

LÁYRA FERREIRA PAGANINI

**A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E A
INEFICÁCIA DO *JUS PUNIENDI***

LÁYRA FERREIRA PAGANINI

**A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E A
INEFICÁCIA DO *JUS PUNIENDI***

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.
Orientadora Prof^a. Me. Kellyana Bezerra de Lima Veloso.

P129i

Paganini, Láyra Ferreira

A Inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e a ineficácia do *jus puniendi* / Láyra Ferreira Paganini. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019.

30 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientadora: Profª. Kellyana Bezerra de Lima Veloso

1. Prova. 2. Inadmissibilidade. 3. Prova Ilícita. I. Veloso, Kellyana Bezerra de Lima. II. A Inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e a ineficácia do *jus puniendi*. III. Centro Universitário São Lucas.

CDU 343.14

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário José Fernando S Magalhães
CRB 11/1091

LÁYRA FERREIRA PAGANINI

**A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E A
INEFICÁCIA DO *JUS PUNIENDI***

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof^ª. Me. Kellyana Bezerra de Lima Veloso.

Ji-Paraná, ____/____/2019.

Avaliação/Nota: _____.

BANCA EXAMINADORA

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas, Ji-Paraná

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas, Ji-Paraná

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas, Ji-Paraná

A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E A INEFICÁCIA DO *JUS PUNIENDI*¹

Láyra Ferreira Paganini²
Kellyana Bezerra de Lima Veloso³

RESUMO: O artigo científico tem como objetivo o estudo da inadmissibilidade da prova ilícita no Processo Penal vigente e a ineficácia do *jus puniendi*, esclarecendo de forma detalhada a definição de prova, meios de produção de prova, classificações das provas e relevância nos procedimentos processuais. Visa explorar as situações peculiares existentes em que a produção de prova pode se tornar ilícita ou ilegal, como se vê amparado no artigo 157 do Código de Processo Penal, qual determina o desentranhamento das provas ilícitas do processo e as originárias desta, e a Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI, estabelecendo que todo e qualquer dispositivo infraconstitucional deve coincidir com essa norma, sendo inadmissível no processo as provas adquiridas por meios ilícitos e a violabilidade aos princípios e garantias fundamentais.

Palavras-chave: prova; inadmissibilidade; prova ilícita.

INADMISSIBILITY OF UNLAWFUL PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT: The purpose of the scientific article is to study the inadmissibility of illicit evidence in the current Criminal Procedure and its ineffectiveness for *jus puniendi*, clarifying in detail the definition of evidence, means of evidence production, classification of evidence and relevance in procedural proceedings. It aims to explore the peculiar situations in which its production could make it illegal or illegal, as supported by article 157 of the Code of Criminal Procedure that determines the detachment of illicit evidence and those originating from it and item LVI of article 5 of Federal Constitution of 1988 which establishes that any and all infraconstitutional provisions must coincide with this norm, being inadmissible in the process the evidence acquired by illicit means and the violability of the fundamental principles and guarantees.

Keywords: proof; inadmissibility; illicit proof.

INTRODUÇÃO

O artigo científico é fundamentado por conteúdo pertencente ao Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Teoria Geral do Processo, conteúdos indispensáveis para os processos de instruções processuais tais como os demais procedimentos, partindo da notitia criminis até a sentença proferida pelo magistrado.

¹ Artigo apresentado no curso de graduação em Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná, 2019; como Pré-requisito para conclusão do curso sob orientação da Professora Kellyana Bezerra de Lima Veloso; email: kellyana.veloso@saolucas.edu.br.

² Acadêmica do curso de Direito; Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná/Rondônia; email: layrapaganini@hotmail.com.

³ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter, Especialista em Direito Constitucional pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Graduada em Direito pela Universidade Positivo. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. Endereço Eletrônico: kellyana.veloso@saolucas.edu.br.

A evolução jurídica do processo penal com relação aos meios de prova dá brecha para os julgadores buscarem a verdade real dos fatos com mais constância e ampliação de recursos.

A prova produzida no processo penal será aquela que fundamentará eventual sentença condenatória ou absolutória. São as partes que levam as provas ao conhecimento do juiz e o direito à prova está na possibilidade de utilizar os meios de prova acessíveis ao acusado e a única regra é a admissibilidade das provas, por isso as exceções devem ser justificadas, pois a finalidade é o convencimento do juiz.

Nesta celeuma, encontram-se provas que são vedadas no ordenamento jurídico, as chamadas provas ilícitas, que por regra não podem ser inseridas em juízo ou invocadas como fundamento de um direito, pois infringe o direito material.

No que diz respeito às provas ilegais, estão classificadas em ilegítimas e ilícitas. As ilegítimas violam a regra de direito processual e as ilícitas, são aquelas que violam regra de direito material ou a Constituição Federal no momento da sua coleta. Então, após a inadmissibilidade da prova ilícita tornar-se regra geral foram surgindo métodos para contornar a regra e fazer-se às exceções, porém se trata da relação de valores e princípios constitucionais, portanto, tende-se a seguir os critérios admissíveis.

Isso se dá devido à existência de determinados princípios processuais e garantias fundamentais, considerando a relevância da liberdade de produção de provas no processo penal.

Desta forma, há que ser feita uma análise geral dos fatos, pois depende do crime imputado e do crime praticado, não podendo ser praticado crime mais grave para ser absolvido crime menos grave.

Portanto, buscam-se soluções e possíveis explicações consonantes no que diz respeito à ineficácia do *jus puniendi* causada pela ilegitimidade das provas processuais, de modo a mostrar o desrespeito aos princípios Constitucionais.

Deste modo, se houver veracidade entre o crime descoberto e as provas incriminadoras independente de ilícitas, exceto as obtidas por meios violentos como a tortura, por exemplo, terá a possibilidade de ter validade probatória. Visto que a nulidade atual que se emprega em cima de tais provas, não anulam o fato típico que já foi praticado, logo anular tais provas impedirá o *jus puniendi* justo, o que gera controvérsia, já que obtida a prova ilicitamente, também seria ilícito o uso desta pelo

Estado. Ainda assim, mesmo que haja provas obtidas ilicitamente no processo, não é comprometida a existência do mesmo, pois a prova ilícita não contamina as demais provas, tendo em vista que o juiz não se contaminará com tais provas nos autos.

1. Os princípios processuais

Ao analisar os princípios processuais e demais dispositivos do Código de Processo Penal acerca de provas ilegítimas e ilícitas, nota-se que se trata de contradição ao ordenamento jurídico, pois envolve tanto o ilegítimo quanto o ilegal, infringindo as normas legalmente estabelecidas de direito material e processual, moral e bons costumes.

No entanto, a dispositividade das provas no direito processual penal são bem inferiores aos demais ramos processuais. Vejamos:

No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI). Assim, p. ex.: absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato, após a coisa julgada, ainda que venham a serem descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998, p.87).

Sendo assim, se o réu for absolvido, não poderão se evidenciar provas concludentes contra ele, já que se trata de uma concessão a verdade formal.

Neste sentido, deve-se destacar o princípio do *favor rei*, que se caracteriza pela decorrência de presunção de inocência, baseando-se no direito de liberdade do acusado quando se encontra em cotejo com o direito de punir do Estado, o que deixa claro que se houver incerteza, predomina o interesse do réu. Então partindo deste pressuposto, o princípio do favor rei deve conduzir as regras de interpretação, de forma que se houverem situações antagônicas, prevaleça a mais favorável ao acusado.

Para se emitir uma sentença condenatória no Processo Penal, é imprescindível que haja prova da existência de todos os componentes subjetivos e objetivos da norma penal e também da ausência de qualquer componente capaz de excluir a culpabilidade e a pena.

Deste modo, não se pode deixar de citar o princípio do contraditório e ampla

defesa, que é embasado em garantir que o cidadão não sofra consequência de uma sentença sem ter a probabilidade de ser parte no processo, ou seja, sem ter a chance de exercer o seu direito de defesa. Tal princípio decorre do artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Celso Ribeiro Bastos aduz:

O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz (BASTOS, 2001, p. 235).

O princípio do contraditório está ligado ao devido processo legal, que dá ao infrator o direito de resposta contra acusação, podendo usufruir de todos os meios de defesa admitidos.

A ampla defesa condiz ao direito da parte de se utilizar todo e qualquer meio que tenha a sua disposição para alcançar seu direito, seja por meio de provas ou recursos. Dessa forma, Celso Ribeiro Bastos esclarece:

O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualização não pode ser absoluta, porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe, pois, o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa, pois, a restaurar um princípio da igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes (BASTOS, 2001, p. 235).

Conclui-se que as provas, argumentos e alegações devem coincidir com a possibilidade de tais elementos por parte do infrator.

No mesmo intuito, destaca-se o princípio da vedação de provas ilícitas que é um princípio positivado, tendo fulcro no texto constitucional em seu artigo 5º, LXV, onde prevê que são inadmissíveis no processo as provas que são obtidas ilicitamente, desta forma, pode-se dizer que os meios de prova que violam

diretamente a Constituição Federal, no momento em que a ilicitude é declarada, não possuem eficácia probatória.

A doutrina e a jurisprudência tem admitido uma exceção ao princípio constitucional da vedação de provas ilícitas, trata-se da prova que é obtida ilicitamente, mas que é favorável ao infrator, de modo que mesmo declarada a ilicitude, torna-se admissível, sendo justificada por representatividade da Constituição Federal, que protege a garantia individual do cidadão para conter abusos de poder do Estado, o que seria antagônico se a própria garantia individual viesse a ser utilizada em desfavor do próprio cidadão.

Se tratando da inadmissibilidade das provas ilícitas há um caso que se tornou conhecido em todo mundo acerca das provas ilícitas em especial obtidas por meio da interceptação telefônica, foi o desenrolar da operação denominada “LAVA JATO”, em que o então juiz federal Sérgio Moro tornou público conversas entre o ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a presidente em exercício na época Dilma Roussef, é notório que o referido áudio impediu que o ex presidente ocupasse cargo que lhe desse imunidade, assim como influenciou diretamente nas eleições de 2018.

Quanto à alegada ilicitude do áudio, o então juiz Sérgio Moro justificou seu ato pelo princípio da Publicidade:

Como tenho decidido em todos os casos semelhantes da assim denominada operação Lava Jato, tratando o processo de apuração de possíveis crimes contra a Administração Pública, o interesse público e a previsão constitucional de publicidade dos processos impedem a imposição da continuidade de sigilo sobre os autos. O levantamento propiciará assim não só o exercício da ampla defesa pelos investigados, mas também o saudável escrutínio público sobre a atuação da Administração Pública e da própria Justiça Criminal. A democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que fazem os governantes, mesmo quando estes buscam agir protegidos pelas sombras (SOARES, 2016, p.51).

Pedro Ferreira Leite Neto defende que o encontro fortuito não é mera coincidência, pois cita:

O fato é que não raro se investiga uma cadeia de crimes sobre a qual podem existir informações razoavelmente consistentes, mas que nem por isso propiciam acurada determinação ou delimitação pormenorizada do objeto a ser investigado. Se outras medidas não se mostrem efetivas para levar a uma melhor definição prévia e cabal do objeto a ser investigado - em observância à subsidiariedade afirmada pelo inciso II, do artigo 2º da Lei 9.926/1996 - não se pode excluir, sem mais, o uso da interceptação telefônica a partir da qual como decorrência, não se haverá de debitar ao simples acaso o encontro de determinados autores ou partícipes - e que já

eram procurados -, os quais não teriam sido inicialmente indicados como investigados (NETO, 2013, p.96).

Trata-se então de crimes que dentro de uma elaborada estrutura permitiram satisfatória exposição do núcleo dessas atividades, o quanto bastaria para motivar a violação do sigilo na forma estudada. Deve ser válida a prova assim obtida porque se enquadra na exceção autorizada pelo parágrafo único, do artigo 2º da Lei 9.296 de 1996.

Seguindo a linha de defesa da legalidade, Paulo Rangel defende a corrente apresentando um raciocínio tanto lógico como óbvio. Vejamos:

Segundo autor os fatos fortuitamente alcançados sempre servirão como prova, independentemente de ligação com o crime anterior ou mesmo de ser a infração descoberta por acaso passível de interceptação. Para o doutrinador, não admitir tais provas seria “entendermos que do lícito adveio o ilícito” (RANGEL *apud* CABETTE, 2011, p.102).

Pode-se ver como exagero a permissão de utilização das provas até então consideradas ilícitas ou ilegítimas, porém a história é feita de mudanças que de absurdas tornaram-se necessárias e que de impossíveis tornaram-se obrigatórias.

Exemplo claro são os sigilos de comunicações, no início nem mesmo as cartas eram permitidas serem violadas, por ser constitucional sua violação era impossível, porém passou a ser necessária. O Supremo Tribunal Federal abriu-se uma exceção, permitindo com que os agentes do sistema prisional tivesse acesso ao conteúdo das correspondências dos detentos.

Alexandre de Moraes afirma:

(...) a inviolabilidade dos sigilos não poderia servir de salvaguarda de práticas ilícitas, ou seja, o grande protecionismo acerca da inviolabilidade do sigilo poderia facilitar determinadas práticas ilícitas, citando o exemplo de presidiários podem observar na atualidade os denominados chefes do tráfico que comandam seus cartéis de dentro do presídio, é certo que a forma de comunicação utilizada não são as cartas, contudo, se fosse haveria impedimento devido a quebra de sigilo (MORAES, 2003, p. 65- 66).

A história mostrou que o que era legalmente impossível necessitou de se tornar exceção e até mesmo necessitou reforma, desde que se obtenha autorização judicial e os objetivos sejam autorizados pela lei.

2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito de prova

O Estado é responsável por reprimir a transgressão à lei penal através do seu *jus puniendi* e da persecução penal realizada nos delitos penais, tendo que aplicar as medidas cabíveis e sanções para manter as regras e parâmetros legais determinados pelo legislador pátrio.

Assim, quando alguém relata uma notícia crime, o Estado inicia sua persecução penal e, posteriormente, caso a notícia crime tenha elementos suficientes, ela é encaminhada por meio de inquérito policial ao Ministério Público e é realizado a denúncia do crime.

Só assim que se inicia um processo e dentro deste é verificado todos os elementos de fato e de direito, para que haja uma condenação ou absolvição. Por isso, o tema das provas deve ser elucidado para que os direitos e garantias constitucionais dentro de um processo sejam efetivados.

Insta salientar, então, o conceito de prova. O termo prova pode ser definido como a comprovação de algo, ou seja, a verificação ou aprovação de um fato ou conjunto de fatos. Portanto, assegura-se que a prova é um instrumento pelo qual se tem a possibilidade de reconstruir um fato passado, com o objetivo de revelar o que realmente aconteceu em uma determinada situação delituosa.

A produção da prova é o ato de demonstração ou elementos que comprovam que algo é verídico, então, nada mais é que a averiguação dos fatos na tentativa de convencer o juiz da existência ou não existência do delito, ensejando assim a responsabilidade criminal, em regra geral podendo ser produzida na fase de instrução e julgamento em um processo.

Júlio Fabbrini Mirabete esclarece:

(...) essa demonstração que deve gerar no juiz a convicção de que necessita para o seu pronunciamento é o que constitui a prova. Neste sentido, ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último. (MIRABETE, 2003, p.270).

Dentro de um processo então, a prova tem a finalidade de instruir o julgador ao convencimento com convicção, de modo que não paire dúvidas ou incertezas

quando o próprio lidimar a sentença, não sofrendo influências e agindo conforme a legalidade.

Porém, para os meios de provas serem admitidos em um processo, precisa-se efetivamente que não infrinja o poder do Estado e nem o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro. Quando os meios de prova não são admitidos, caracteriza-se a ilegalidade, ou seja, no momento de obtenção da prova houve infração processual ou material desrespeitando a lei.

Desta forma, é evidente que a prova constitui valor imensurável, pois tem condão para decidir um processo de modo benéfico ou de modo negativo, dando proteção ao princípio do contraditório e ampla defesa em prol de um julgamento justo.

O Código de Processo Penal afirma em seu artigo 155:

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 repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

Visto isso, utiliza-se a prova com a finalidade de mudar o rumo do processo, revelando a veracidade dos fatos, seja por meio testemunhal, audiovisual, documental e outras inúmeras formas existentes de produção de prova.

Também dispõe o artigo 156 Código de Processo Penal, que:

Artigo 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.

Sendo assim, é permitido ao juiz de ofício no decurso do inquérito policial, a produção de prova antecipada, sendo legitimada a ele uma busca pela verdade real, usufruindo da imparcialidade e garantindo a eficácia processual, com resquícios de uma conclusão consistente, sem isto, não há o que se falar em culpabilidade.

Está claro que a prova é uma ferramenta importantíssima para o desfecho do processo, tanto para acusação, quanto para defesa, não podendo o juiz condenar

alguém caso não seja provada a culpabilidade, conforme dispõe o artigo 5º, LVII da Constituição Federal brasileira, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2.2 Classificação das provas

O meio de maior relevância para persuadir o juiz a se tornar convicto de determinada situação e alcançar o objetivo almejado são as provas, de forma que existem classificações e ramificações que norteiam e são necessárias para o andamento do processo.

Sendo assim, as provas se classificam quanto ao valor, objeto, sujeito e forma, de modo genérico, conforme ensina Mirabete (2008, p. 251-252), “Quanto a suas classificações as provas possuem uma grande diversidade, podendo ser classificadas quanto ao seu objeto, ao seu efeito e valor, as provas reais, as pessoais e quanto a sua forma ou aparência (documentais testemunhais e materiais)”.

Quanto ao seu efeito e valor, para Távora e Alencar “é o grau de certeza gerado pela apreciação da prova” (2010, p. 348), coincidindo com as plenas e não plenas, respectivamente, a primeira é a prova que fornece certeza ao juiz e a outra é a que destaca probabilidade, no entanto, esta somente é aceita para a decisão da pronúncia, pois para a condenação é necessária a prova plena.

Quanto ao objeto, divide-se em direta e indireta, a direta conduz-se no sentido de apontar a ocorrência dos elementos típicos de uma norma que se quer aplicar, e a indireta que atinge o fato principal através da lógica, dedução ou raciocínio.

Quanto ao sujeito, Paulo Rangel as divide em pessoal e real, sendo utilizados os vestígios e as pessoas físicas, ou seja, “prova pessoal é toda afirmativa consciente destinada a mostrar veracidade dos fatos afirmados, enquanto a real é aquela originada dos vestígios dos crimes”. (RANGEL, 2015, p.466). A pessoal trata-se de revelação consciente, como o depoimento feito por determinada pessoa, já a real é caracterizada por se tratar de provas consistentes, como exemplo disto, o lugar, a arma ou até mesmo o cadáver.

As provas também são classificadas quanto a sua forma, que pode ser material, testemunhal e documental.

A material origina-se do meio biológico, físico ou químico, como o corpo de

delito.

A testemunhal refere-se aos depoimentos prestados. Guilherme de Souza Nucci dá a testemunha a definição de sendo “a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo pois confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade; (NUCCI, 2013, p. 470-471).

As testemunhas possuem também subdivisões, como conceitua Guilherme de Souza Nucci:

Diretas são aquelas que viram os fatos; Indiretas aquelas que souberam dos fatos por intermédio de outras pessoas; Próprias que são as que depõem sobre fatos relativos ao objeto do processo; Impróprias que são as que depõem sobre fatos apenas ligados ao objeto do processo; Numerárias que são as que prestam compromisso; Informantes são as que não prestam compromisso de dizer a verdade; e as Referidas que são aquelas indicadas por outras testemunhas (NUCCI, 2013, p. 470-471).

Veem-se também as que são mais comuns, as denominadas provas documentais, que na maioria das vezes por si só já deixam o juiz convicto da verdade real do fato, como por exemplo, através de cartas e fotos autenticadas, trata-se de documentos produzidos no decorrer do processo.

E finalizando, a prova *prima facie*, que significa à primeira vista é a prova de primeira aparência, assim o juiz forma seu convencimento através de princípios práticos da vida e das ações ocorridas no cotidiano, costumeiramente, ficando ciente da veracidade do fato, ou seja, “são elas indicadas na nossa lei como indícios veementes, indícios suficientes, fundadas razões e outras expressões semelhantes” (MIRABETE, 2008, p.251).

O fato é que existem vários meios de obtenções de provas, mesmo que para sua produção exista muita complexidade.

Desta forma, as provas funcionam de maneira conjunta com outros meios probatórios, permitindo ao juiz um meio a mais para inferir sua decisão.

Vejamos a seguir os meios de prova, que são as atividades ou instrumentos dos quais os elementos de prova são inseridos no processo.

2.3 Meios de prova

São os fatores ou mecanismos utilizados para dar o convencimento necessário ao magistrado sob a decisão ideal que deve ser tomada em cada caso

específico, e tem como exemplo, testemunha, documento e perícia.

A atividade da polícia fica responsável em indicar os meios de provas e promover investigações, visando localizar pessoas que se envolveram na prática de infração penal, bem como exercer funções de caráter cautelar como a busca e apreensão, prisões de indivíduos, dentre outras, desde que cumpridos os requisitos constitucionais. (MOSSIM, 1996, p. 225)

As ferramentas utilizadas para produção e obtenção das provas são os denominados meios de prova. Independentemente do grupo de crimes que serão investigados ou objetos da ação penal, os meios podem produzir provas legais e/ou lícitas ou não.

No entendimento de Lopes Jr. Afirma que:

Meios de prova: são os meios utilizados pelas partes no processo para o convencimento do juiz, que remontem à formação do fato criminoso, isto é, à sucessão de acontecimentos, demonstrada dentro uma linha cronológica, referente ao delito cometido; esses elementos probatórios servirão de base para a decisão que será tomada pelo magistrado (LOPES JUNIOR, 2018, p.344).

O encaminhamento do processo deve estar de acordo com as classes e meios de provas possíveis, e de acordo também com a sua utilização e devida produção, aplicando-se o dever de observar os chamados princípios da prova.

Neste sentido, insta citar os princípios que subjugam as provas, começando pelo princípio da auto responsabilidade das partes, que caso haja inatividade a própria parte se submeta a consequência. Em seguida, o princípio do contraditório ou da audiência contraditória, uma prova não pode ser produzida por determinada parte sem o conhecimento da outra parte. Logo, o princípio da aquisição ou comunhão, que vem afirmando que a prova produzida não pertence somente a uma parte, é de interesse de todas as partes envolvidas no processo. No mais, o princípio da oralidade que é de extrema necessidade que haja oratória, ou seja, diálogo, transmitido em forma de audiência, o que gera o princípio da concentração. E por fim, princípio da publicidade, contendo apreciação da prova, termo em que o juiz formará a sua convicção.

Deve-se utilizar sempre a verdade, fazendo presente a influência preponderante das provas, tendo, porém a limitação e relevância na persecução do processo.

Logo, é evidente que há limitações para não ocorrer prejuízos derivados da tentativa de obtenção da verdade e mesmo com a possibilidade de não se chegar a uma conclusão inteira, tais limitações não impendem que a justiça seja aplicada.

Sendo assim, é perceptível que o processo penal brasileiro permite um leque maior relacionado à quantidade de meios de prova adentrados em busca da verdade e convicção. Caso não consiga um convencimento total da prática do ilícito, mas uma ação parcial por parte do agente haverá proporcionalidade na sanção penal, visto que o magistrado não poderá simplesmente desperdiçar os atos.

3. A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Consideram-se como provas ilícitas as obtidas com violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos.

De acordo com o caput do artigo 157 do código de processo penal, que foi editado e disciplinado pela Lei n. 11.690/2008, “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Complementando os parágrafos 1º e 2º afirmam:

Art. 157. § 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 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.

Vejamos que o dispositivo legal além de não admitir as provas ilícitas também afirma que não são admitidas as que se originam delas.

Ainda sobre as provas ilícitas se esclarece:

A distinção é ainda mais relevante se considerarmos que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são possíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas. Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi

feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição. (LOPES JR, 2018, p.135).

Portanto, ficou claro que não são necessários grandes erros ou vícios nas produções de provas para que a mesma seja considerada ilícita ou ilegítima, porém grandes são os números de práticas ilícitas e gravidades dos crimes que passam impunes devido aos dispositivos que caracterizam a irregularidades das provas. A grande celeuma que gira em torno do que diz respeito às provas ilícitas se dá pelo fato da autenticidade que é exposta por elas, mostrando a verdade do caráter doloso e criminoso do agente, além da materialidade dos fatos.

O dever do Estado é reprimir e prevenir o crime sem ferir as garantias de cada cidadão, aplicando uma lei justa.

Além das provas ilícitas existem as ilegítimas, Fernando Capez (2005, p. 263) cita, “Prova ilegítima: quando a norma afrontada tiver a natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, se, por exemplo, um documentado for juntado na fase das alegações finais, a prova é ilegítima”.

Embora ainda falha a inadmissibilidade de tais provas, permite um aumento eficaz da ação penal, porém as encontradas em caso de serendipidade (encontro fortuito), comum nos casos de interceptações telefônicas, continuam não sendo admitidas. Sendo admitidos em casos de conexão, como exemplo:

Se o fato objeto do encontro fortuito é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório, inclusive quanto ao fato extra descoberto, e desde que se trate de infração para a qual se admita interceptação. De outro lado, não vale a interceptação telefônica como meio probatório: a) seja em relação ao encontro de fato não conexo; b) seja quanto a fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado (GOMES; CERVINI, 1997, p.194).

Acerca das demais provas ilícitas, fato interessante e relevante é que embora a prova ilícita não seja admitida para oferecimento de denúncia, a mesma prova ilícita será admitida para absolvição do réu, pois não é admissível a violação de qualquer direito ou princípio, tornando-se relevante a presunção de inocência e destacando o princípio da proporcionalidade *pro reo*, em que a obtenção da prova não deve sacrificar o direito de um inocente.

Logo, pressupondo a inocência do infrator não se pode infringir a garantia aos princípios dos direitos humanos, como o direito de ir e vir em segurança e o direito

de liberdade.

Neste sentido, na Lei 9.296/96 que trata das interceptações telefônicas, encontra-se a ilicitude, pois em seu artigo 2º, inciso III, é afirmado que quando a ação penal é passível apenas de detenção a interceptação de comunicação não poderá ser admitida.

A interceptação telefônica é citada por se tratar de ferramenta usual de investigação operada pela polícia judiciária, além de estar presente no avanço tecnológico do Brasil.

Como a investigação trabalha a princípio com presunções para chegar a um fato certo, juntamente com questões conexas, o método de raciocínio utilizado é o fenômeno da “serendipidade”.

Gomes defende a utilização das referidas provas. Vejamos:

[...] sendo o fato objeto do encontro fortuito conexo com o fato que se busca investigar ou se o agente encontrado tem relação de continência com esse fato, na forma do artigo 76 do Código de Processo Penal, são as provas assim obtidas válidas. De outro lado, inexistindo essa relação, o que se encontrou não poderá valer como prova, mas como *notitia criminis*.

A interceptação telefônica pode ser ferramenta comum na produção de provas ilícitas, causadas mais pela extrema restrição da norma do que por má fé dos investigadores, visto que sua grande maioria são frutos do encontro fortuito de provas. Não ocorre diferente com os devidos meios de produção de prova.

O Superior Tribunal Justiça, em caso específico já admitiu a validade do encontro fortuito de provas. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. ALEGADA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRÁTICA DE CRIME DIVERSO. ENCONTRO FORTUITO. LEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. A desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de piso diante de suposta contrariedade a lei federal, buscando a absolvição por ausência de elementos probatórios aptos a embasar a condenação, não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias soberanas no exame do conjunto fático-probatório, e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

Nota-se que tanto na lei genérica como na lei específica, ocorre a garantia contra as provas consideradas ilícitas. Outra semelhança está no fato de mesmo

sendo ilícitas elas mostram a realidade do fato, ou seja, a história verdadeira do que ocorreu do início até a conclusão do fato típico.

Noberto Avena defende a validade das provas encontradas de modo fortuito, especificadamente o autor cita uma situação da lei 9.296/96, porém o argumento poderá ser válido para todo processo penal, visto o vício na obtenção de prova ilícita e não a má fé do agente investigativo. Veja o que diz:

Afinal, se obtidas a partir de uma violação autorizada – e, portanto, lícita – não há por que serem considerados contaminados de ilicitude tais elementos, sendo inaplicável ao caso a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. (AVENA, 2011, p. 512).

Em suma, o que o autor afirma é que embora os agentes não tenham sido flagranteados pelos crimes aos quais vinham sendo investigados, a conduta ilícita é real.

As provas consideradas ilícitas têm o seu valor probatório, visto que possuem o crédito para denúncia, do contrário nem para *notitia criminis* deveria servir, de modo que a extensão de sua utilidade para objeto de convencimento do juiz na instrução processual causará aumento relevante da eficácia do *jus puniendi*.

Portanto quanto ao crime descoberto, as provas incriminadoras independentemente de ilícitas (exceto as obtidas por meios violentos como a tortura) poderiam ter sua validade probatória. Visto que a nulidade atual que se emprega em cima de tais provas não anula o fato típico que já foi praticado.

Já o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LVI faz referência às provas ilícitas, trazendo em seu texto que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Portanto, o indivíduo possui direito garantido a tentativa de provar sua inocência ou culpabilidade.

Não é só inadmissível a prova obtida por meio ilícito, mas também a derivada desta, vê-se então, que ninguém pode ser denunciado, investigado ou condenado tendo como base as provas ilícitas, quer sejam derivadas ou originárias.

A Constituição Portuguesa disponibiliza em seu artigo 32, o que se entende por prova ilícita:

Artigo 32º, VIII: São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Existe uma tênue diferença entre a constituição portuguesa e a brasileira, a brasileira prevê que a prova ilícita é inadmissível e a portuguesa expõe que as provas ilícitas são nulas, sendo assim, há distinções, pois no sistema de nulidade o juiz declara a nulidade quando a prova ingressa no processo, no sistema de inadmissibilidade, a prova ilícita não pode ser ingressada, e se for, deve ser desentranhada do processo.

3.1 Provas inadmissíveis e provas ilegítimas

Para uma prova ser utilizada, ela necessita do preenchimento de requisitos específicos, os quais garantirão a sua validade, portanto a prova pode ser invalidada quanto a sua ilicitude e sua ilegitimidade, Paulo Rangel explica:

A vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: será prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual e será ilícita quando a ofensa for ao direito material (RANGEL, 2015, p.474).

Sendo assim, não é admissível a violação de todo e qualquer direito com a finalidade de proteger outrem, ou seja, não se pode admitir um ato ilícito para que outro seja elucidado, pois equipararia o agente produtor das provas ao pressuposto autor do fato típico.

É visto então que pode ser considerada prova inadmissível aquela que enseja a violação do direito material no ato da obtenção da prova. Neste sentido, Capez (2005, p. 263) especifica, “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta as normas de direito material, será chamada ilícita”.

Dessa forma, define-se por normas materiais aquelas que são encontradas previamente previstas em lei, de forma clara e objetiva, concedendo tanto direitos, quanto deveres, e impondo os limites necessários para que não haja nenhuma irregularidade enquanto ocorre a persecução penal.

A título de exemplo Paulo Rangel (2015, p.476) conceitua e exemplifica, “Segundo a melhor doutrina, a prova ilegítima seria aquela proibida pelo direito processual, como por exemplo, o depoimento de um líder sacerdotal (padre) contra a sua vontade, pois estaria ferindo a previsão processual quanto aos meios de provas”.

A norma material indica assim, o início da legalidade ou não, para o início da ação, enquanto a determinada norma processual a conduz, trabalhando dessa forma, juntas, mesmo que sejam feridas de maneiras distintas e prejudicando o andamento do processo e o resultado final.

3.2 Prova emprestada

Conforme o andamento do ato processual é possível obter-se prova utilizada em processo diverso, dando a possibilidade de a mesma ser juntada no processo atual, desde que seja observada com cuidado a sua formação no processo anterior e esteja presente no andamento o devido processo legal.

Deste modo, define-se prova emprestada como a prova que foi juntada nos autos de outro processo e que por meio da reprodução documental pode ser juntada em um processo criminal que ainda está pendente de decisão, podendo ter consideração relevante, mas é necessário que o julgador tenha extrema cautela ao analisar o formato de um feito para o outro, ou seja, de onde e como surgiu.

Neste sentido, é rara a situação em que a prova emprestada será utilizada e terá validade, pois o processo anterior teria que possuir partes idênticas do processo ao qual se deseja usá-las.

Portanto, conclui-se que há possibilidade de deslocamento via documento de uma determinada prova, de um processo para outro distinto, desde que as mesmas partes estejam envolvidas, e sejam respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, e é importante recordar que a violação de princípios constitucionais torna a prova ilícita, fazendo deste modo, com que seja inadmitida para o processo.

3.3 Provas ilícitas por derivação

Havendo várias fontes, classificações e produções de provas de diversas maneiras, há que se falar também em outros atos ilícitos sobre a prova, como exemplo, por derivação, ou seja, são inadmissíveis as provas que tem origem ilícita, sendo igualmente interligada a ilegalidade, desta forma, avalia-se que de nada resolve abater determinada prova se o meio ilícito continuar produzindo efeito.

Diante disso, é firmado que a prova ilícita por derivação tende a seguir o critério da inadmissibilidade no processo, pois o indivíduo não pode ser denunciado, investigado e condenado tendo como base somente as provas ilícitas, quer sejam derivadas ou originárias.

As provas ilícitas por derivação são consideradas lícitas, porém trazem consigo resquícios de ilicitude, e por mais que sejam convincentes e perfeitas, o método ao qual foram obtidas prejudica todo o processo, dando sentido a chamada teoria da árvore dos frutos envenenados, ou seja:

(...) Mediante tortura (conduta ilícita), obtém-se informação da localização do res furtiva, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais. Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo a estigma da ilicitude penal (TOURINHO, 2008, p.262).

O direito brasileiro encaixa-se a teoria da árvore dos frutos envenenados, que apesar de tornar a decisão muito abstrata, está presente em algumas doutrinas e jurisprudências em total consonância com os princípios basilares da Constituição Federal e fortaleceu o tema em direito material, como reforço a Lei nº 11.690, de 2008 inseriu no artigo 157 do Código de Processo Penal a seguinte norma:

Artigo 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.

A discussão sobre a aceitação ou não da prova obtida por derivação da ilícita tornou-se um celeuma jurisprudencial, pois se conclui que as provas ilícitas por derivação são aquelas que mesmo legais surgiram de meios ilícitos.

Com a criação do dispositivo legal referido, a restrição quanto à admissibilidade da prova tornou-se mais intensiva, aproximando o direito material do direito processual, uma vez que desrespeitar o direito material já impede o procedimento da ação.

A Lei nº 11.690, de 2008, também incluiu no dispositivo o parágrafo 2º do artigo 157 do código de processo penal, o qual esclarece, “§ 2º Considera-se fonte

independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Ao citar “fonte independente” a referência é destinada a prova produzida legalmente, que em sua totalidade é considerada lícita, neste caso é importante ressaltar o que diz no §1º do artigo 157 do CPP, onde afirma que se as provas derivadas da ilicitude puderem ser obtidas por uma fonte independente não haverá inadmissibilidade.

Paulo Rangel explica em sua doutrina o art. 157 do CPP:

A Lei fala que se não houver um nexo de causalidade entre prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade é o liame que deve existir entre prova ilícita e outra (ilícita) para que possamos falar em contaminação. É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra (RANGEL, 2015, p.486).

O Supremo Tribunal Federal vem sendo conivente quanto às peculiaridades em que permitam a utilização das referidas provas:

O Supremo tribunal Federal tem defendido essa tese, pois em acórdãos recentes o entendimento é que se a interceptação feita ao arripio da lei 9296 de 1996 não foi o único meio de fato-crime, havendo assim outras fontes de prova, independentemente da interceptação não há que se falar em contaminação. Criando dessa forma a teoria da Prova Absolutamente Independente (PAI) ou Fonte independente de prova (FIP), acreditando não caracterizar assim infidelidade a Constituição (RANGEL, 2015, p. 477).

Desta forma, conclui-se que o fato de existir a fonte independente é o que permite a validação da prova que se deriva da ilícita, pois é descontaminada e acaba assim dando legitimidade na configuração do processo.

4. PROVAS OBTIDAS ILICITAMENTE E A INEFICÁCIA DO *JUS PUNIENDI*

O interesse de maior relevância em construir a harmonização de todos os princípios constitucionais e direitos e garantias humanas fundamentais, é do Estado. Deste modo, a vedação das provas obtidas ilicitamente é constituída de postulado geral a ser buscado pelas próprias partes, seja em qualquer processo, desde que não infrinja ou esbarre em princípios cruciais do processo penal, que é baseado na presunção da inocência, onde prevalece o interesse do réu.

Como regra, a produção de prova ilícita, tem a consequência de ser eliminada do processo, porém, se caso tratar de prova que seja indispensável para a absolvição do acusado, que advém de demonstração do estado natural de inocência, em hipótese alguma pode ser desprezada, pois o Estado tem um objetivo ao vedar a produção de prova ilícita, ou seja, manter a lisura e a ética dos atos processuais, contudo, acima disso, busca-se a realização da justiça e a inviabilidade de cometimento de um erro judiciário.

Os órgãos estatais que operam o direito têm por finalidade assegurar um processo correto e sem falhas, observando o estado de inocência de cada indivíduo, até que alguma forma confiável e eficiente demonstre o contrário, quer seja, a culpa do acusado.

Se houver alteração do estado natural de inocência, em torno da culpa do indivíduo, obtida por um meio de prova que assegure a sua inocência ao invés da culpabilidade, embora tenha sido advinda de meios ilícitos, deve-se prezar por sua utilização garantindo, assim, que haja maior harmonia entre os princípios constitucionais, se o agente tiver utilizado o meio ilícito de maneira dolosa, deverá ser punido, porém se comprovar realmente a prática de um crime não poderá ser desprezada a prova, pois haverá realização da tão almejada justiça.

Então, conclui-se que produzir provas por meios ilícitos traduz uma conduta imoral e indevida, e algumas vezes, criminosa, neste sentido, os agentes estatais não podem delinquir para a obtenção de delinquentes, já que o crime surge justamente para punir o criminoso.

4.1 Princípio da verdade real

O ordenamento jurídico brasileiro, juntamente com o princípio da liberdade das provas, caminha o princípio da verdade real, ambos com o intuito de encontrar a prova real. Trata-se da prova do fato que não foi narrado, da prova que não foi obtida, em outras palavras a verdade real é o fato que realmente aconteceu, porém não foi provado, e que poderá ser aceito.

O princípio da verdade real decorre no processo penal brasileiro, o que torna mais eficiente as sanções das ações penais, dando vertentes probatórias baseadas na certeza da verdade.

O magistrado possui o poder de avaliar a veracidade dos fatos e os meios

probatórios produzidos, dando importância e relevância dos mesmos diante o caso concreto.

Consonante a grande responsabilidade do juiz penal, deve-se ter sempre o intuito de investigar a verdade real sobre os fatos, indo à busca das vertentes e realidades ocorridas no ato e descobrir a autoria do delito e em que situação foram infringidas as normas regidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e como função, aplicar a lei baseando-se na justiça.

Outra grande vantagem de se ter o referido princípio é o de poder se aplicar uma punição proporcional ao que pode ser descoberto, caso infelizmente não possa ser descoberto a totalidade da autoria e culpa do fato típico, como se vê “o magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça”. (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 48).

Fortalecendo a tese de Távora e Antonni, Noberto Avena mostra o quanto o trabalho do magistrado criminal deve ser minucioso, e por consequência mais onerosa que os demais, justamente pela restrição de provas e/ou pela fácil inutilização das mesmas. Avena (2011, p. 21) explica, “[...] apurando os fatos até onde for possível elucidá-los, para que, ao final, possa proferir sentença que se sustente em elementos concretos, e não em ficções ou presunções”.

Portanto, ficou claro que apesar do princípio da verdade real estar em vigência, e contribui muito para se chegar a uma punição justa, ainda encontra-se muita resistência para utilização de provas.

4.2 A teoria da árvore dos frutos envenenados (“fruits of the poisonous tree”)

É uma metáfora utilizada de forma legal que repudia constitucionalmente os meios probatórios que não são produzidos de forma válida em momento ulterior, já que as provas são caracterizadas como afetadas pelo vício da ilicitude de origem, que desta forma é transmitida e contamina posteriormente todo o efeito de repercussão causal.

Dessa forma, esclarece-se que os novos dados que serviram como provas só deram conhecimento ao poder público em virtude das provas anteriores na transgressão praticada originariamente, o que desrespeita a garantia constitucional

da inviolabilidade, o que faz assim, em decorrência da ilicitude por derivação, serem reveladas inadmissíveis, pois os órgãos da persecução penal só tiveram determinado acesso devido a prova originariamente ilícita.

Há um limite significativo de ordem jurídica em que se baseia o poder do Estado perante os indivíduos de uma sociedade, deste modo, o órgão da persecução penal tem por obrigação demonstrar que os meios de prova foram obtidos legitimamente e que quando inseridos novos elementos de informação no processo deve ser derivado de uma fonte autônoma de prova, que não tenha absolutamente nenhuma relação e nem decorra de provas originariamente ilícitas, para assim os dados probatórios serem revelados admissíveis como justificativa de que não são contaminados pela ilicitude originária.

Acerca da teoria da árvore dos frutos envenenados, esclarece o artigo 157 do código de processo penal, “§1ª 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”.

Neste sentido, é claro que a teoria da árvore dos frutos envenenados faz remissão à prova ilícita por derivação, o que traduz em seu contexto a afirmação de que se a árvore é envenenada seus frutos serão contaminados.

Sendo assim, mesmo que a prova seja lícita, mas foi produzida por prova ilícita, tem por obrigação ser considerada ilícita, um clássico exemplo, é a apreensão de drogas em veículo que fora abordado por policiais, é ato lícito, mas se a ação foi obtida por meio de interceptação telefônica sem a autorização do juízo, é ato ilícito, da mesma forma que a tortura, sendo inadmissível. Deste modo, se houver decretação de nulidade da prova, as demais que derivem desta também devem ser decretadas nulas.

Portanto, a teoria da árvore dos frutos envenenados se relaciona com a aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, pois os agentes não podem usufruir da obtenção de novas provas se estas se derivarem das ilícitas, ou seja, se houver origem da prova ilícita, então se configura ilicitude com base prevista em lei, o que não faria com que a segunda prova fosse legalizada se oriunda da ilícita.

Para que a prova obtida seja contaminada, é essencial que ocorra inequívoco nexo de causalidade entre o meio ilícito utilizado e a prova que foi obtida através

desse meio ou quando a mesma for produzida através de uma fonte que seja independente.

Então, é necessário vislumbrar que o meio ilícito empregado originariamente foi *conditio sine qua non* (sem a/o qual não pode ser) para se chegar à prova obtida, pois do contrário, a validade judicial será plena. A fonte independente é aquela que individualmente tem a função de ligar o fato ao objeto da prova, seguindo todos os requisitos constados no trâmite penal. Deste modo, só se permite a prova ilícita por derivação, que tem total relação com a teoria da árvore dos frutos envenenados, caso venha provar a inocência do acusado, pois o direito de defesa é uma garantia fundamental, tendo que fazer referência ao princípio da proporcionalidade, que estabelece equilíbrio entre as garantias em conflito, de forma que o processo seja resolvido da forma mais lesiva possível. Mas, uma vez declarada à prova como ilícita em desfavor do réu, deve imediatamente ser desentranhada do processo.

4.3 A teoria da proporcionalidade na aceitação da prova ilícita

A teoria da proporcionalidade é referente a um princípio que releva e harmoniza os direitos individuais no devido momento da avaliação das provas ilícitas quanto a sua admissibilidade no processo penal. Desta forma, se o meio pelo qual a prova foi obtida se caracteriza ilícito, deve-se observar ponderosamente qual a sua finalidade, se é voltada para a apuração de um crime gravíssimo ou comum sem muita relevância. Na primeira situação, em nome da segurança jurídica, pode se usar a prova e condenar o réu, na segunda situação, deve-se absolver o réu e considerar a prova inadmissível.

Visto isso, a teoria da proporcionalidade não é muito convincente, pois o ordenamento jurídico é recheado de garantismos voltados para combater o abuso de prepotência do Estado.

A Constituição Federal brasileira deixa explícito em seu artigo 5º, caput, que todos têm o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, sendo assim, deve ser observado e respeitado todos os termos ali expressos, pois são individuais e fundamentais e também se fazem necessários se houver a prática de um crime do qual necessite de punição, mas que dentro das garantias denominadas fundamentais, veda a produção de provas ilícitas, no intuito de garantir uma punição justa seja qual for o acusado, dando prioridade à segurança do mesmo.

Mesmo que o crime cometido pelo acusado seja grave, os agentes do Estado não podem delinquir para se obter provas, ainda que haja necessidade de apuração, pois se o fizer, a punição deve ser aplicada da mesma forma que a um infrator, o que faria o juízo ter que ignorar o resultado obtido, desta forma, fica visível que os direitos individuais versam sobre interesse público de aplicação da lei penal.

Deste modo, é visto que todas as camadas sociais são atingidas e abrangidas por algum tipo de crime, por isso, espera-se que haja a segurança pública, um exemplo disso é o fato de o magistrado não poder utilizar ou autorizar a tortura como meio e pretexto para conseguir a confissão de um infrator sobre algum delito ou autoria de crime.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade se faz presente quanto às provas ilícitas no processo penal por meio de uma exceção, qual seja, o que toca a prevalência do interesse do réu, pois é evidente a preocupação com as garantias fundamentais, tendo até mesmo possibilidade de indenização ao acusado em caso de erro judiciário (artigo 5º, LXXV, CF).

Portanto, associam-se os valores esclarecidos com a indenidade da justiça, o que é representado pelo estado de inocência e os direitos aos princípios do contraditório e ampla defesa, sendo então o Estado responsável por preservar a liberdade individual. Neste sentido, se houver a produção de prova ilícita no processo que presume a inocência do réu, deve-se prezar por sua utilização, representando o interesse maior, que é o equilíbrio da justiça criminal, caracterizada por não privilegiar o meio em detrimento do resultado ao cuidar de um indivíduo inocente em seu primeiro estado, o que deste modo, não significa que não haja punição cabível aquele que praticar ato ilícito para obtenção de prova, a não ser que fique demonstrada a ocorrência de alguma culpabilidade ou excludente de ilicitude.

4.4 O processo penal e o direito de punir

A única entidade fadada de poder soberano é o Estado, o único titular exclusivo que tem o poder de punição, assim como o dever do mesmo. No caso da ação penal exclusivamente privada, a delegação do ofendido e a legitimidade para a iniciação do processo, é responsabilidade do Estado, conferindo o *jus perseguendi in judicio* (poder de perseguir o autor do delito), permitindo que haja conservação e exclusividade do *jus puniendi*.

O direito de dever/poder punir é impessoal e genérico, o que faz o Estado ter a titularidade disto, pois deste modo, especificamente, não se é dirigido contra aquela pessoa ou esta pessoa, visando assim, toda a coletividade como um todo, já que a autorização para a punição de uma só pessoa unicamente, seria inconstitucional, pelo fato da regra criada não atingir o todo. Portanto, é visto que se trata de um poder abstrato de punição a qualquer um que possa vir a cometer um fato concreto como infração penal.

No instante em que há uma infração penal, o poder genérico do Estado torna-se concreto, se modificando para uma pretensão individualizada, que tem por objetivo ser dirigida especificamente ao transgressor, o que faz como que o Estado, que tinha um poder impessoal, genérico e abstrato, passa a ter o dever/poder de punir determinada pessoa especificamente.

O Estado tem como intuito a punição do infrator, enquanto este, por meio de garantias fundamentais constitucionais, demonstra resistência por meio de defesas pessoais e técnicas, o que aciona a lide penal e faz com que a situação seja resolvida por meio da atuação jurisdicional, que põe fim ao caso concreto dando ensejo a aplicabilidade das leis do ordenamento jurídico brasileiro através de seus órgãos, que estabelecerá em que intensidade o litígio poderá ser satisfeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo científico foi demonstrar a inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal, bem como as exceções norteadas pelos princípios processuais e o ordenamento jurídico brasileiro quando se trata da mesma e a eficiência que as provas obtêm nos processos em geral intervindo na convicção do julgador.

Ou seja, é notório que a regra geral é a inadmissibilidade de quaisquer que sejam as provas ilícitas, conforme o artigo 5º, LVI da Constituição Federal e o artigo 157 caput do Código de Processo Penal, porém, este último contendo requisitos de exceção, trazendo a possibilidade de admissibilidade através do princípio da proporcionalidade e o princípio do *favor rei*, em que o infrator é beneficiado, presumindo sua inocência e seu direito de defesa.

As provas ilícitas por derivação suportam a intervenção do princípio da teoria da árvore dos frutos envenenados, que tem por função excluir do processo qualquer

prova ilícita produzida com o início de uma prova ilícita anteriormente produzida.

No caso da interceptação telefônica atendendo todo o exigido do artigo 2º incisos e parágrafo único da lei 9.296 de 1996, se caso ocorra serendipidade encontrando um crime punível apenas com pena de detenção. O fato obtido não poderá ser usado como prova devido à determinação da lei, podendo ser usado no máximo como *notitia criminis*, desta forma após o judiciário ser informado da prática do até então suposto tipo penal, deverá ser instaurado novo inquérito e iniciado nova investigação.

Entende-se que não há crime pequeno, o dano sempre existirá. Tal como se utiliza os princípios de razoabilidade e proporcionalidade para condenar uma indenização, por exemplo, assim são os crimes.

As hipóteses mostram que as limitações dos textos causam a mesma celeuma que antes da elaboração e vigência da lei de interceptação telefônica que muito anteriormente restringia até mesmo cartas para detentos e chefes do tráfico, que conforme a evolução tecnológica e do *modus operandi* criminoso necessitou de alterações.

Conclui-se, assim, que é necessário observar a lei e os princípios, tendo o julgador à precaução de enquadrar as provas no processo penal de acordo com o ordenamento jurídico para formar sua decisão e a possibilidade de aplicação das mesmas no processo, já que se trata da liberdade do indivíduo, portanto, é evidente que cabe ao juiz decidir quanto a aplicação ou não da prova ilícita no caso concreto.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal esquematizado**. 3º ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. Ed., São Paulo: revista dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Tribunal De Justiça do Paraná. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica n. 5006205-98.2016.4.04.7000/PR**. Requerente: Ministério Público Federal.

BRASIL, **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal e Legislação complementar**. 4.ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12.ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva: 2005.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação telefônica**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2011..

CUBA, Wagner Rodrigo Cavalin. **A participação do Ministério Público no Inquérito Policial**. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo Curitiba, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. [S.l: s.n.], 1998.

LEITE, Maurício Silva, **O Limite Constitucional da Interceptação Telefônica**. Dissertação apresentada a banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. PUC-SP, 2011.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Processo Penal**. 15. ed. rev. E atual. até julho de 2003. São Paulo: Atlas, 2003.

NETO, Pedro Ferreira Leite. **A inviolabilidade do sigilo das Comunicações Telefônicas como limitação constitucional do poder de investigação do Estado**. Dissertação apresentada a banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. PUC-SP, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. – 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal** / Paulo Rangel. – 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REDÓ, Débora Portel Furlan. **A Interceptação Telefônica no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2007.

SOARES, Felipe santos. **APLICABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE NO PROCESSO PENAL: Estudo de caso sobre a interceptação telefônica do ex-Presidente Lula**. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2016.

TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8º ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador/Bahia: Editora JusPodium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 2008. São Paulo: Saraiva.