

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
IVYNA LORRANE GONÇALVES LOURENÇO**

**PROVAS ILICITAS E SUA ADMISSIBILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

**RUBIATABA/GO
2017**

IVYNA LORRANE GONÇALVES LOURENÇO

**PROVAS ILICITAS E SUA ADMISSIBILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista Gláucio Batista da Silveira.

**RUBIATABA/GO
2017**

IVYNA LORRANE GONÇALVES LOURENÇO

**PROVAS ILICITAS E SUA ADMISSIBILIDADE NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor especialista Gláucio Batista da Silveira.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 28/ 06/ 2017

**Especialista Gláucio Batista da Silveira
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Guilherme Soares Vieira
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico este trabalho a minha querida mãe, que durante estes cinco anos lutou para que eu tivesse a oportunidade de chegar onde cheguei.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer primeiramente a Deus, pois sem Ele nada disso seria possível, ao meu orientador e professor Gláucio Batista que me deu todas as instruções necessárias para que eu conseguisse concluir este trabalho. Agradeço a todos os amigos que conquistei durante estes cinco anos que de alguma maneira contribuíram para a conclusão deste curso. E em especial a minha melhor amiga Sandra Stephanie que mesmo com a distância não deixou de me apoiar e me incentivar e ao João Paulo que desde o primeiro momento me incentivou e me mostrou que basta apenas um pouco de dedicação para que nossos objetivos sejam alcançados. Por fim, agradeço a minha família e a minha mãe que sempre esteve ao meu lado e que lutou para que eu chegasse até aqui, te amo para sempre, minha mãe. Obrigada a todos vocês.

“Portanto, não tenham medo deles.
Não há nada escondido que não
venha a ser revelado, nem oculto que
não venha a se tornar conhecido” –
Matheus 10, 26

RESUMO

O tema desta monografia concentra-se nos estudos das provas ilícitas, buscando mostrar através de pesquisas bibliográficas e documentais em livros doutrinários que mesmo existindo o princípio da inadmissibilidade destas provas, é encontrado no ordenamento jurídico meio para que estas possam ser utilizadas. Abordando primeiramente conceitos e institutos da prova para que assim possa compreender melhor o tema. Em seguida será discorrido como objetivos específicos sobre o sistema probatório no processo penal brasileiro, e então apresentar os sistemas de avaliação da prova e averiguar a prova ilícita e sua admissibilidade no ordenamento jurídico processual. Buscando além do mais mostrar que temos meios para que as provas ilícitas possam ser utilizadas.

Palavras-chave: Admissibilidade. Processo Penal. Provas

ABSTRACT

The theme of this monograph focusses on the studies of illicit evidence, seeking to show through bibliographical and documentary research in doctrinal books that even though the principle of inadmissibility of these proofs exists, it is found on the legal order ways that these proofs can be used. First approaching concepts and institutes of proofs to better understand the theme. Next it will be discussed as specific objective the probation system in the Brazilian criminal procedure, and so present the system of evaluation the evidence, also investigate illegal evidence and its admissibility in the Brazilian legal system. Seeking, moreover, ways to show that there are possibilities for these illegal evidences to be used.

Keywords: Admissibility. Criminal Procedures. Evidence

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Arts. – Artigos

Caput – Conceito

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

Ex – Exemplo

In Verbis - Expressão em latim que significa “ nestes termos”

N. – Número

P. – Página

PP. – Páginas

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

Vide – Veja

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	DO SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
2.1	Conceito, Elementos e Finalidade da Prova.....	12
2.2	Direito a Produção da Prova	15
2.3	Momento da Produção da Prova	16
2.4	Princípios do Sistema Probatório	19
3	DO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA E SUAS ADMISSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	23
3.1	Livre Convencimento Motivado e a Íntima Convicção do Juiz	24
3.2	Prova Ilegal do Legislador	25
3.3	Persuasão Racional do Magistrado	27
4	DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO..	30
4.1	Prova Ilícita por Derivação.....	32
4.2	Admissibilidade no Processo Penal	35
4.2.1	Princípio da Proporcionalidade	36
4.2.2	Provas Ilícitas <i>Pro Reo</i>	38
4.3	Teoria da Fonte Independente.....	38
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	40

1. INTRODUÇÃO

Este estudo aborda o tema “Provas ilícitas e sua admissibilidade no Direito Processual Penal brasileiro”. A problemática consiste em compreender a admissão da utilização de provas ilícitas pelo magistrado para fundamentar decreto condenatório no processo penal pátrio. Nessa toada, o objetivo geral é avaliar se a prova ilícita é admitida no processo penal brasileiro, e os objetivos específicos são discorrer sobre o sistema probatório no processo penal brasileiro, apresentar os sistemas de avaliação da prova e averiguar a prova ilícita e sua admissibilidade no processo penal.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo, do qual parte da visão geral para chegar a conclusões particulares. Ainda com relação à abordagem deste trabalho, será uma pesquisa qualitativa, da qual na elaboração será utilizado o método de compilação que consiste na exposição de pensamento dos vários autores que escrevem sobre o tema proposto.

Ainda serão utilizadas técnicas de pesquisa no decorrer do estudo. A técnica de pesquisa indireta será a dedutiva, que também compreenderá pesquisas bibliográficas e documentais em livros doutrinários, artigos jurídicos eletrônicos, legislação pertinente, códigos jurídicos e entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores relacionados ao tema em epígrafe. Por oportuno, insta registrar que não será realizada qualquer pesquisa direta.

Em suma, serão utilizadas inúmeras obras doutrinárias que discorrem a respeito do tema escolhido, dentre as quais destacam-se pela maior contribuição as seguintes: Manual de Processo Penal do autor Renato Brasileiro de Lima (Título 5 do Capítulo VI); Processo Penal – Parte Geral, de autoria de Leonardo Barreto Moreira Alves (Capítulo XI); Curso de Processo Penal do autor Renato Marcão (Capítulo XI); Manual de Processo Penal e Execução Penal do autor Guilherme de Souza Nucci (Capítulo XIV); e Curso de Direito Processual Penal da autora Ana Flávia Messa (Capítulo XVII).

2. DO SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O objetivo do Direito Processual Penal é reconhecer a verdade jurídica após análise dos fatos e das provas colhidas. Em razão disso, Torinho Filho (2010, p. 226) afirma que “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega”.

À vista disto, este capítulo, utilizando dos métodos dedutivo e de compilação de dados, apresentará o conceito, os elementos e a finalidade da prova, além de discorrer a respeito do direito das partes em produzir provas, do momento de produção das provas e, por fim, dos princípios da instrução probatória.

2.1 CONCEITO, ELEMENTOS E FINALIDADE DA PROVA

O termo “prova”, que é derivado do latim *probatio*, cuja definição, entre outros, é *demonstrar e confirmar*, possui vários significados, que de acordo com, Messa (2014, p. 481), “giram em torno de uma ideia básica, qual seja, uma atividade formada por meios ou instrumentos usados para comprovar um fato ou ato, visando o convencimento do julgador no caso concreto”.

A atividade probatória é, portanto, como assevera Bonfim (2008, p. 304), “uma série de atos realizados com a finalidade de desvendar os fatos pertinentes à lide [...]”, que tem o condão de demonstrar a autoria e a materialidade do delito, ou apresentar indícios suficientes de autoria que darão margem à persecução penal.

No direito penal brasileiro, a prova, como garantia do devido processo legal, deve ser demonstrada pela parte que alega a violação do direito. Assim, a vítima ou o órgão acusador devem comprovar suas afirmações em face do autor para que a persecução penal possa ser iniciada.

Nessa seara Marcão (2014, p. 1848) explica que:

Entende-se por prova a ação de provar, a ação de fazer prova, e é neste sentido que se diz que ao autor incumbe a prova do que afirma (*actor probat actionem*), o que quer dizer que é ele quem deve fornecer os elementos de juízo, ou produzir os meios indispensáveis para determinar-se a exatidão dos

fatos que elenca como fundamento da sua ação, e sem cuja demonstração perderá o seu pleito

Tratando-se do objetivo da prova, Rangel (2006, p. 382) apregoa que:

[...] é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias.

Registre-se que são três sentidos probatórios presentes no direito processual penal brasileiro, quais sejam: o ato de provar, o meio de prova e o resultado da ação de provar, que, segundo afirma Nucci (2014, pp. 1.585/1.586), são assim conceituados:

- a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);
- b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal);
- c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.

Tratando-se do conceito de prova, Marcão (2014, p. 1.850) afirma que é a “informação ou o conjunto de informações determinadas, trazidas aos autos em que materializada a persecução penal, por iniciativa do Delegado de Polícia, das partes no processo, pelo juiz ou por terceiros”.

Para Mittermaier (1997, p. 55), a prova seria um conjunto de motivos geradores da certeza, haja vista que sempre um o agente infrator for suspeito, que, “por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz”.

No mesmo sentido, Aranha (2004, p. 05) discorre que a prova é o conjunto de meios “idôneos visando à afirmação da existência positiva ou negativa de um fato, destinado a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade, a fim de gerar sua convicção quanto à existência ou inexistência dos fatos deduzidos em juízo”.

A propósito, o termo conceitual da prova, conforme aduz Messa (2014, p. 482), também é composto pelos elementos material, subjetivo e o finalístico:

- a) *material*: são elementos, dados, meios ou instrumentos produzidos para demonstrar a existência ou veracidade de um fato ou ato; para negar ou confirmar a alegação ou assertiva a respeito de um fato ou ato; para comprovar um fato ou ato;
- b) *subjetivo*: são elementos produzidos pelas partes ou terceiros, ou determinados pelo juiz;
- c) *finalístico*: são dados que visam fundamentar as alegações das partes e influenciar na convicção do juiz a respeito do julgamento do caso concreto.

Como finalidade, a prova demonstra a veracidade da afirmação ou existência do fato alegado, podendo, a partir disso, ser a verdade material ser reconstruída no afã de permitir ao juiz ter conhecimento dos fatos, atos e objetos do caso para que, por fim, forme seu convencimento processual.

Nas palavras de Marcão (2014, p. 1.852), a finalidade da prova consiste:

[...] em demonstrar que algo ocorreu, ou não, de uma ou outra maneira, e assim influenciar na convicção do magistrado a respeito da existência ou inexistência de um fato ou alegação pertinente e relevante para o julgamento da causa, por isso o acerto de MANZINI quando diz que “*La prova penale è l’attività processuale immediatamente diretta allo scopo di ottenere la certezza giudiziari, secondo il criterio della verità reale, circa l’imputazione o altra affermazione o negazione interessante un provvedimento del giudice*”.

Da finalidade pode-se, inclusive, extrair o objeto da prova, que, nos moldes delineados por Marcão (2014, p. 1.853), serve para “a demonstração da verdade que se pretende ver formalmente reconhecida, para que dela decorram os efeitos jurídicos previstos em lei”.

Igualmente é o que assevera Mirabete (2004, p. 275):

Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena e na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência pode ter na solução do litígio.

Efetivamente, no direito processual penal, a finalidade da prova a respeito da verdade de um fato litigioso é aproximar o máximo possível da verdade real. Isto porque diante dessa verdade é que o convencimento do magistrado será formado para a prolação da sentença que condenará ou absolverá o acusado.

2.2 DIREITO A PRODUÇÃO DA PROVA

Considerando a finalidade da prova em demonstrar a veracidade dos fatos e convencer o juiz, o direito à produção de provas é o mais importante dentre os direitos de defesa garantidos às partes. Consoante expõem Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 122):

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

De maneira semelhante é o que explica Messa (2014, p. 486), ao afirmar que o direito à produção de provas é subjetivo e decorrente do devido processo legal, que “compreende o direito de requerer a realização de qualquer prova, desde que não proibida por lei, o direito de participar e acompanhar a produção da prova, bem como a possibilidade de avaliar a prova e, inclusive, oferecer contraprova”.

Corroborando o exposto são os precedentes do Tribunais de Justiça brasileiros. Confira-se:

Apelação. Crime de ameaça (artigo 147, do Código Penal). Sentença absolutória. Recurso do Ministério Público, alegando, preliminarmente, nulidade do processo por cerceamento de acusação. Magistrado que deliberou pela não oitiva de testemunha arrolada na denúncia, diante do teor do depoimento da vítima. Inadmissibilidade. O magistrado pode indeferir a produção de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (artigo 400, par.1º, do Código de Processo Penal). Exame de pertinência e relevância que alcança também a prova testemunhal. Mas, quando se tratar de testemunha tempestivamente arrolada pela parte, o indeferimento de sua oitiva é excepcional, reclamando um quadro em que se afigure a total irrelevância do depoimento para o deslinde da causa, sob pena de maltrato ao princípio do contraditório, com cerceamento de acusação ou defesa. Cenário não configurado na hipótese. Ministério Público que, no contexto, tinha o direito subjetivo processual de ouvir a testemunha. Devido processo legal maltratado. Recurso provido para anular o processo a partir da dispensa da oitiva da testemunha, designando-se data para sua oitiva, seguindo-se o procedimento previsto na lei. (TJ-SP - APL: 00054935620118260168 SP 0005493-56.2011.8.26.0168, Relator: Laerte Marrone, Data de Julgamento: 03/08/2015, 2ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 04/08/2015)

PENAL - HABEAS CORPUS - ART. 344 DO CP. PROCESSO SUSPENSO - ART. 366 CPP - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - FUNDAMENTO - DECURSO DO TEMPO - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 455 STJ - CONCESSÃO DA ORDEM. 1. É ILEGÍTIMA A DECISÃO QUE DETERMINA A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FUNDADA APENAS NO RISCO INERENTE AO DECURSO DO TEMPO. 2. O ENUNCIADO N.º 455 DA SÚMULA DO STJ EXPÕE QUE A DECISÃO QUE DETERMINA A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COM BASE NO ART. 366 DO CPP DEVE SER CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA, NÃO A JUSTIFICANDO UNICAMENTE O MERO DECURSO DO TEMPO. 3. NA HIPÓTESE, A DECISÃO NÃO APRESENTOU FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE JUSTIFICASSE A ADOÇÃO DA MEDIDA, SENDO CERTO QUE, COMO REGRA, TEM O RÉU O DIREITO DE ACOMPANHAR A PRODUÇÃO DAS PROVAS E EXERCER O CONTRADITÓRIO, PERMITIDA A COLHEITA ANTECIPADA, SEM A SUA PRESENÇA, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS E DE COMPROVADA URGÊNCIA, NÃO SENDO SUFICIENTE A ALEGAÇÃO GENÉRICA DA PASSAGEM DO TEMPO. 4. ORDEM CONCEDIDA PARA CASSAR A DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.(TJ-DF - HC: 204703720108070000 DF 0020470-37.2010.807.0000, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 03/03/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 16/03/2011, DJ-e Pág. 172)

Em suma, o direito à produção de provas do réu compõe seu direito de defesa, de modo que impedi-lo configuraria cerceamento e, posteriormente, a nulidade dos atos processuais. Já o órgão ministerial, o direito à produção de provas também tem sua importância, uma vez que sua acusação terá fundamento no conjunto probatório. Não tão longe, a instrução probatória também fundamentará a convicção do Juízo.

2.3 MOMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA

No ensejo, relevante salientar que o procedimento probatório obedece uma sequência lógica para a produção da prova: a) proposição (produção da prova); b) admissão (juiz defere ou não a prova); c) produção (realização da prova em audiência); e d) valoração (formação da convicção judicial sobre as provas produzidas).

Nesse rumo, Ishida (2010, p. 126) dispõe a respeito dos quatro aludidos momentos probatórios:

PROPOSIÇÃO (1º MOMENTO) – refere-se ao instante do processo para o requerimento de produção da prova. As partes requerem a produção de determinado tipo de prova. Regra: peça inicial (denúncia ou queixa-crime) e defesa prévia, ou ainda, a fase posterior à pronúncia, dando-se oportunidade para a acusação e defesa arrolarem testemunhas para o plenário. Proposição

em qualquer fase: incidente de sanidade mental. ADMISSÃO (2º MOMENTO) – É o ato processual específico e personalíssimo do juiz de examinar as provas propostas pelas partes e seu objeto, deferindo ou não sua produção. A regra é o deferimento, exceto as impertinentes ou protelatórias. PRODUÇÃO (3º MOMENTO) – conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes. Ex. prova testemunhal, é o momento de oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. VALORAÇÃO (4º MOMENTO) – é o exercício valorativo exercido pelo juiz em relação às provas produzidas emprestando a importância devida de acordo com sua convicção. Coincide com a prolação da sentença.

A respeito da propositura, que consubstancia o primeiro momento probatório, Gomes Filho (1997, p. 88) acentua que faz parte do direito à prova como um “poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório no processo, que seria reconhecido pelas legislações como direito não só das partes, como também de outros interessados”.

Assim sendo, quem alegar deverá provar o alegado, podendo o juiz, em qualquer caso, determinar a produção de provas na fase de investigação preliminar, ou requerer diligências no curso da instrução processual, como prevê o art. 156 do Código de Processo Penal:

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

Com efeito, vislumbra-se que a prova pode ser produzida *ex ante* quando a lei expressamente determinar. Quanto ao segundo momento (admissão), Badaró (2008, p. 204) diz que:

A admissão ou deferimento das provas se dá por decisão judicial. Correlato à proposição de provas lícitas é o direito de exclusão das provas inadmissíveis. A inadmissibilidade é uma sanção processual que visa a impedir que provas viciadas ingressem no processo e possam influenciar, de alguma forma, o convencimento judicial.

A admissão ainda é, nas palavras de Gomes Filho (1997, p. 880):

A efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados que caracteriza a observância do direito à prova; por isso, somente através de uma disciplina legal das hipóteses de rejeição das

provas, acompanhada da exigência de decisões expressas e motivadas, e adotadas após o debate contraditório, pode estar satisfeita a garantia.

Por sua vez, o terceiro momento consiste no direito à produção da prova pelas partes sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e diante do juiz natural. Para Gomes Filho (1997, p. 89), a produção concerne em:

[...] assegurar a participação dos interessados nos atos de produção (execução, assunção) da prova, o que configura, no dizer de Siracusano, um direito sobre o meio de prova. É através dessa participação, com impugnações, perguntas, críticas, e eventual oferecimento de contra-prova, que se realiza, em sua plenitude, o contraditório na instrução criminal, requisito essencial à legitimação da própria atividade jurisdicional.

No que tange ao quarto e último momento, o mais relevante, diga-se de passagem, da instrução probatória, tem-se a avaliação da idoneidade das provas colhidas, do qual o juiz competente apreciará a aptidão de cada elemento coletado a fim de formar seu convencimento.

De acordo com Badaró (2008, p. 204):

De nada adiantaria o direito de investigar, requerer, ter admitida e produzida a prova, se no momento culminante do processo, o juiz pudesse simplesmente, ignorar a prova. Toda a prova produzida deve ser valorada pelo juiz. É óbvio que o juiz não é obrigado a acolher a prova, mas considerá-la insuficiente para convencê-lo da ocorrência de determinado fato.

No ponto, não se pode olvidar que a busca da verdade real é sempre relativo, uma vez que, conforme aponta Alves (2016, p. 327), “impossibilita a reprodução, nos autos, da realidade dos fatos com absoluta fidelidade, daí porque o autêntico objetivo da prova é a busca da persuasão do juiz”.

Para Malatesta (1960, p. 111):

Atualmente não compete somente às partes a produção da prova, mas ao Juiz da causa, onde através dos seus Poderes Instrutórios poderá determinar sua produção para que possa dirimir a dúvida e certamente contribuirá para a pacificação social que é o objetivo do processo procurando aproximar – se da historicidade dos fatos e proferir a decisão justa, pois ao Juiz criminal não se admite o equívoco.

Desta feita, compete anotar que não cabe somente às partes produzirem provas no curso da instrução processual. O magistrado, caso entenda necessário para a elucidação dos fatos, pode, e deve determinar a colheita probatória.

2.4 PRINCÍPIOS DO SISTEMA PROBATÓRIO

O sistema probatório é composto por alguns princípios, dentre os quais a comunhão das provas (a prova é do processo), a não autoincriminação (o suspeito não é obrigado a produzir provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*), a audiência contraditória (a prova constante no processo deve ser apresentada às partes), a autorresponsabilidade (a produção de provas pelas partes), a oralidade (em regra, a prova deve ser produzida oralmente), a identidade física do juiz (o juiz que presidir a instrução deve prolatar a sentença), a publicidade (a audiência de instrução deve ser realizada com as portas abertas), e, por fim, a concentração (a prova deve ser produzida em um único ato).

À guisa de exemplo da aplicabilidade dos referidos princípios, colhem-se as seguintes ementas originárias:

HABEAS CORPUS" - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A DELEGADO E A AGENTES POLICIAIS CIVIS [...] O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado . - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (STF - HC: 90099 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-03 PP-00472)

APELAÇÃO TRÁFICO DE DROGAS. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. [...] ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO AUDIOVISUAL DE DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA NA FASE POLICIAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. [...] o Superior Tribunal de Justiça já proclamou: "I. O legislador, tendo em conta a evolução dos sistemas de tecnologia, e, ainda, os princípios da celeridade, duração razoável do processo e oralidade, conferiu maior agilidade à colheita de provas, possibilitando, no art. 405, §§ 1º e 2º, do CPP, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, consignando que, no registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição." (sublinhamos - passagem da ementa do AgRg no AREsp 159.802/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 07/05/2013) - O mesmo Sodalício destacou, ainda, que "Tal regra - cuja redação foi conferida pela Lei n.º 11.719/2008 - não tem o escopo somente de reduzir o tempo de realização do ato, em razão da desnecessidade da redução, a termo, dos

depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, mas, também para possibilitar registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita. Ve-se, assim, que o dispositivo não causa prejuízo às partes. Ao contrário, fortalece a sua segurança." (sublinhamos - passagem da ementa do RMS 32818/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012) [...] (Apelação Crime Nº 70053484242, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 12/12/2013) (TJ-RS - ACR: 70053484242 RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Data de Julgamento: 12/12/2013, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/08/2014)

Nesse sentido, Bonfim (2008, p. 321) preleciona que direito processual penal, não é imprescindível que o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento decrete a sentença, isso “desde que, evidentemente, ocupe legalmente a função de órgão competente para o julgamento do caso”.

Igualmente é o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça. Vide:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. NULIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ART. 399, § 2º, INTRODUZIDO PELA LEI 11.719/2008. MITIGAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 132 DO CPC. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO DE FÉRIAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Com o advento da Lei 11.719/2008, que inseriu o § 2º do art. 399 do CPP, foi introduzido no âmbito do processo penal, o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual, o Magistrado que presidir a instrução criminal ficará vinculado para proferir a sentença. - Todavia, esta Corte Superior, bem como o Supremo Tribunal Federal, vêm admitido a mitigação do referido princípio ante a aplicação subsidiária, nos termos do art. 3º do CPP, do art. 132 do CPC, que preconiza a possibilidade do juiz que não participou da instrução do feito, proferir sentença, nos casos de afastamento legalmente autorizado do juiz instrutor. - Verificando-se que, encerrada a instrução do processo, a sentença foi proferida por Magistrado substituto, em razão das férias do Juiz titular, não há falar em nulidade que, por ser relativa, exige, ainda, a demonstração de efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP, o que não ocorreu, in casu. Habeas corpus não conhecido. (STJ, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 20/05/2014, T6 - SEXTA TURMA).

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.885 - RJ (2013/0415972-4) RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA RECORRENTE : (...) HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E EXTORSÃO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. COLHEITA DA PROVA POR MAGISTRADO DIVERSO. SENTENÇA PROLATADA, EM RAZÃO DE AFASTAMENTO MOTIVADO POR DESIGNAÇÃO PARA OUTRO JUÍZO, PELA SUCESSORA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (...) 2. O princípio da identidade física do juiz coaduna-se com a ideia de concentração de atos processuais. Todavia, as diversas intercorrências que sobrevêm no curso do procedimento, por vezes, fazem com que o deslinde da ação penal não se efetue na audiência una. Desta forma, a fim de resguardar o sistema, é imperiosa aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil,

que autoriza, nos casos de afastamento (na espécie, motivado pela designação do magistrado que presidiu a instrução para atuar em outro juízo), que a magistrada substituta/sucessora sentencie a ação penal, a despeito de não ter presidido a instrução. 3. (...) (HC 13.058/AM, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 194). 7. Tratando-se de crimes de espécies diversas (latrocínio e extorsão), inviável o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. 8. Habeas corpus não conhecido. (HC 240.390/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014) Ante o exposto, com base no artigo 38 da Lei 8.038/90 e no artigo 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, nego seguimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus. Cientifique-se o Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília (DF), 12 de novembro de 2014. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Relatora. (STJ - RHC: 43885 RJ 2013/0415972-4, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 17/11/2014)

Outro não é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTELIONATO. PRELIMINAR - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NULIDADE VENCIDA. MANTIDA AS CONDENAÇÕES. REDUÇÃO DAS PENAS - DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PARA AMBOS OS ACUSADOS. 1) O princípio da identidade física do Juiz não é absoluto, podendo ser, como na espécie, excepcionado pelo artigo 132 do CPC, aplicando-o por analogia, nos termos do artigo 3º do CPP. (...) 6) APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DE OFÍCIO, DECLARADAS EXTINTAS AS PUNIBILIDADES DOS AGENTES PELA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 255654-23.2007.8.09.0064, Rel. DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 16/12/2014, DJe 1707 de 15/01/2015).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. NULIDADE. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO CONFIGURADA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO. CABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PREJUDICADOS. I - O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, depende de prova do prejuízo, podendo ser, como na espécie, excepcionado pelo art. 132 do CPC, de aplicação analógica na esfera processual penal. II - (...) - Demais pedidos prejudicados. IV - APELO CONHECIDO E PROVIDO. (TJGO, APELACAO CRIMINAL 482204-97.2009.8.09.0162, Rel. DES. CARMACY ROSA MARIA A. DE OLIVEIRA, 2A CAMARA CRIMINAL, julgado em 25/11/2014, DJe 1688 de 11/12/2014).

É de se ver, consoante leciona Mittermaier (1997, p. 59), que “provar é querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza”. No ponto, urge clarear que existe sutil diferença entre verdade e certeza, uma vez que a primeira é noção de realidade, enquanto a segunda por ser vista como estado subjetivo de espírito que pode não coincidir com a verdade real.

Nestes termos, Malatesta (1960, p. 22) explica que:

A verdade, em geral é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda.

Mister destacar, por fim, que existem fatos que independem da produção de provas, tais como os fatos notórios (ou verdade sabida), os fatos que contêm uma presunção legal absoluta (*juris et de jure*), os fatos impossíveis, os fatos axiomáticos ou intuitivos, os fatos irrelevantes, impertinentes ou inúteis.

O próximo capítulo apresentará os sistemas de avaliação da prova e suas admissibilidades no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, discorrendo, para tanto, acerca da íntima convicção do juiz, da prova legal do legislador e da persuasão racional do magistrado.

3 DO SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA E SUAS ADMISSIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Para que o Magistrado analise quais provas dependem da necessidade de serem ou não entranhadas no processo, haverá uma metodologia para verificar se a prova é apta ou não, o sistema é dividido em três tipos, que são: A livre convicção, que neste caso é onde o magistrado não necessita de motivação para tomar suas decisões. Caso muito comum no Tribunal do Júri onde os jurados, não motivam o seu voto, tendo total liberdade para decidir o futuro do réu, através das provas propostas no júri. Há também a prova legal, que para Guilherme de Souza Nucci é:

“Prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. (2014, p.342).

Assim, por último tem-se a persuasão racional, que nesta hipótese é o método de forma mista, e para Nucci: “Também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada.” (2014, p. 342).

Neste caso, é essa avaliação que foi adotada de forma majoritária, no processo penal brasileiro, onde o Juiz poderá decidir a causa através do seu livre conhecimento, mas tendo que fundamentar, para que assim fique claro para ambas as partes a sua real motivação. Assunto este que está disposto na Constituição Federativa do Brasil:

Art. 93, IX: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente, a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Assim, o Magistrado tem o direito à sua livre convicção dos fatos demonstrados no processo, porém, não é permitido que seja dada uma decisão baseada em fatos por ele vividos, ou seja, o Juiz não poderá basear sua decisão em seu depoimento pessoal, muito menos expor sua opinião de maneira íntima a respeito

do caso. Então ao fundamentar uma decisão, deverá ser baseada nos preceitos legais estabelecidos no Direito Brasileiro, podendo exemplificar com doutrinas estrangeiras. Nesse caso é livre para o magistrado a forma com que o mesmo vá fundamentar sua decisão, desde que a mesma seja dentro dos padrões estabelecidos por lei. Assim, as provas expostas no processo também podem ser usadas para fundamentos em decisões, desta forma o propósito é que não haja dúvidas sobre a decisão.

No processo penal brasileiro, existem diversas situações, em relação a imparcialidade do juiz. Nesta hipótese Nucci explica:

Não é menos verdade que todo juiz é, antes de tudo, um ser humano comum, carregando consigo suas boas e más tendências, o que, entretanto, deve situar-se na normalidade, vale dizer, precisa ter controle suficiente para não deixar que isso interfira no seu trabalho, bem como deve vincular-se exclusivamente à prova produzida, abstraindo-se de avaliar o caso, segundo sua inclinação pessoal. É o que a sociedade espera do magistrado. Não o fazendo e insistindo em ser nitidamente parcial nas suas decisões, passa a concentrar-se o problema na esfera disciplinar. Por derradeiro, convém destacar o novo parâmetro inserido pela Lei 11.690/2008, alterando a redação do art. 155, caput: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (2014,p. 344).

Neste caso, a imparcialidade do juiz é quando sua decisão é fundamentada através daquilo que é fornecido pela lei e não pelas partes.

3.1 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A ÍNTIMA CONVICÇÃO DO JUIZ

O doutrinador Eugenio Pacelli comentou sobre:

Além da questão ligada à iniciativa probatória do juiz, que não deixa de trazer uma certa carga de convencimento, ainda que em sentido negativo, isto é, de não convencimento, ou de dúvida em relação ao material probatório, assume grande importância o estudo acerca das regras de julgamento no processo penal, no que concerne aos métodos de valoração das provas. Nesse campo, como é óbvio, as atenções são voltadas para a necessidade de se controlar, em maior ou menor escala, a atividade judicante desenvolvida por ocasião do julgamento final. Dependendo do grau de preocupação com o subjetivismo inerente ao ato de julgar e, daí, com as possíveis arbitrariedades que dele possam resultar, pode-se adotar um modelo ou sistema de julgamento mais ou menos rígido. (2017, p.180)

Assim, a íntima convicção do juiz é uma das apreciações de provas, atualmente usadas no ordenamento jurídico. Assim, neste caso é adotado pelo Processo Penal Brasileiro, mas, é limitado em relação aos processos cuja competência seja do Tribunal do Júri. Já dito anteriormente, o juiz é livre para apreciar as provas as quais são trazidas para o processo, e a partir daí, sua decisão pode ser proferida. Sobre o livre convencimento motivado, é também um princípio adotado e mais comum no sistema processual penal brasileiro.

Nesse princípio, o livre convencimento, é assegurado a liberdade de escolha do juiz, pois não existe uma hierarquia entre as provas, ou seja, as provas por mais importantes que sejam em relação uma com a outra, todas têm o mesmo valor probatório. Logo, será formada sua livre convicção, sendo clara e de forma consciente. Em relação ao sistema da íntima convicção, é atribuída a prova que o mesmo quiser, neste caso, o mesmo pode fundamentar sua decisão, em convicções íntimas, sobre conhecimentos vividos, de forma pessoal, é livre. Assim, não existe a necessidade que sua decisão seja baseada nas provas contidas no processo, pois nem sempre aquilo que pensa, acha, é o que está disponível nos autos. Destarte, quem decide é o magistrado, excluindo de forma completa a necessidade de fundamentar sua decisão.

Na íntima convicção do juiz, é permitido que se condene pelo “coração”, metaforicamente, este princípio é o mais comum em Tribunais do Júri como mencionado acima, onde jurados pessoas leigas, julgam os réus pelos seus crimes macabros, como se fossem a população ali em peso, buscando a condenação quando necessária para o culpado.

3.2 PROVA ILEGAL DO LEGISLADOR

Para o legislador a prova ilegal no sistema jurídico brasileiro é toda aquela que fere os princípios constitucionais, conhecidas como provas ilícitas. Previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Deste modo fica restrito ao magistrado o uso de provas que surgem através de meios ilícitos. Conforme previsto na legislação.

Em relação a julgados anteriores sobre o assunto, o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral:

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROVA ILÍCITA 1. As provas produzidas nos autos que derivaram de prova cuja ilicitude foi arguida pelo réu de ação de investigação judicial eleitoral, consistente em gravação ambiental sem autorização judicial, podem ser declaradas nulas pelas instâncias ordinárias ex officio por força do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal. 2. Não há como alterar a conclusão da Corte de origem de que as provas produzidas posteriormente à gravação ambiental ilícita dela derivaram sem nova incursão no contexto fático-probatório. Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE - AgR-AI: 28128 MT, Relator: Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Data de Julgamento: 17/11/2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume -, Tomo 236, Data 15/12/2015, Página 17/18)

Acerca do mesmo tema, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

PENAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL. ART. 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS DOS JURADOS AOS QUESITOS. PRELIMINARES DE NULIDADE ACOLHIDAS. DETERMINADO NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. 1. DECLARADA A NULIDADE DO AUTO DE RECONHECIMENTO DE FOTOGRAFIA COMO MEIO IDÔNEO DE PROVA, POR ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO, PROFERIDO EM PROCESSO JUDICIAL INCIDENTAL ESPECÍFICO, O DESENTRANHAMENTO DA PEÇA DOS AUTOS É SOMENTE SUA CONSEQUÊNCIA. 2. A DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO NÃO FORA CUMPRIDA, PERMANECENDO O AUTO DE RECONHECIMENTO ENCARTADO NOS AUTOS DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL E DEBATES EM PLENÁRIO. 3. EMBORA NÃO TENHA SIDO MOSTRADO AOS JURADOS, PARTES E TESTEMUNHAS FIZERAM REFERÊNCIA AO PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO, BUSCANDO DISCUTIR A VERACIDADE DO ATO POR VIA TRANSVÉRSICA, À REVELIA DA DECISÃO ANTERIOR QUE DECLARAVA A ILICITUDE DA PROVA OBTIDA. 4. NO TRIBUNAL DO JÚRI, EM RAZÃO DA PRESCINDIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES, É IMPOSSÍVEL ESTABELECE-SE, E EM QUAL EXTENSÃO, O RECONHECIMENTO INFLUENCIOU NA FORMAÇÃO DA CONVICTÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA E A CONDENAÇÃO DOS RÉUS. 5. NOVO JULGAMENTO SE FAZ NECESSÁRIO SEM A PROVA DECLARADA ILÍCITA, POSSIBILITANDO AFERIR SE A CONDENAÇÃO É LÍDIMA E SE APÓIA EM OUTRAS PROVAS PRODUZIDAS, DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE INDISCUTÍVEIS, OU SE A HIPÓTESE É DE ABSOLVIÇÃO. 6. MALGRADA A DENÚNCIA ATRIBUIR IDÊNTICA CONDUTA A AMBOS OS RÉUS, OS JURADOS RESPONDERAM QUE APENAS UM DELES TERIA EMPREGADO RECURSO QUE DIFICULTOU OU QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO. A CONTRADIÇÃO ENTRE AS RESPOSTAS AOS QUESITOS TAMBÉM OCASIONA A NULIDADE DO JULGAMENTO. 7. PRELIMINARES DE NULIDADE ACOLHIDAS PARA SUBMETTER OS RÉUS A NOVO JULGAMENTO. (TJ-DF - APR: 20100110894030 DF 0000171-63.2006.8.07.0005, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 20/06/2013, 2ª Turma Criminal).

De acordo com as jurisprudências acima citadas, é possível analisar alguns tipos de provas ilícitas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como gravações não autorizadas pelo juízo, fotografias de maneira idônea entre várias outras que são facilmente encontradas diariamente no Processo Penal Brasileiro.

3.3 PERSUASÃO RACIONAL DO MAGISTRADO

A persuasão racional do magistrado é a formação do livre convencimento do magistrado baseada em uma análise de provas, embora haja a razão do devido processo legal, aquilo em que o magistrado entender através das provas que constam no processo, poderá usar dentro de sua decisão.

Ensina Eugenio Paceli (2017, p. 180) que:

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério da valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquele que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos desde que em consonância com outras provas.

Embora o magistrado tenha essa liberdade quanto ao convencimento, não se pode dispensar a sua fundamentação ou a sua explicitação.

Mesmo que livre para tomar sua decisão, e conseqüentemente formar o seu convencimento, o magistrado deverá deixar claro em sua decisão o real motivo que o mesmo optou por escolher tal prova. Paceli comentou (2017, p.180)

[...] Embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confirmar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Visto isto, entende-se que o livre convencimento motivado é regra de julgamento, a ser usado por ocasião da decisão final, fazendo então a utilização de todo material probatório levado aos autos.

No mesmo sentido, ainda com o Doutrinador Paceli (2017, p.181) é:

Essa regra de julgamento é aplicável somente às decisões do juiz singular, não se estendendo aos julgamentos pelo Tribunal do Júri, em que não se impõe aos jurados o dever de fundamentarem as suas respostas aos quesitos. Para o Tribunal do Júri vige o princípio da íntima convicção. Daí nossas reservas pessoais ao Júri.

O sistema de persuasão ou livre convencimento motivado é adotado pelo CPP, conforme está previsto em seu artigo 155:

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

A jurisprudência se baliza no princípio, conforme vemos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECONHECIMENTO DA VÍTIMA COERENTE E HARMÔNICO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 1. Quanto ao sistema de valoração das provas, o legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz, extraindo a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, decide a causa de acordo com o seu livre convencimento, em decisão devidamente fundamentada. 2. Ainda que não apontada, efetivamente, nenhuma outra prova para dar suporte à acusação, a não ser o depoimento da vítima prestado no inquérito policial e ratificado em juízo, é plenamente admissível que, dependendo do contexto probatório produzido nos autos, desde que haja coerência e harmonia, essa prova seja utilizada validamente como fundamento único para condenar o réu. 3. Conclusão em sentido contrário daquela a que chegou o Juiz da causa ensejaria profunda e indevida incursão na seara fático-probatória do processo, incabível na via estreita do habeas corpus. 4. Ordem denegada (STJ - HC: 100909 DF 2008/0043078-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 08/05/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.06.2008 p. 1).

Ainda sobre o princípio:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 499 DO CPP. INTIMAÇÃO EM AUDIÊNCIA. PRECLUSÃO LÓGICA E TEMPORAL. FLUÊNCIA DO PRAZO. CONTAGEM EM CARTÓRIO. NÃO-CONTRARIEDADE. NÃO-VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. TESES DEFENSIVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRETENSÃO RECURSAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. Decorre a preclusão lógica e temporal da ausência de requerimento de diligências, ante a intimação pessoal em audiência para o cumprimento do disposto nos arts. 499 e 500 do CPP. 2. O prazo dos arts. 499 e 500 do CPP flui em cartório para o Ministério Público e depois para a defesa. 3. "Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicável ao caso" (REsp 1.012.194/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 26/3/08). 4. Recurso não-conhecido. (STJ - REsp: 808513 BA 2005/0212592-5, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 02/06/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 29/06/2009).

No sistema processual penal o juiz pode avaliar e valorar a prova livremente pela sua convicção, ficando apenas adstrito a motivação da sua decisão.

O próximo capítulo trará uma análise completa em relação a prova ilícita no sistema processual penal brasileiro, seus princípios, prova por derivação e sua admissibilidade ou não no sistema jurídico.

4 DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O tema em questão ora já foi discutido de forma sucinta nos capítulos anteriores. Assim aqui será abordado de maneira mais aprofundada sobre as provas ilícitas no sistema processual penal brasileiro. Para o Legislador André Nicolitt (2016, p. 663):

O objetivo do processo penal não é uma verdade absoluta menos ainda a qualquer preço e a condição da validade da prova é o respeito ao devido processo e as garantias individuais. Neste passo a acusação tem o ônus da prova e só pode se desincumbir deste ônus com respeito a lei. Sendo assim, a verdade que se busca no processo está limitada pelo devido processo e pelas garantias fundamentais. Diante destas premissas, o primeiro aspecto que precisamos destacar é o fato de que a vedação da prova ilícita, assim, como todas as garantias fundamentais, está inserta no Capítulo I do título II, da CF/1988 que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos. Neste passo, poderíamos dizer que estamos diante de uma garantia eminentemente individual, ou seja, que se destina à pessoa humana.

Deste modo o processo penal tem como objetivo a permanência das garantias adquiridas e presentes na Constituição Federal. Deste modo, no processo penal não se busca a verdade de maneira absoluta, além do mais, a busca de provas que traga uma condição de validade, é necessário que haja o respeito ao devido processo legal, e, também, as garantias, assim como descrito acima.

Ora abordado, as provas ilícitas são aquelas inadmissíveis ao processo, assim, percebe-se que inadmissível é diferente de nulidade. Pois, de uma forma mais severa a inadmissibilidade, impede com que provas importantes sejam entranhadas no processo. André Nicolitt explica a diferença, em sua obra (2016, p. 664/665):

O fenômeno da inadmissibilidade da prova ilícita não se confunde com o da nulidade, mormente porque a falta de sistemática do tema nulidade ou os problemas ao redor da construção de uma “teoria geral das nulidades” permite discussões entorno da possibilidade de convalidação ou sanatório.

Então não há de se falar sobre inadmissibilidade comparando-a com nulidades pois ambas são matérias de direito diferentes. As provas ilícitas são subdivididas pela doutrina e também pela jurisprudência em dois tipos, que são: Provas ilícitas em sentido estrito e provas ilegítimas.

Em sua obra, Curso de Processo Penal, Guilherme Madeira explica a diferença entre cada uma delas:

- a) Prova ilícita: É obtida com violação das regras de direito material. Assim o depoimento obtido mediante tortur é exemplo de hipótese que viola a regra de direito material e portanto, constitui prova ilícita.”
- b) Prova ilegítima: É a obtida com a violação e regras de direito processual. Assim, se for lido em plenário documento que não tenha sido juntado com três dias de antecedência haveria nulidade da prova e não da ilicitude. (violação do art. 479 do CPP).

Deste modo, as provas ilícitas como demonstrado acima são subdivididas em duas espécies, uma material e outra processual. Ambas, com o mesmo efeito no sistema âmbito jurídico, quais sejam, inadmissíveis.

Sobre o tema acima comentado:

PROCESSUAL PENAL. PROVA. ILÍCITA E ILEGÍTIMA. DISTINÇÃO. ILEGITIMIDADE DA PROVA NA ESPÉCIE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. DESNECESSIDADE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1 - A complementação de diligência, feita pela Polícia Federal, após a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, mediante autorização do juízo processante, não é causa de ilicitude da prova, pois produzida sob o crivo do contraditório e cuja gênese em momento algum foi questionada pela defesa. Nulidade inexistente que elide a necessidade de sua retirada dos autos, pois ainda poderá ou não ser objeto de apreciação pelo juiz, quando formar sua convicção para proferir sentença. 2 - Distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade de prova. 3 - Inexistência de flagrante ilegalidade, na espécie, apta a fazer relevar a impropriedade da via, apresentada como substitutiva de recurso ordinário. 4 - Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 213448 RS 2011/0165258-4, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/08/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2013)

A respeito das Provas Ilícitas:

HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVAS. Deve ser denegada ordem de Habeas Corpus em que a análise da ilicitude de provas pretendida impõe exame aprofundado dessas, sobretudo valoração da prova oral, que não pode ser objeto da via estreita do writ. Em que pese não seja vedada reapreciação do mesmo caso, por mais de uma vez, na via do Habeas Corpus, deve-se ter em mente que eventual deferimento da ordem, tendo em vista que a questão é objeto de análise do STF, a menos que se tratasse de evidente erro do STM, configuraria invasão nas atribuições daquele Excelso Pretório. Ordem denegada. Unânime. (STM - HC: 2035220127000000 SP 0000203-52.2012.7.00.0000, Relator: Marcos Martins Torres, Data de Julgamento: 19/02/2013, Data de Publicação: 04/03/2013 Vol: Veículo:)

Ora demonstrado acima há de se perceber que mesmo com princípios para o uso de provas ilícitas no quais serão abordados logo mais, a inadmissibilidade prevalece, pois é a regra.

Mas para Guilherme Madeira (2017, p.518) "Apenas de maneira excepcional é que poderá ser utilizada a prova ilícita sob pena de, com o uso das teorias[...] transformar a exceção em regra." Desta forma, o uso de provas ilícitas em casos excepcionais é permitido, e quando usado, sempre em benefício do réu.

4.1 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

A Conhecida também como "*frutis of the poisonous tree*" (frutos da árvore envenenada) são provas adquiridas de forma lícita, em conformidade com o ordenamento jurídico, mas sua origem nasceu a partir de uma prova ilícita, impossibilitando seu uso no processo. Deste modo, sobre a prova ilícita por derivação, para Andre Nicolitt:

Não só a prova diretamente ilícita é vedada pela Constituição, mas tudo que derivar da ilicitude será considerado imprestável o processo, é o que ficou definido na experiência estadunidense como *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que parte da comparação de que uma árvore envenenada produz frutos envenenados, construindo-se então a teoria sobre as provas ilícitas por derivação.

A respeito da Teoria do Fruto da Árvore Envenenada, foi criada pela Suprema Corte Americana e adotada até o atual momento pelo Tribunal de Justiça. Vejamos alguns julgados sobre o aludido tema em questão:

RECURSO ADMINISTRATIVO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. RECONHECIMENTO DE ILEGITIMIDADE DOS CERTIFICADOS EMITIDOS PELO INSTITUTO ATUAL DE EDUCAÇÃO. CASSAÇÃO DOS EFEITOS SUSPENSIVOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As provas jungidas aos autos pelo então diretor de recursos humanos foram produzidas de forma lícita. Afastada a teoria dos frutos da árvore envenenada. 2. Recorrente não se desincumbiu do ônus processual de produzir provas de seu alegado direito. Recorrido apresentou conjunto probatório a ensejar a extinção do alegado direito do servidor. 3. Ilegitimidade dos certificados emitidos pelo Instituto Atual de Educação comprovada. Confirmada a decisão declaratória de anulabilidade do ato administrativo concessivo da gratificação de capacitação. Recurso não provido. Cassação do pagamento da vantagem pecuniária. (TJ-AC - Recurso Administrativo: 00013559020138010000 AC 0001355-90.2013.8.01.0000, Relator: Desª.

Denise Bonfim, Data de Julgamento: 02/12/2015, Tribunal Pleno Administrativo, Data de Publicação: 14/12/2015)

O Tribunal Regional Eleitoral:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO FUNDADA NO ART. 41-A DA LEI N.º 9.504/97. DEMANDA PROPOSTA COM FUNDAMENTO EM PROCEDIMENTO INSTAURADO PELO PARQUET. NATUREZA DE INQUÉRITO CIVIL. INADMISSIBILIDADE. ART. 105-A DA LEI N.º 9504/97. JURISPRUDÊNCIA DO TSE. PROVAS DECLARADAS NULAS. PRONUNCIAMENTO DE OFÍCIO. DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO. COMPROMETIMENTO REFLEXO. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. RECURSO PROVIDO. Em representação pelo cometimento do ilícito previsto no art. 41-A da Lei n.º 9.504/97, tem-se que o escopo do comando normativo é vedar o oferecimento de benefícios e vantagens em afronta à liberdade de voto. Ocorre que, se a demanda é pautada em procedimento preparatório instaurado pelo Ministério Público, na linha de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (RO n.º 474642), e nos termos do art. 105-A da Lei n.º 9.504/97, entende-se tratar-se de prova inadmissível, pois inviável a instauração de inquérito civil público para instruir representação eleitoral, sobretudo quando tais provas, especialmente os depoimentos e testemunhos, deixaram de ser adequadamente submetidas a contraditório. Por ser matéria de ordem pública, que comporta pronunciamento de ofício, tem-se por ilegal a instrução realizada pelo Ministério Público Eleitoral, declarando-se consequentemente nulas tais provas, à vista de error in iudicando. Por via de consequência, considerando a teoria da árvore dos frutos envenenados, não se ingressa da análise dos depoimentos colhidos em juízo, já que a oitiva se deu após a apuração irregular verificada no procedimento administrativo, como óbvia decorrência do arrolamento dos ouvidos com a apuração preliminar. Ante a falta de precedente fático e lógico à representação, assim considerada a própria captação ilícita de sufrágio, impõe-se sua improcedência, com o provimento do recurso. (TRE-MS - RE: 39228 MS, Relator: NÉLIO STÁBILE, Data de Julgamento: 20/05/2014, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 1054, Data 28/05/2014, Página 21/22).

O aludido tema em questão, pelo STF:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI)- ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II)- AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À

GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL . - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes . - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS . - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do "due process of law", que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo . - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum". Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POIS ONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO . - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária . - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes . - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar . -

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.. (STF - RHC: 90376 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 03/04/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147).

Em relação a estes julgados foi possível analisar em que ambos a Teoria do Fruto da Árvore Envenenada não foi aplicada, mas, foi citada e justificada a sua não aplicação, assim, fica claro a adoção desta teoria a respeito de provas ilícitas no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

4.2 ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL

A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, é realmente uma exceção à regra, é admitida em casos excepcionais. Como demonstrado nos capítulos anteriores, está previsto constitucionalmente em seu artigo 5º, LVI e no Código de Processo Penal, art. 157, somente a inadmissibilidade. Impossibilitando então a utilização das provas ilícitas.

Em relação a doutrina, a grande maioria dos doutrinadores defendem a não admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, indo de acordo com a Constituição. Mas, uma minoria dentro do meio jurídico defende a teoria da admissibilidade, pois, independentemente da origem da prova, ela é verdadeira, e assim, a solução do problema se daria na medida tomada em forma de punição para aquele que trouxe a prova ilícita para o processo, e não vetar a prova ilícita. Neste

caso, a prova ilícita seria utilizada tanto para a fundamentação da decisão do Magistrado, como também para o seu convencimento. Ora dito, a prova ilícita mesmo que ilícita o seu conteúdo e sua veracidade não são contaminados pela decorrência da forma em que adquirida, tornando-a possível de utilização no processo.

Sobre a admissibilidade das provas e a busca por alternativas legais para o seu uso, se tornou frequente. Princípios que favoreçam o réu, teorias e, também, exceções à regra, que então “permitam” a admissibilidade.

Para Guilherme Madeira, há algumas hipóteses para a sua admissibilidade, as quais são:(2017, p.526) “Assim, tem-se as seguintes situações: (a) exceção de boa-fé;(b) exceção de impugnação; (c) exceção de erro inócuo; (d) limitações quanto à legitimidade para requerer a exclusão da prova; (e) teoria da proporcionalidade; (i) prova ilícita pro reo.” Nestas situações demonstradas pelo doutrinador, a maioria delas não são aceitas no ordenamento jurídico brasileiro, assim, a descrição destas hipóteses em âmbito internacional, não serão abordadas neste presente trabalho.

4.2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A respeito da proporcionalidade e as provas ilícitas, Nicolitt citou: (2016, p.666).

Grande controvérsia surge em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade em relação às provas ilícitas. A toda evidência, as garantias fundamentais não podem ser aplicadas de forma que uma afaste ou sacrifique outra. Desta forma, deve-se adotar o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, para o fim de afastar aparentes antinomias surgidas entre tais garantias.

Para Nicolitt, a função principal da aplicação do princípio da proporcionalidade é em relação a necessidade da permanência das garantias fundamentais, que quando for preciso ser aplicado, uma não choque com a outra, no caso, existe a necessidade de uma proporção entre os direitos. E deve-se ressaltar que quando preciso ser aplicado será quando uma garantia “chocar” com outra, a função da utilização deste princípio quando aplicado e contrariedade ao princípio da vedação das provas ilícitas, não fere sequer qualquer direito individual, e sim faz com que outro direito de maior significância para o réu, prevaleça.

O STF, em relação a aplicação do princípio da proporcionalidade, não demonstrou interesse em sua aplicação acerca das provas ilícitas, mas, em tese ele o admite a incidência da proporcionalidade. Vejamos:

Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido. (STF - HC: 96056 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 28/06/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 07-05-2012 PUBLIC 08-05-2012)

O Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou através de jurisprudências a respeito da proporcionalidade:

PENAL. PROCESSUAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. "HABEAS CORPUS". RECURSO. 1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cujo harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido (STJ - RHC: 7216 SP 1998/0004035-8, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 28/04/1998, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.05.1998 p. 125 JBC vol. 47 p. 83 RDR vol. 13 p. 384 RJDTACSP vol. 39 p. 550 RMP vol. 9 p. 465 RSTJ vol. 109 p. 268 RT V 00755 p. 580 RT vol. 755 p. 580)

Para Grinover:

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

Diante do exposto, não restam dúvidas quando a doutrina e a jurisprudência questionam o uso do princípio da proporcionalidade a respeito da admissibilidade das provas ilícitas. É um assunto polêmico e aberto para mudanças,

e em decorrência das mudanças constantes da civilização, costumes, necessidades, o direito acaba se adequando ao dia-a-dia.

4.2.2 PROVAS ILÍCITAS *PRO REO*

Nesta hipótese será admitida a prova ilícita quando a mesma for favorável ao réu. Onde está em jogo algo muito maior que é a liberdade e a inocência do acusado. Madeira apud Grinower, Scarance e Magalhães (2017, p. 530): “além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.”

Existem casos em que o acusado pratica um crime em busca da verdade real dos fatos, em busca da prova de sua inocência, nestes casos a discussão é sobre a condenação pelo crime cometido. E a grande maioria dos doutrinadores reconhece que não tem porque o réu ser condenado por um crime no qual se buscava provar sua inocência.

4.3 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

Assim como as outras hipóteses apresentadas, neste tópico será brevemente comentado sobre a teoria da fonte independente, que basicamente é quando se tem duas fontes das quais podem ser obtidas as provas, uma lícita e outra ilícita. Teoria de origem americana, com julgados já existentes no Brasil, como por exemplo:

EMENTA: PENAL - PROCESSO PENAL - CTB - ARTIGOS 306 e 309 DO CTB - CONDENAÇÃO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - BEM JURÍDICO SIMILAR - CRIME ÚNICO RECONHECIDO - RECURSO DEFENSIVO - PROVA ILÍCITA - NULIDADE DO EXAME DE EMBRIAGUEZ - POLICIAIS NÃO INFORMARAM ACERCA DA NÃO OBRIGATORIEDADE - FRUTOS DA ARVORE ENVENENADA - NULIDADE NÃO CONFIGURADA - CONDOTA TÍPICA - PENA - FUNDAMENTAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO A carta magna veda a prova ilícita e as demais dela decorrente (prova ilícita por derivação), nos termos da teoria do fruit of the poisonous tree. Procurando mitigar a teoria da contaminação, com a crítica de alguns, a jurisprudência e a doutrina têm admitido a validade da prova com base nas **teorias da fonte independente e da descoberta inevitável**. No caso concreto, os depoimentos dos policiais atestando a visível embriaguez do apelante não

devem ser desconsiderados, ou, ainda, apontados como ilícitos, podendo a decisão condenatória neles se escorar, ainda que não observada a conclusão do laudo pericial de embriaguez a que se submeteu o acusado. Não podendo ser admitido no direito penal moderno o chamado crime de perigo abstrato por força do implícito princípio constitucional da ofensividade, apesar da redação econômica do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, atento ao princípio da proporcionalidade que desautoriza que a infração administrativa que é menos grave exija requisito não previsto na infração penal que é mais grave ("estar sob a influência de álcool ou qualquer outra substância"), penso que para o reconhecimento do crime da lei de trânsito referido não basta que o motorista esteja com o limite referido pela norma de concentração de álcool no sangue, impondo-se a comprovação de que ele estava dirigindo sob a influência daquela substância, o que se manifesta numa direção anormal que coloca em risco concreto a segurança viária que é o bem jurídico protegido pela norma. Entendimento contrário, consagra a ideia da adoção pelo Estado de instrumento simbólico para a conformação de comportamentos desejáveis, ainda que sem ofensa ao bem jurídico protegido, com utilização do aparato punitivo como *prima ratio* e não como *ultima ratio*. No caso concreto, a prova oral deixou certo que o acusado conduzia veículo automotor em via pública com capacidade psicomotora alterada, não se podendo falar em violação ao princípio da lesividade, porquanto ficou certo que ele dirigia na ocasião de forma anormal, em "zigue-zague", tendo colocado em risco o bem jurídico protegido, ou seja, a segurança do trânsito, devendo ser rechaçada a alegação defensiva de que não há prova do perigo concreto, sem esquecer, aliás, que tal direção perigosa foi o que justificou a abordagem policial. Processo dosimétrico correto. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. Recurso desprovido. (TJ-RJ - APL: 00089009220138190007 RIO DE JANEIRO VOLTA REDONDA 2 VARA CRIMINAL, Relator: MARCUS HENRIQUE PINTO BASÍLIO, Data de Julgamento: 31/01/2017, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 02/02/2017)

A jurisprudência é bastante recente e já se pode analisar a importância deste julgado no meio jurídico brasileiro, onde a fonte independente foi usada como base em uma decisão, para aqueles favoráveis a admissibilidade das provas ilícitas quanto mais teorias adeptas a admissibilidade estiverem presentes no dia a dia do poder judiciário, mais chances da teoria da admissibilidade se tornar comum nos processos terão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A respeito da pesquisa realizada para obtenção de esclarecimentos acerca do tema, conclui-se que a prova sempre demonstrará a verdade da afirmação ou existência do fato alegado, podendo, a partir disso, ser a verdade material ser reconstruída no afã de permitir ao juiz ter conhecimento dos fatos, atos e objetos do caso para que, por fim, forme seu convencimento processual.

O direito a produção de provas do réu compõe seu direito de defesa, de modo que impedi-lo configura cerceamento e, posteriormente, a nulidade dos atos processuais. Importante mencionar que o procedimento probatório obedece a uma sequência lógica para a produção da prova: a) proposição (produção da prova); b) admissão (juiz defere ou não a prova); c) produção (realização da prova em audiência); e d) valoração (formação da convicção judicial sobre as provas produzidas. Para que o Magistrado analise quais provas dependem da necessidade de serem ou não entranhadas no processo, haverá um processo para verificar se a prova é apta ou não, o sistema é dividido em três tipos, que são: A livre convicção, que neste caso é onde o magistrado não necessita de motivação para tomar suas decisões⁹. Há também a prova legal e por último a persuasão racional, que nesta hipótese é o método de forma mista, chamada também de convencimento racional e livre convencimento motivado.

Neste caso é essa avaliação que foi adotada de maneira majoritária, no processo penal brasileiro, onde o juiz poderá decidir a causa através do seu livre conhecimento, mas tendo que fundamentar.

Entendemos então que o magistrado tem o direito a sua livre convicção dos fatos demonstrados no processo, porém não é permitido que seja dada uma decisão baseada em fatos vividos, ou seja, o juiz não poderá basear sua decisão em seu depoimento pessoal, muito menos expor sua opinião de maneira íntima a respeito do caso. No sistema processual penal o juiz pode avaliar e valorar a prova livremente pela sua convicção ficando, apenas adstrito a motivação da sua decisão.

As provas produzidas não podem ferir os princípios constitucionais pois serão consideradas provas ilícitas, o verdadeiro motivo deste trabalho, a respeito das provas ilícitas e sua admissibilidade ou não. Está previsto no art. 5º da Constituição

Federal de 1988, “LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Estas são subdivididas em duas espécies, uma material e outra processual. Ambas, com o mesmo efeito no sistema jurídico, quais sejam inadmissíveis. Porém as provas ilícitas usadas através do princípio da proporcionalidade, conforme explicados anteriormente podem ser usados de maneira excepcional e sempre em favor do réu.

Através das pesquisas e hipóteses inicialmente mencionadas para encerrar, conclui-se que: a) alguns princípios: Princípio da proporcionalidade e outros processuais penais prevaleçam sobre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas; b) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro podem ser compreendidas com base em uma interpretação de supremacia de princípios; c) para provar sua inocência o réu poderá fazer uso de provas ilícitas.

Deste modo, conclui-se que infelizmente a teoria da admissibilidade ainda não é aceita no ordenamento jurídico brasileiro, mas, aceita-se brechas no quais permitem em parte sua admissão, então, independente da sua proibição ou não, uma hora ou outra será possível o uso completo desta teoria, porém, não será hoje ou muito menos amanhã , mas em breve.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

Acessado em: **31 de Março de 2017**:
<<http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/03/livre-convencimento-motivado-e-intima.html>> às 20h54.

BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de processo penal. 3.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **Diário de Justiça**, Disponível <
<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/160516089/andamento-do-processo-n-255654-2320078090064-do-dia-15-01-2015-do-djgo>> Acessado em 23 de Março de 2017, às 23h45.

BRASIL. Lei n. 3.689/1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Brasília, DF, **Senado**, 1941.

BRASIL, **Jusbrasil**, Disponível<
<https://guntherbleck.jusbrasil.com.br/artigos/119755646/o-principio-da-proporcionalidade-e-sua-aplicacao-nas-provas-ilicitas>> Acessado em 23 de Abril de 2017, às 21h36.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Habeas Corpus, Disponível<
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>> Acessado em 24 de Abril de 2017, às 22h35.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Habeas Corpus, Disponível <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25111281/habeas-corpus-hc-220956-df-2011-0239205-0-stj>> Acessado em 30 de Maio de 2017, às 14h09.

BRASIL, **Superior Tribunal Justiça**, Habeas Corpus, Disponível <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/619180/habeas-corpus-hc-100909-df-2008-0043078-0/inteiro-teor-100366410>> Acessado em 25 de Abril de 2017, às 12h40.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Habeas Corpus, Disponível <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5847994/habeas-corpus-hc-90099-rs>> Acessado em 14 de Março de 2017 às 18h35.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Habeas Corpus, Disponível <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588209/habeas-corpus-hc-96056-pe-stf/inteiro-teor-110380143>> Acessado em 24 de Abril de 2017, às 21h06.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Habeas Corpus, Disponível <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24179974/habeas-corpus-hc-213448-rs-2011-0165258-4-stj?ref=juris-tabs>> Acessado em 18 de Abril de 2017, às 18h09.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Habeas Corpus, Disponível <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152095366/recurso-em-habeas-corpus-rhc-43885-rj-2013-0415972-4/decisao-monocratica-152095376?ref=juris-tabs>> Acessado em 15 de Março de 2017 às 16h56.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, Disponível <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489220/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7216-sp-1998-0004035-8/inteiro-teor-100281933>> Acessado em 20 de Abril em 2017, às 20h45.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Recurso Especial, Disponível <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6064002/recurso-especial-resp-808513-ba-2005-0212592-5>> Acessado em 25 de Maio de 2017, às 21h09min.

BRASIL, **Supremo Tribunal Militar**, Habeas Corpus, Disponível<<https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23067800/habeas-corpus-hc-2035220127000000-sp-0000203-5220127000000-stm>> Acessado em 18 de Abril de 2017, às 08h09min.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Acre**, Recurso Administrativo, Disponível< <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271139666/recurso-administrativo-13559020138010000-ac-0001355-9020138010000/inteiro-teor-271139688?ref=juris-tabs>>Acessado em 20 de Abril de 2017, às 19h54.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, Apelação, Disponível <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23597299/apelacao-criminal-apr-20100110894030-df-0000171-6320068070005-tjdf A 18:48>> Acessado em 16 de Abril de 2017, às 23h30.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, Disponível < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18436261/hbc-hc-204703720108070000-df-0020470-3720108070000>> Acessado em 14 de Abril de 2017, às 12:45.

BRASIL, **Tribunal do Rio Grande do Sul**, Apelação, Disponível < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/134170157/apelacao-crime-acr-70053484242-rs/inteiro-teor-134170166?ref=juris-tabs>> Acessado em 14 de Março de 2017 às 19h09min.

BRASIL, **Tribunal de São Paulo**, Apelação, Disponível em <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/216715084/apelacao-apl-54935620118260168-sp-0005493-5620118260168>> Acessado em 13 de Março, às 13h50.

BRASIL, **Tribunal Regional Eleitoral**, Recurso Eleitoral, Disponível<<https://tre-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121523386/recurso-eleitoral-re-39313-ms>> Acessado em 20 de Abril de 2017, às 19h07.

BRASIL, **Tribunal Superior Eleitoral**, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, Disponível <<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271167137/agravo-regimental-em-agravo-de-instrumento-agr-ai-28128-mt/inteiro-teor-271167157?ref=juris-tabs> > Acessado em 13 de Março d 2017, ás 18h33.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal/** Guilherme Madeira Dezem; coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araujo Junior – 3º Ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 7ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal.** 2ª ed., Atlas, São Paulo. 2010

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das Provas em Matéria Criminal.** vol. I e II, Saraiva. 1960.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 12ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal.** 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal.** 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MITTERMAIER, DR. C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal.** 2ª Ed. Bookseller, Campinas, 1997.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal.** 6º Ed. rev. Atual. E amp. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11^o ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.

PACELLI, Eugenio – **Curso de Processo Penal**, 21 edição, ver. Atual. E ampl. – São Paulo: atlas 2017

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 32^a. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.