilidade administrativa disciplinar, sem prejuízo do que dispuser a lei penal.

Nota-se preliminarmente que a proposta traz a inclusão de inúmeros conceitos e teorias jurídicas estranhas para dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o enunciado de justificativa trazido pelo Ministério Público, para a alteração do sistema de exclusão das provas ilícitas, expõe que a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas foi importada do direito norte-americano, sendo originária da jurisprudência formada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em análise a Quarta Emenda à Constituição daquele país.

Destaca-se ainda que, diferente como ocorre no Brasil, para aquele ordenamento, as regras de exclusão de provas tidas como ilícitas (*exclusionary rules*) não possuem a característica de direito constitucional, uma vez que são originárias dos precedentes. E que o legislador brasileiro, ao importar o conceito de provas ilícitas, afastou-se dos objetivos iniciais destas. Assim, informa no anteprojeto de Lei que:

Quando da importação para o Brasil, mais precisamente em relação à conceituação do que seja prova ilícita e quais seriam as hipóteses excludentes de ilicitude, o legislador brasileiro, inexplicavelmente, se divorciou das origens e se distanciou dos objetivos que levaram à criação das “*exclusionary rules*” e criou um sistema de regras próprio, que, além de disfuncional, possui caráter extremamente subjetivo, que traduz em insegurança jurídica, conduz a decisões seletivas, transforma o processo em uma autêntica loteria e resulta em impunidade.

Desse modo, as mudanças no regramento de provas ilícitas justificam-se, primeiramente, por sua definição imprecisa dentro do Código de Processo Penal, o qual dispõe que: “O conceito é por demais amplo e permite a anulação de provas por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado.” Bem como, aproximar o regramento legal brasileiro das excludentes de ilicitude reconhecidas pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, tais quais: inexistência de nexo de causalidade; provas obtidas por fonte independente; exceção de boa-fé; causa remota atenuada e contraprova.

3.2.3 – Principais alterações pretendidas

O projeto de lei trouxe a aplicação da causa remota atenuada, ou *attenuatin doctrine*, sendo utilizada quando houver decorrido muito tempo entre a violação da garantia e a obtenção da prova, tornando remota a relação de dependência ou consequência, ou quando fato posterior a houver descontaminado ou atenuado essa relação, como, por exemplo, quando

o investigado resolver se tornar colaborador.

Pela teoria da contraprova, ou *evidence admissible for impeachment*, quando a prova for utilizada pela acusação para refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida, não podendo, contudo, servir para demonstrar culpa ou agravar pena.

Dentre as principais mudanças pretendidas com a alteração do sistema de nulidades, encontra-se a inserção da teoria da exceção da boa-fé, pode ser definida como teoria atenuante a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Sua origem também se encontra no Direito norte-americano, servindo como regra de exceção às *exclusionary rules*. Brasileiro, dispõe sobre sua origem:

A limitação da boa-fé (em inglês, good faith exception) foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana no caso *US v. Leon*, em 1984. Nesse julgado, entendeu-se que, na medida em que a vedação às provas ilícitas visa inibir, dissuadir, e desestimular violações aos direitos fundamentais, não seria possível dizer que a prova seria ilícita quando, com base em um mandado de busca e apreensão ilegal expedido por um juiz neutro e imparcial, mas posteriormente considerado como não fundado em indícios necessários para sua expedição, o agente, desconhecendo tal ilicitude e havendo motivos razoáveis para acreditar na sua validade, obtém provas decorrentes do cumprimento do mandado, tendo convicção de que agia dentro da legalidade (2015, p.619)

Pela exceção da boa-fé, terá de ser apontada como válida a prova produzida em transgressão a princípios constitucionais, conquanto que sua aquisição não seja decorrente do arbítrio de quem procedeu à investigação, mas sim de uma circunstância que seja demonstrado de equívoco.

Desse modo, se um agente do Estado, no decorrer de uma investigação criminal, fizer uma apreensão ilícita de prova, atuando, no entanto, com o pensamento de que sua conduta estava em conformidade com a legislação vigente, esta será reputada como válida, podendo ser aceita dentro do processo penal.

O Ministério Público justifica sua utilização, pois a exclusão da prova ilícita, não atingiu o desfecho pretendido, expondo que: “Entendeu-se que, nessas circunstâncias, a exclusão da prova não produziria o efeito dissuasório desejado, de evitar que os policiais, no futuro, voltassem a violar direitos constitucionais dos investigados.” Entretanto, tal definição

mostra-se confusa, possibilitando uma grande margem de interpretação.

A definição trazida pelo Ministério Público em verdade não é uma definição. Afirmar que boa-fé será quando o policial obtiver uma prova acreditando na “existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer” é, em verdade, admitir que se colha a prova de forma ilícita e posteriormente se alegue que sabia ou não sabia de algo que o levou a crer que a diligência era legal. Soou confusa a frase? Sim. Por quê? Porque é confusa a “definição” trazida de boa-fé. E como demonstrá-la concretamente? E se houver má-fé da figura do policial corrupto, apontado pelo próprio Ministério Público na primeira medida de combate à corrupção? Quem pagará o preço? O cidadão. (RAVAZZANO, 2016)

Após abordagem acerca do tema, necessário ressaltar que a alteração do artigo 157, do Código de Processo Penal, foi retirada do texto de ajuste de nulidades pelo Relator do Projeto de Lei na Câmara Federal.

Em entrevista à Radio Câmara, no dia 27/10/2016, o relator do projeto na Câmara Federal, Deputado Onyx Lorenzoni, informou que nos debates realizados na Câmara, não ficou evidentemente esclarecida o que poderia ser considerado por boa-fé, uma vez que o conceito não possui lastro da doutrina ou jurisprudência pátria, noticiando que:

“Nós ainda estamos vendo se encontramos algum grau, dentro da jurisprudência já existente, porque houve uma alteração infraconstitucional que permitiu aí uma adaptação. Então, a gente ainda está tentando procurar um caminho. Mas nós não encontramos ainda, com franqueza, e a decisão de ontem do Supremo praticamente retira essa possibilidade.”

A decisão mencionada na entrevista, trata-se do acórdão proferido pela 2ª Turma do STF no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 135683, o qual invalidou as provas que foram admitidas irregularmente, em que, dentro de uma investigação ao ex-senador, o juízo de primeiro grau usurpou competência do Supremo Tribunal Federal ao liberar interceptações telefônicas, quando ele ainda tinha prerrogativa de foro.

Assim, frente a resistência a aplicação da medida no projeto de lei, a proposta de alteração na admissibilidade das provas ilícitas no processo penal foi retirada do pacote de medidas em combate à corrupção.

3.3 – Análise das Propostas e o risco em relativizar garantias constitucionais

Dentre os inúmeros objetos de críticas referentes as medidas de combate à

corrupção, destaca-se os posicionamentos acerca da proposta de mudança das nulidades penais, em específico, aquelas que versem sobre a flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM), inicialmente elogiando a iniciativa, na essência, uma vez que é interesse comum a todos a busca por uma sociedade “menos corroída pelo mal da corrupção”, pronunciou-se contra a proposta das medidas, destacando que:

Muitas das medidas representam um retrocesso punitivista do sistema penal e processual penal, seja por importações impensadas de institutos jurídicos estrangeiros, seja pelo aumento desmedido de penas sem a construção de mecanismos que garantam maior efetividade à aplicação das leis penais, seja pelas sugeridas alterações legais que afrontam garantias constitucionais tão caras como a presunção de inocência.

[...] O Anteprojeto acata a distinção entre provas ilícitas (art. 157, caput) e provas “derivadas das ilícitas” (art. 157, § 1.º). Estas últimas, como sabido, são provas que em si não são ilícitas, mas que são contaminadas pela fonte espúria da qual decorre. Por isso se fala em provas ilícitas por derivação, ou “efeito-a-distância” da prova ilícita.

[...] Os autores do Anteprojeto olvidam-se de tal distinção ao proporem a nova redação do § 2.º do art. 157, em que são propostas nada menos do que 10 hipóteses que “excluem” a ilicitude da prova, sem distinguir os casos de ilicitude direta e indireta. Além dessa confusão, os dispositivos também podem ser criticados pois, ora dizem o óbvio, ora são ininteligíveis. E, quando são inovadores e compreensíveis, pecam pela inconstitucionalidade.

Destaca-se também que as inovações pretendidas com a inclusão de conceitos estrangeiros devem ser tratadas com cautela, uma vez que não possuem base da doutrina brasileira para sua implementação no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse posicionamento, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, divulgou artigo intitulado “10 medidas em xeque, uma análise crítica das propostas de combate à corrupção”, dentre as diversas observações apresentadas, destaca-se:

Este tema se mostra de expressa delicadeza na medida em que são conceitos e efeitos não consolidados no nosso ordenamento jurídico. Basta pensar, de antemão, que ao contrário do direito estadunidense, há norma constitucional concretizada quanto à inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º., LVI, CRFB), não havendo apenas uma interpretação reflexa ao devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental não podendo ser relativizada por regras pragmáticas de dissuasão de atividades dos agentes de segurança. Pelo contrário, nossa Constituição indica como uma norma de proteção ao indivíduo diante de intervenções estatais ilegais e não uma regra de tentativa de pretensão dissuasória como indicam os precedentes da Suprema Corte dos EUA (DA COSTA, SAMPAIO JUNIOR, 2016)

Em resposta às críticas contra a proposta de mudança das nulidades penais, destacam-se o entendimento de algumas posições favoráveis a mudança no sistema de nulidades

informando, dispondo que:

Não se defende, portanto, o descumprimento da lei ou do texto constitucional. O que se advoga é conferir maior nitidez aos contornos do tema, para dar funcionalidade ao sistema, trazendo-o de volta aos trilhos, dotando-lhe ainda de racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica e, sobretudo, efetividade. Se o crime é contagioso, a impunidade se encarrega de torná-lo endemia. Se o governo falha em punir o violador da lei, ele incentiva a violação da lei, convidando cada homem a se tornar a sua própria lei, reprimando a lei do mais forte, começo do fim da civilização (CORRÊA FILHO, 2016)

Muito embora a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas tenha sua origem no direito norte-americano, sendo posteriormente inserida ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que a inserção de princípios ou fundamentos estrangeiros no sistema brasileiro, sem qualquer tipo de reflexão sobre a realidade brasileira, pode ser considerada, no mínimo, temerária.

Em análise a aplicação da teoria da boa-fé como exclusão da prova ilícita, destaca-se que a Constituição Federal dispõe expressamente a vedação quanto à admissibilidade das provas consideradas ilícitas, embora tal vedação seja abrangente, a mesma possui característica de norma de proteção a direitos e garantias fundamentais, pelo qual seria intangível sua flexibilização. Desse modo segue o entendimento:

Ainda que a Constituição não alcance o exaurimento sobre a matéria, o dispositivo constitucional caracteriza-se por força programática de proteção, não havendo como perquirir subjetivamente, se o agente que obteve a prova agia de boa-fé ou por erro escusável. Deve ser observado que a proteção diz respeito a todos os atos de obtenção de provas, seja quanto ao aspecto decisório, seja na atuação do agente público que dispõe do instrumento necessário a esta obtenção. Ou seja, a conotação específica sobre a regra Constitucional, em momento algum, dispõe sobre o efeito dissuasório dos agentes de segurança. Não se quer valer de um critério de prevenção de atividades abusivas, mas sim de proteção ao indivíduo por atividades abusivas, independentemente, da intenção do agente. (DA COSTA, SAMPAIO JUNIOR, 2016).

Considerando a inserção da limitação ao uso de provas ilícitas no ordenamento jurídico se encontra disposta na própria Constituição Federal, sendo suas regras consolidadas pela doutrina e jurisprudência. Observa-se que não cabe ao Estado buscar uma plena efetividade punitiva sem refletir sobre a (im)possibilidade de inserção de conceitos abstratos no ordenamento jurídico brasileiro, não sendo se mostrando concebível a flexibilização de regramentos constitucionais apenas com intuito puramente punitivista, não coadunando com o nosso moderno Estado democrático de direitos.

CONCLUSÕES

O primeiro capítulo trouxe a conceituação de prova como atividade com objetivo de estabelecer a verdade dentro do processo, sua finalidade é a formação da convicção do órgão julgador, o qual decidirá o caso com fundamento nos elementos colhidos durante a persecução penal, demonstrando os fatos de interesse ao processo.

A produção e utilização das provas no processo, em específico no processo penal, ocorreu por meio de diferentes sistemas processuais, preliminarmente é fora exposto o sistema inquisitório, tendo por principal característica a concentração dos poderes de investigação nas mãos do magistrado, assim, o mesmo faz a gestão das provas conforme seu próprio entendimento para atingir o fim da persecução penal, entretanto, foi observado que tal característica compromete a imparcialidade do juiz, favorecendo o uso de métodos e técnicas lesivas ao réu na busca pela verdade dos fatos. Após foi verificado o sistema acusatório, onde a gestão das provas é feita pelas partes (acusação e defesa), estando o magistrado em posição distante da produção probatória, proporcionando a persecução penal sem interferir nas garantias do acusado no processo. O sistema misto, possui propriedade de ambos, ficando a gestão das provas nas mãos das partes, como também existindo a possibilidade do juiz participar. Após, foi observado a utilização dos Princípios legais e constitucionais com a função de orientar o processo penal e a produção probatória, estabelecendo objetivos e limites do Estado ao longo do processo penal

No segundo capítulo, verifica-se o as críticas da verdade real como axioma inquestionável no processo penal, de modo que o estado não se permita utilizar meios juridicamente escusos, possuindo limitação em face de valores e princípios constitucionais, em específica análise a limitação a produção probatória quando esta for maculada por ilegalidade. Dessa forma, em vista da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, verifica-se as teorias relacionadas.

Pela teoria da derivação, serão inadmissíveis não somente as provas ilícitas, mas também aquelas que dela procedam, é revelada pelos “frutos da árvore envenenada” pelo qual o vício da árvore (prova ilícita) seria transmitido aos demais frutos (provas derivadas) tornando-os imprestáveis para seu fim. Em conformidade com a teoria da proporcionalidade, nenhum direito possui status absoluto, podendo ser flexibilizados em face de outros direitos no caso concreto, dessa forma, em decorrência da teoria, é possível a utilização de provas ilícitas quando

em benefício ao acusado para comprovar sua inocência, entretanto, tal flexibilização possa proporcionalizar a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas sob os mais variados argumentos.

A partir do terceiro capítulo foi constatada a busca pela flexibilização do regramento de exclusão das provas ilícitas sob influência da cultura punitivista, entendida como a reivindicação de enrijecimento de normas penais e processuais penais, como forma de atacar a impunidade gerada por “leis brandas” do ordenamento jurídico. Especial análise foi dada ao projeto de lei denominado: “10 medidas contra a corrupção”, o qual surge como reflexo da mencionada cultura punitivista.

Pela proposta, mencionava-se a sugestão de alteração da vedação legal de inadmissibilidade de provas ilícitas, tendo por embasamento a doutrina e jurisprudência norte-americana sobre as regras de exclusão. No ordenamento jurídico estrangeiro, apresentando como principal alteração pretendida, a prova ilícita poderia ser utilizada no processo, desde que sua obtenção tenha sido realizada de boa-fé. No entanto, mesmo que tenha por nobre objetivo a punição dos males causados pela corrupção, a importação de um conceito abstrato, que não possui base sólida na doutrina pátria, apresenta mais riscos ao sistema vigente que benefícios, uma vez que tal conceito poderia ser facilmente moldado para interesses antagônicos ao mandamento constitucional, tornando a persecução penal extremamente utilitarista. Assim, torna-se necessário observar que a limitação ao uso de prova ilícitas apresenta-se como garantia constitucional, sendo inexequível flexibilização sob premissa punitivista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 27ª edição. Malheiros Editores, São Paulo – SP, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1, 56ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro – RJ, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 10ª edição. Editora JusPodivm, Salvador – BA, 2015.

DE LIMA, Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, 3ª edição. Editora JusPodivm, Salvador – BA, 2015.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, 23ª edição. Editora Saraiva, São Paulo – SP, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 13ª edição. Editora Saraiva, São Paulo – SP, 2016.

GREGO FILHO, Vicente, Manual de Processo Penal, 9ª edição. Editora Saraiva, São Paulo – SP, 2012.

DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho, Processo Penal e Constituição, 6ª edição. Editora Saraiva, São Paulo – SP, 2014

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, Provas Ilícitas, interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas, 6ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – SP, 2015.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete, 27ª edição. Editora Vozes, Petrópolis, RJ, 2003

MESAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 5ª edição. Editora Saraiva, São Paulo – SP, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 05 de dezembro de 2017.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 05 de dezembro de 2017.

ANTEPROJETO DE LEI - Medida 7: Ajustes das Nulidades Penais contra a Impunidade e a Corrupção. Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_7_versao-2015-06-25.pdf> Acesso em 25 de dezembro de 2017.

CRISTINA, Ana. Teorias Norte Americanas relacionadas às provas ilícitas por derivação. Disponível em <<https://annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-re-lacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao>> Acesso 25 de novembro de 2017.

DA ROCHA, Zélio Maia. Provas Ilícitas e a Jurisprudência do STF. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4823/Provas-ilicitas-e-a-jurisprudencia-do-STF>> Acesso em 25 de novembro de 2017.

DOS SANTOS, Andréia Alves dos; SILVA, Augusto Ferraz da Silva; SOARES, Jordan Diniz Sales. Disponível em <<https://jordansales.jusbrasil.com.br/artigos/402263282/direito-penal-de-emergencia-o-simbolismo-penal-frente-as-novas-tutelas-de-emergencia>> Acesso em 26 de novembro de 2017.

Entrevista à Rádio Câmara. Relator do projeto de sobre as 10 medidas contra a corrupção descarta uso de provas ilícitas. 27 de outubro de 2016. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/518517-RELATOR-DO-PROJETO-SOBRE-10-MEDIDAS-CONTRA-A-CORRUPCAO-DESCARTA-USO-DE-PROVAS-ILICITAS.html>> Acesso em 02 de dezembro de 2017.

KERSTENETZKY, Máira Souto Maior. Direito Penal Simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12216> Acesso em 02 de dezembro de 2017.

DE JESUS, Mauricio Neves; GRAZZIONTIN, Paula Clarice Santos. Direito Penal Simbólico: o anti-Direito Penal. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/anti.pdf>> Acesso em 02 de dezembro de 2017.

RAVAZZANO, Fernanda. Sérgio Moro e a admissão da prova ilícita: há boa-fé na má-fé? 9 de agosto de 2016. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/sergio-moro-e-a-admissao-da-prova-ilicita-ha-boa-fe-na-ma-fe/>> Acesso em 03 de dezembro de 2017.

BRANDÃO, Pedro, 10 análises críticas para entender as tais “medidas contra a corrupção”. 5 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/05/10-analises-criticas-para-entender-as-tais-medidas-contra-corrupcao/>> Acesso em 03 de dezembro de 2017.

Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 277 - Dezembro/2015 - ISSN 1676-3661. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>> Acesso em 03 de dezembro de 2017.

DA COSTA, Renata Tavares; SAMPAIO JUNIOR, Denis Andrade. 10 medidas em Xequê: Uma análise crítica das propostas de combate à corrupção. Disponível em <<http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/imagens/d8a82703a08b4a4096424c576bdf239.pdf>> Acesso em 02 de dezembro de 2017.

CORRÊA FILHO, Helio Telho. Dez Medidas: Excludentes de ilicitude da prova. Disponível em <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/artigos/nulidades-helio-telho-excludentes-de-ilicitude-da-prova-3a-ed.pdf>> Acesso 01 de dezembro de 2017.