

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DA PROVA PROIBIDA NO PROCESSO PENAL

Luiz Guimarães Molina

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ADMISSIBILIDADE DA PROVA PROIBIDA NO PROCESSO PENAL

Luiz Guimarães Molina

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Fabiana Junqueira Tamaoki Neves.

Presidente Prudente/SP
2010

ADMISSIBILIDADE DA PROVA PROIBIDANO PROCESSO PENAL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel
em Direito

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves

Marcus Vinícius Feltrim Aqüotti

Daniela Martins Madrid

Presidente Prudente, 09 de novembro de 2010

Tudo flui, nada persiste,
nem permanece o mesmo
o ser não é mais que o vir-a-ser.

Heráclito de Éfeso

AGRADECIMENTOS

A confecção deste trabalho demandou muito esforço, dedicação, superação de dificuldades, dentre outros mais obstáculos naturais vivenciados ao longo deste período, e, por fim, consegui!

Não vou me ater a mencionar nomes que me acompanharam ao longo deste tempo, pois, será demasiadamente injusto, se, por ventura, esquecer-me de citar algum. Grato aos que me acompanharam!

O maior agradecimento é absolutamente digno de menção expressa: Obrigado Senhor!

Agradeço a Deus por tudo!

RESUMO

A presente monografia defende a admissibilidade da prova proibida no âmbito do direito processual penal como medida jurídica extraordinária. O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal contempla, na verdade, um princípio jurídico que não se configura direito absoluto, sendo, portanto, passível de relativização ao ponto de admitir a prova proibida no processo-crime. A admissibilidade da prova proibida ganha maior consistência quando amparada por princípios constitucionais do direito processo penal devidamente aplicados, pois possuem força para relativizar o inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal. O princípio, qual seja uma das fontes do direito, é ferramenta válida para o magistrado lançar mão no ato de julgar. Verificado que através da prova alcança-se a verdade real, logicamente fácil será emitir um justo provimento jurisdicional. A pesquisa aborda a admissibilidade da prova proibida *pro reo* e *pro societate* em caráter excepcional, pois em ambas vertentes jurídicas o interesse supremo exige a inserção nos autos da prova proibida. A criação do presente trabalho necessitou do método dedutivo para desenvolver alguns argumentos, inclusive, ao sustentar a admissibilidade da prova proibida, bem como, o comparativo no que diz respeito às doutrinas e jurisprudências mencionadas no corpo da obra, e, o método histórico para apontamentos no que tangem as evoluções do direito. Ademais, os recursos utilizados durante a monografia foram obras jurídicas, legislação nacional e jurisprudências, pois dessa forma visou dar consistência à obra na devida proporção.

Palavras-chave: Prova. Prova proibida. Admissibilidade da prova proibida. Inadmissibilidade da prova proibida. Processo Penal.

ABSTRACT

This monograph supports the admissibility of the forbidden evidence in the range of criminal procedure law as an extraordinary juridical measure. The 5th article, interpolated proposition LVI of the Federal Constitution contemplates, actually, a juridical principle which is not configured as absolute right, thus, it is passive of relativization once it admits the forbidden evidence in the criminal proceedings. The admissibility of the forbidden evidence gains more consistence when supported by constitutional principles of the criminal procedure law correctly applied, once they are able to relativize the interpolated proposition LVI, of the 5th article of the Federal Constitution. The principle, once being one of the law sources, is a valid mechanism to the magistrate basing their judgment. It will be logically easy emit a fair juridical provision once the real truth is reached through the evidence. The research approach the admissibility of the forbidden evidence *pro reo and pro societate* in exceptional manner, once in both juridical aspects the supreme interest requires the insertion of the forbidden evidence in the documents. The creation of this paper required the deductive method to develop some arguments, including, when supporting the doctrine and jurisprudence mentioned in the work. It was also used the historic method to analysis about the law evolution. Furthermore, the resources utilized in the monograph consisted in juridical literature; national legislation and jurisprudence, once this way it aimed provide consistency to it in the same ratio

Keywords: Evidence, Forbidden evidence, Admissibility of the Forbidden evidence, Inadmissibility of the Forbidden evidence, Criminal procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS PRINCÍPIOS	12
2.1 Definição	12
2.2 O Princípio no Ordenamento Nacional	14
3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	17
3.1 Definição	18
3.2 Princípio do Devido Processo Legal	19
3.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	21
3.4 Princípio da Presunção do Estado de Inocência	25
3.5 Princípio da Igualdade Processual	27
4 FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	30
4.1 Definição	30
4.2 Fonte Material ou de Produção	31
4.3 Fonte Formal ou de Cognição	33
4.3.1 Fonte Imediata	34
4.3.2 Fonte Mediata	35
4.3.2.1 Analogia	36
4.3.2.2 Costume	37
4.3.2.3 Princípios Gerais do Direito	39
4.3.2.4 Jurisprudência	40
4.3.2.5 Doutrina	41
5 DA PROVA	43
5.1 Definição de Prova	43
5.2 Aspectos Gerais	45
5.2.1 Meios de Prova	45
5.2.2 Objeto da Prova	47
5.2.3 Fatos Independentes de Prova	49

5.2.4 Ônus da Prova	50
5.2.5 Fase de Elaboração da Prova	51
5.3 Princípios da Prova no Direito Processual Penal	53
5.3.1 Princípio da Auto-Responsabilidade das Partes	54
5.3.2 Princípio da Audiência Contraditória	55
5.3.3 Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova	56
5.3.4 Princípio da Oralidade	57
5.3.5 Princípio da Concentração	58
5.3.6 Princípio da Publicidade	59
5.3.7 Princípio do Livre Convencimento Motivado	60
5.3.8 Princípio da Verdade Real.....	61
5.4 Sistemas de Avaliação das Provas	63
5.4.1 Sistema da Intima Convicção do Juiz ou Certeza Moral	65
5.4.2 Sistema da Prova Legal ou Tarifada	66
5.4.3 Sistema do Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional	68
6 DA PROVA PROIBIDA	71
6.1 Definição	71
6.2 Distinção entre Prova Ilícita e Ilegítima	72
6.3 A Inadmissibilidade da Prova Proibida	74
6.4 A Admissibilidade da Prova Proibida.....	76
7 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	85

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia destinou-se a estudar a questão da admissibilidade da prova proibida no âmbito processual penal. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, taxativamente proibiu, nos termos do artigo 5º, inciso LVI, a possibilidade de utilização de prova obtida por meios ilícitos, imposição que recaí, inclusive, no âmbito do processo penal.

A inexistência de direito absoluto em todo o universo jurídico e o conflito entre direitos que reclamam soluções muitas vezes complexas, bem como constitui fundamento para a tese jurídica de caráter extraordinário.

O tema foi escolhido por que é verdadeiramente mais um meio de alcançar a justiça, bem como uma forma de minimizar a atual e evidente impunidade criminosa. Também foi levada em consideração para a escolha do tema a crescente opinião que preconiza exacerbadamente o garantismo penal e pelo fato de haver poucas vozes que compartilham o mesmo ideal defendido nesta obra.

O objetivo do trabalho foi estudar a prova proibida a fim de extrair uma conclusão a favor da admissibilidade, ou seja, vislumbrou-se um raciocínio jurídico capaz de inserir a prova proibida no ordenamento nacional, bem como, via de consequência, contribuir para o amadurecimento da literatura jurídica no que tange ao tema abordado.

Para o sucesso da monografia utilizou-se do método dedutivo, a fim de formar opiniões a partir de determinadas informações. O método comparativo foi de grande valia quando da necessidade de confrontar os diferentes posicionamentos doutrinários. O aspecto histórico foi consignado oportunamente quando a necessidade demandou questões de ordem pretérita. Foi usada como recurso a doutrina, jurisprudência e a legislação nacional, meios sem os quais não se desenvolve uma pesquisa dessa magnitude.

Pois bem, a pesquisa estruturar-se-á em sete capítulos importantes. Ressalta-se que todos os capítulos buscam estruturar e alicerçar a tese principal e guardar relação com a admissibilidade da prova proibida.

O primeiro passo será adentrar no campo dos princípios, esclarecendo seus elementos e aplicabilidade no direito, bem como a consequência jurídica quando aplicado. Nesta oportunidade, extrai-se a conclusão de que o texto constitucional do artigo 5º, inciso LVI é na verdade um princípio positivado no ordenamento pátrio.

Em segundo momento, a análise recai sobre os princípios constitucionais que alicerçam o direito processual penal. Os princípios constitucionais do processo penal aplicados em consonância com a teoria extraordinária desta obra servem para solidificar o entendimento almejado e acolhido.

O capítulo seguinte elenca as fontes do direito processual penal e tem como escopo apresentar uma série de instrumentos que pode o magistrado lançar mão no curso do processo.

Na seqüência, desenvolve-se uma apreciação a respeito da prova no processo penal, cuja explanação aborda desde a origem etimológica do vocábulo prova e desdobra-se por importantes temas relativos à teoria geral da prova, qual seja os meios de prova, ônus, fatos que independem de prova, fases de elaboração da prova.

Os princípios processuais penais inerentes à prova, também contemplados no mesmo capítulo, estão sistematicamente organizados para bem orientar a regular aplicação da prova. O encerramento deste capítulo ocorre com as devidas considerações acerca dos sistemas de apreciação das provas e suas respectivas peculiaridades, deixando expresso qual sistema vigora.

O penúltimo capítulo abarca a prova proibida. Aborda-se, nesta oportunidade, as modalidades de provas proibidas, quais sejam as ilícitas e as ilegítimas, bem como as devidas distinções. Neste intere, constam as correntes jurídicas que defendem a impossibilidade de admitir a prova proibida e em sentido diametralmente oposto as razões jurídicas em prol da admissibilidade.

Por fim, o último capítulo aponta a conclusão desta obra, que se exterioriza pela defesa da admissibilidade da prova proibida.

2 DOS PRINCÍPIOS

O estudo do Direito requer inicialmente a análise de elementos responsáveis por sua estruturação, podendo-se mencionar a título de exemplificação questões históricas, princípios atinentes a uma matéria específica ou ainda comparação entre doutrinas distintas, quais sejam circunstâncias de caráter introdutório, cuja finalidade se destina em alcançar um conhecimento jurídico amplo, de tamanha proporção que possa ensejar novas interpretações acerca de um único instituto.

Nesse diapasão, para fins de desenvolvimento da tese defendida, bem como a construção, interpretação e explanação do bom direito, é de caráter obrigatório ponderar as devidas considerações o princípio jurídico.

2.1 Definição

A polêmica discussão que recai sobre o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, princípio este plasmado no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, é objeto da pesquisa científica desta monografia. Pois bem, antes de adentrar ao princípio acima mencionado, requer inicialmente tecer maiores considerações acerca do que seja propriamente a terminologia “princípio” e suas conseqüências no que tange à sua existência e aplicabilidade no ordenamento pátrio.

No que tange a origem etimológica do vocábulo “princípio”, este possui seu nascedouro do latim *principium*, terminologia constituída anteriormente por duas idéias em uma única palavra, quais sejam *primus* e *cipium*. A primeira terminologia estrutural se traduz no entendimento de primariedade, dotado de caráter inaugural, enquanto e a segunda se expressa no significado de considerar ou pegar algo.

O vocábulo princípio, em sede de análise superficial, enseja a extração do entendimento de ser algo inicial, começo, ponto de partida de um caminho ou ainda mesmo de onde se inicia determinada coisa, podendo dizer que trata-se de elemento fundante de determinado evento.

Miguel Reale (1990, p. 299) define princípio na seguinte forma:

Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, com pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1999, p. 545) acrescenta:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Arremata Sérgio Pinto Martins (2008, p. 30) nos seguintes termos:

Princípios são proposições básicas que informam as ciências, orientando-as. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e orientar as normas jurídicas.

São os princípios como vigas ou alicerces que dão sustentação ao edifício.

Os princípios são os pilares do ordenamento jurídico, instituindo condições primárias a serem atendidas, proposições básicas que condicionam o corpo normativo de um determinado seguimento do direito, propiciando atingir uma finalidade jurídica, qual seja a devida aplicabilidade das normas estatais nas relações jurídicas.

Tecida as devidas considerações a acerca da definição de princípio, o passo seguinte, destinar-se-á a realização de valiosas considerações sobre o objeto em apreço.

2.2 O Princípio no Ordenamento Nacional

O ordenamento jurídico nacional é alicerçado por uma vasta quantidade de princípios conforme explicitado no item 1.1. Os princípios orientam o todo o direito vigente ou apenas uma ramificação jurídica. Tão somente a título de exemplo, pode-se dizer como princípio inerente a todo o ordenamento nacional os seguintes: princípio do devido processo legal, princípio da harmonização, princípio da igualdade, princípio da proporcionalidade. No que tange a princípios específicos de determinado ramo do direito aponta-se os seguintes: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos referentes ao direito administrativo, ou ainda, irretroatividade da lei penal mais gravosa, referente ao direito penal.

O capítulo anterior, além de definir princípio com propriedade, evidencia que as normas legais devem respeito a esses mandamentos, ou seja, a adequada interpretação, aplicação, bem como criação do direito deve ser filtrada com a devida atenção ao preceito de ordem primária.

Pois bem, os princípios jurídicos também estão sujeitos à colisão com outros princípios do mesmo patamar e equivalência, ocasionando, via de consequência, a necessidade de adequada ponderação a fim de manter a harmonia do ordenamento jurídico.

O conflito, na realidade, trata-se de mero obstáculo que não impede a aplicação do direito ao caso concreto, ou seja, o ordenamento jurídico criado pelo Estado não é um conflito e si, pois, se assim fosse, não haveria justiça e segurança jurídica. Desdobramento lógico seria não confiar a tutela ao Estado, qual seja o ente criador de leis conflitantes. O falso conflito exige a indispensável atuação do

operador do direito, cujo objetivo é extrair uma resposta justa que o ordenamento jurídico contempla.

Nesse passo, surgem teorias jurídicas ou verdadeiras ferramentas capazes de afastar a falsa colisão, como por exemplo, no direito penal o conhecido “conflito aparente de normas”. No mundo dos princípios também existem recursos hábeis para sanar o conflito que fatalmente surgem entre princípios, pois, deve-se dar aplicar aquele que resguarda determinada precedência em relação a outro princípio.

Nesse sentido ensina Robert Alexy (2008, p. 93-94):

Se dois princípios se colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.

O argumento acima deduzido possui grande importância para a tese principal desta monografia, conforme a seguir se expõe.

A doutrina e a jurisprudência consagram a inadmissibilidade da prova proibida como um princípio do direito nacional, pois, assim também é considerado por esta monografia. A conclusão que decorre da afirmativa desenvolvida é que o ordenamento pátrio positiva um princípio na Constituição Federal.

Mais adiante é fácil concluir que o princípio da inadmissibilidade da prova proibida pode entrar em confronto com outros valores constitucionais, ou seja, outros princípios. Exemplificando, imagine-se obstar uma prova proibida que ateste a inocência de um réu na iminência de ser condenado. Obviamente inadmitir tal prova seria ofender o devido processo legal, princípio da verdade real, bem como o princípio da presunção do estado de inocência. Neste caso a inadmissibilidade da prova proibida deve ser flexibilizada em prol de atender a interesse maior consubstanciado em outro princípio.

De outra banda, admitir a prova proibida em favor da condenação pode ser a solução mais justa ante o reconhecimento cabal da prática criminosa exclusivamente por tal prova. Insta salientar que a inadmissibilidade da prova proibida em casos específicos pode implicar infração ao devido processo legal e supressão da justiça que eternamente será clamada pelo cidadão brasileiro.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O ordenamento jurídico nacional é constituído de um vasto corpo de leis metodicamente organizadas em consonância com a Constituição Federal de 1988. O direito processual penal, por sua vez, presta a mesma obediência, seguindo assim, seu caráter de legalidade.

Em sede do presente trabalho científico, insta salientar que o direito processual penal pátrio reporta-se à Constituição Federal, em especial, adotando princípios constitucionais inerente ao direito em espécie.

A constitucionalidade do direito processual penal convalida-se quando também haja obediência aos princípios constitucionais, ou seja, validando a aplicabilidade do direito em espécie. Ademais, os princípios constitucionais, além de constituírem pilstras do direito processual penal, quando devidamente aplicados, em especial, no que tange ao tema desta monografia (prova proibida), tornam-se ferramentas jurídicas de possível utilidade para o justo deslinde da ação penal.

Constitui pilar do direito processual penal alguns princípios, pois, a matéria é reconhecida, inclusive, pela doutrina, conforme prega Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 27):

Em relação ao processo penal enquanto *sistema jurídico* de aplicação do Direito Penal, estruturado em sólidas bases constitucionais, pode-se adiantar a existência de alguns princípios absolutamente inafastáveis, e, por isso, fundamentais, destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais.

Possui relevância constar que a doutrina não estabelece uma classificação uníssona no que tange ao delimitar quais são os princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual penal, ou seja, existe divergência quando depara-se a este desafio.

O que se extrai com clareza é que não há um consenso ao delimitar os princípios constitucionais que se aplicam ao direito processual penal, e, por assim

ser, elenco os princípios constitucionais processuais penais que mais possuem relevância para o presente trabalho, até mesmo, por que a finalidade é construir a presente tese jurídica e não explicar acerca de outros princípios de respeitável conteúdo, porém, não interessantes momentaneamente.

Assim sendo, torna-se obrigatório para o presente trabalho jurídico o reconhecimento e análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual penal.

3.1 Definição

Ante o reconhecimento de princípios constitucionais que se reportam ao direito processual penal, por ora, trata-se de medida indispensável atribuir uma definição, como bem reclama respectivo tópico.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2009, p. 20) ensinam que “os princípios constitucionais são orientações gerais, contidas, como o nome indica, na Constituição, que servem de fundamento para a estruturação das leis processuais, bem como vetores para sua correta interpretação”.

Os princípios constitucionais aplicáveis ao direito processual penal, são estruturas de caráter geral e amplo, cuja finalidade seja a adequada orientação ao operador do direito no instante em que realiza-se a interpretação e posterior aplicação do direito.

Reportado a uma breve definição, como acima exposto, resta a incumbência de adentrar-se aos princípios em espécie.

3.2 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal encontra-se plasmado na Constituição Federal, constante no artigo 5º, inciso LIV, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio ora em destaque impõe seu caráter mandamental determinando a regular tramitação do processo administrativo ou judicial, tendo em vista, a devida aplicação do direito concomitantemente com a confecção de um provimento jurisdicional justo. Busca-se resguardar, com amparo neste princípio, o grau de inserção do poder estatal na vida privada da pessoa.

A definição do instituto jurídico consiste em tarefa complexa, pois, o fato de ser o devido processo legal um princípio caracterizado por sua amplitude e extensão, bem como, possuir aplicabilidade em vários ramos do direito e abarcar todos os demais princípios, torna-se, realmente, árduo dirimi-lo em algumas palavras, porém não impossível.

Vislumbrando demonstrar e comprovar a variação de definições acerca do princípio do devido processo legal, interessante, inicialmente, trazer as palavras de Fernando Capez (2008, p. 32-33):

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de sua defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2009, p. 20) entendem o devido processo legal nos seguintes termos:

[...] este princípio protege o cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado, proibindo a este exercer o seu direito de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do Julgador. Não se concebe, assim, a existência de uma pena sem o respectivo processo. É o que se denomina *due process of law*. Com isso, antigas fórmulas de composição do litígio (a *vingança privada* ou *autodefesa*, por exemplo), não mais são admitidas.

Importante consignar que, Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 209), acerca do princípio do devido processo legal, entende que “por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei.”

Neste íterim, importante ainda consignar que o devido processo legal subdivide-se em material e formal.

O *devido processo legal material ou substancial* visa assegurar os direitos fundamentais do cidadão em razão da atuação do Estado, ou seja, trata-se de um meio de proteção do particular contra a atividade estatal, onde, por conseguinte, a atuação irregular do ente público enseja a violação de direitos fundamentais. A atuação estatal não pode ser abusiva e arbitrária, devendo respeito aos direitos dos particulares.

Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 39-40) explica o devido processo legal em sua vertente material, nos seguintes termos:

[...] refere-se ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, representando, portanto, uma garantia na medida em que protege a particular *contra qualquer atividade estatal que, sendo arbitrária, desproporcional ou não razoável, constitua violação a qualquer direito fundamental*.

A atuação do Estado-Juiz no curso do processo penal, deve ser pautada na proporcionalidade a fim de abster-se a prática de atos demasiadamente evasivos à vida do particular, bem como, não venha a ocasionar transgressão à direitos assegurados em lei.

De outra banda, o *devido processo legal formal* reporta-se a uma adequada tramitação do processo, ou seja, o trâmite processual penal em cumprimento fiel à lei, tendo como última consequência a edição de um ato de poder, isto é, uma sentença.

Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 40), ministra o seguinte conhecimento:

O Estado está obrigado, na busca da satisfação de sua pretensão punitiva, a obedecer ao pronunciamento previamente fixado pelo legislador, vedada a supressão de qualquer fase ou ato processual ou ao desrespeito à ordem do processo. À guisa de exemplo, o funcionário público acusado da prática de um crime funcional afiançável deverá ser processado conforme o rito previsto nos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade do feito.

Com regular respeito e atenção ao *devido processo legal formal*, torna-se possível o poder estatal adentrar a vida privada de qualquer cidadão, pois, o provimento jurisdicional adequa-se perfeitamente ao direito.

Por fim, conclui-se, com fulcro no princípio do devido processo legal, que as partes em litígio penal estão legitimadas ao exercício de seus direitos, desde que respaldadas neste princípio.

3.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Consagrados no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal estão o princípio do contraditório e da ampla defesa que prega o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” Inicialmente, é medida necessária destacar que contraditório e a ampla defesa tratam-se de princípios jurídicos distintos, apesar de serem próximos, bem como elencados no mesmo dispositivo legal.

Em breves palavras, é possível apontar a diferença entre o contraditório e a ampla defesa, pois, o primeiro é o princípio constitucional que assegura aos litigantes a possibilidade de contrapor-se a pretensão suscitada pela parte contrária, ou seja, é na verdade uma garantia de participação no processo, enquanto o segundo consiste na realização da defesa que é garantida ao

jurisdicionado, defesa esta de caráter obrigatório, podendo sua ausência ensejar nulidade.

Neste viés, reforçando a diferença acima exposta, indispensável valer-se da doutrina com o propósito de fortalecer o que fora aludido, mencionando os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 33) que tece considerações esclarecedoras a respeito da distinção entre os princípios momentaneamente abordados, preconizando que “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.”

Destacada a distinção entre os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, visando abordar, por ora, o princípio do contraditório, e, assim sendo, interessante trazer os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2009, p. 20), pois, assim explicam o precioso direito:

Por contraditório se entende a possibilidade que se confere ao réu de conhecer, com exatidão, todo o processo e, em decorrência de tal ciência, contrariá-lo sem nenhuma espécie de limitação. Impõe-se, em consequência, a obrigatoriedade ao juiz de ouvir ambas as partes (chamada *ciência bilateral das partes*). Estabelece-se, dessa forma, irrestrita igualdade entre acusação e defesa (sistema de igualdade de armas), que se situam no mesmo plano, sem privilégio em favor de uma ou outra, cumprindo ao julgador velar por este equilíbrio.

Eugênio Pacelli (2008, p. 31) enriquece as considerações sobre o princípio do contraditório conforme abaixo se observa:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de *participação* no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual.

Arremata Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 46-47):

O réu deve conhecer a acusação que lhe é imputada para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido.

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, com os mesmos direitos, poderes e ônus, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão “superpartes”, para afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, “dar a cada um o que é seu”.

Por fim, ressalte-se que, no processo penal, há a obrigatoriedade de serem acessíveis e cristalinas as informações para ambas as partes, gerando, conseqüentemente, a possibilidade de contrariá-las. Essa razão se justifica pela obrigatoriedade à obediência do contraditório em todo o desenrolar do processo, no mesmo sentido de possibilitar uma defesa justa, atendendo a uma paridade de armas para ambos os litigantes.

Quanto à incidência do princípio do contraditório no processo penal, resta comprovado sua aplicabilidade por todos os argumentos acima apresentados.

Sempre importante buscar a relação que o princípio do contraditório guarda, especialmente, com o objeto principal desta monografia, isto é, a prova proibida. É dever atentar ao que oferta Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 48), quando sustenta o elo que o princípio do contraditório estabelece com a prova na esfera processual penal:

Do princípio do contraditório decorrem duas regras importantes: a igualdade processual e a liberdade processual. Esta última consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem quiser e entender; na faculdade que possui de apresentar provas que entender convincentes, desde que permitidas em Direito, de formular ou não reperguntar às testemunhas etc. (grifo do autor)

Com escopo no contraditório, é facultado a parte optar por adotar, inclusive, a denominada prova proibida como meio hábil de contrariar a pretensão adversa, observando que possa ser o único meio de promover a descoberta da verdade real e promoção da justiça, entregando o Estado a justiça que cada cidadão tem por direito.

Neste sentido, tem-se consignado a importância do contraditório para o processo penal, bem como, esclarecido o liame existente com o objeto principal deste trabalho.

Em prosseguimento, é incumbência enaltecer e acoplar o princípio da ampla defesa, citado inicialmente, ao contexto geral desta obra. Partindo do pressuposto em que a ampla defesa é consequência lógica do contraditório, por óbvio, também é aplicada ao processo penal.

Vicente Greco Filho (1994, p. 56), acerca do princípio da ampla defesa, presta o seguinte ensinamento:

Para o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre a qual convém insistir e ampliar.

Consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, através da previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa [...] Ampla defesa, porém, não significa oportunidades ou prazos ilimitados. Dentro do que a prática processual ensina, a lei estabelece os termos, os prazos e os recursos suficientes, de forma que a eficácia, ou não, da defesa dependa da atividade do réu, e não das limitações legais. O réu é também obrigado a cumprir os prazos da lei, nada podendo arguir se os deixou transcorrer sem justo motivo.

O princípio da ampla defesa assegura o acusado seu direito de defesa. A ampla defesa constitui-se em suas duas vertentes, são elas: defesa pessoal e defesa técnica.

A *defesa pessoal* ocorre quando o acusado se expressa perante o Poder Judiciário apresentando a versão dos fatos narrados sob sua ótica, ou seja, traz aos autos a versão da defesa, com objetivo exclusivo em reprimir potencialmente a pretensão aforada pela acusação.

Em se tratando de *defesa técnica*, esta é exercida mediante o operador do direito, qual seja o profissional provido de conhecimento técnico-jurídico.

A junção das modalidades acima expostas constitui a ampla defesa insculpida no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, propiciando assim uma defesa efetiva. Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 34) ensina que “a ampla defesa realiza-se por meio da *defesa técnica*, da *autodefesa*, da *defesa efetiva* e, finalmente, por *qualquer meio de prova* hábil a demonstrar a inocência do acusado”.

Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pelegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1991, p. 56), consagrados operadores do direito, arrematam o conteúdo da ampla defesa em sede de processo penal, explicando e exemplificando que “no processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos atos instrutórios”.

Como forma de comprovar que o princípio constitucional da ampla defesa guarda relação direta com o tema desta monografia, importante destacar os dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 34), pois, segundo o doutrinador “é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas *ilicitamente*, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível”.

De fato, a prova proibida apresentada por uma das partes, consagra-se como meio hábil para atingir a igualdade processual, bem como traduz a liberdade processual em capturar tal prova para o justo fim de submetê-la à apreciação do Poder Judiciário.

Por fim, ante toda a explanação acerca dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, resta consagrado sua incidência no âmbito processual penal, bem como, constitui elemento que fundamenta a aplicabilidade da prova proibida.

3.4 Princípio da Presunção do Estado de Inocência

Perante a ótica de grande parte da sociedade civil, a pessoa acusada de transgredir qualquer norma de direito, já é considerada, desde o início, como autora de eventual infração, penalmente falando. A condenação da sociedade leiga precede a atuação do Poder Judiciário, ente dotado de poder para dirimir totalmente a lide penal que nasce no bojo da sociedade civil que condena e absolve em sua consciência. Sem grandes delongas, é obrigação frisar que a Constituição Federal incumbiu ao Poder Judiciário a competência para solucionar o litígio humano, pois,

assim determina o artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O princípio da presunção do estado de inocência é também denominado como princípio da não-culpabilidade ou não culpa estando registrado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal que preconiza o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Com fulcro neste princípio é indiscutível que o acusado não poderá ser considerado como autor de suposta infração, antes de convalidar-se eventual sentença judicial que decrete a condenação.

Outra vertente deste princípio está atrelada ao ônus da prova. A inocência é presumida até a produção de prova em contrário, cujo ônus compete ao acusador, nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal, vigindo, portanto o estado de inocência.

Abordando o assunto, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 39) faz o seguinte apontamento:

[...] também conhecido como princípio do estado de inocência ou da não-culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse seu estado natural, razão pela qual para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.

Acrescenta, com clareza, Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 35):

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência de fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de “liberdade provisória”.

Convém lembrar que, em sede de prisão processual, conforme elencado na citação supra, não ocorre a violação ao princípio da presunção do estado de inocência. Este é o entendimento majoritário, ressalvando-se, logicamente, entendimento oposto.

A justificativa da corrente majoritária, qual seja a que interessa para esta obra, entende que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, ou seja, aquele que garante a presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII e o princípio que legitima a prisão processual decorrente de flagrante delito ou ainda mesmo oriunda de ordem escrita e devidamente fundamentada proferida pela autoridade competente, conforme disposto no artigo 5º, inciso LXI, ambos dispositivos pertencentes à Constituição Federal.

Obviamente ser muito mais valioso a sentença penal absolutória categórica capaz de comprovar cabalmente a inocência, seja por excludente de ilicitude, em relação a uma decisão de absolvição dubitativa. Claramente, qualquer cidadão deseja possuir reputação ilibada, sendo preferível a todo instante a verdade real que possa consistir em absolvição material, portanto, muitas vezes, essa medida de justiça dependerá de prova que esclareça esse direito pretendido. Finalmente está delineado considerações em torno deste princípio concomitantemente com a demarcação relativa ao tema principal desta monografia.

3.5 Princípio da Igualdade Processual

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, *caput*, o princípio da igualdade nos termos do texto legal abaixo transcrito:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade [...] (grifo do autor)

Com efeito, é importante realçar que a igualdade estampada na lei, deve ser aplicada à realidade sensível, isto é, nas relações entre os seres humanos. Não basta ser a igualdade meramente formal, ou seja, estar somente descrita em lei, como já comprovado sua existência, mas também deve fazer-se presente na realidade fática, onde, na verdade, aplica-se na prática a igualdade formal, originando-se a igualdade material.

Nessa linha de pensamento jurídico inclui-se o ensinamento de Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 241-242):

A igualdade formal, presente entre nós desde o Império, é detectada pelo uso da expressão “perante a lei”. Assim, o Texto de 1988 a consagra quando diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*, 1ª parte).

Mas o que o princípio busca garantir é a igualdade *real, material ou substancial*, e não a isonomia puramente formal.

Igualdade material, portanto, é a concretização da própria *isonomia formal*, que sai do papel para se realizar na prática [...]

Considerando a existência da isonomia formal e material, sustenta, à sua ótica, Denilson Feitoza Pacheco (2008, p. 139):

Atualmente, é pacífico que a expressão igualdade *perante a lei* abrange a igualdade *na lei*. Assim, não basta que a lei seja aplicada igualmente a todos que estão previstos na sua hipótese de incidência, mas a própria lei não pode conter diferenciações que a Constituição não permita explícita ou implicitamente.

Ademais, tampouco é suficiente uma igualdade meramente formal, ou seja, apenas *na lei*, pois deve ser levada em consideração a igualdade material, isto é, a igualdade na realidade social, por exemplo, se passamos, oralmente, instruções vitais para uma pessoa auditivamente normal e uma pessoa portadora de surdez, certamente estamos tratando ambas igualmente, do ponto de vista formal, mas a desigualdade é *gritante*, na realidade social, se a pessoa portadora de surdez não é capaz de fazer leitura labial.

A igualdade insculpida na Lei Maior irradia-se por todo o ordenamento jurídico, aplicando-se, inclusive ao direito processual penal no que tange ao trâmite de uma ação penal.

Ao passo que o direito processual penal é orientado pelo princípio da igualdade, o regular trâmite processual penal demanda de ferramentas jurídicas a serem empregadas pelos operadores do direito a fim de concretizar a isonomia.

Explica e exemplifica a doutrina de Edilson Mougnot Bonfim (2009, p. 49):

No âmbito do processo penal, às partes devem ser asseguradas as mesmas oportunidades de alegação e de prova, cabendo-lhes iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades.

[...] Com efeito, no âmbito do processo penal, no mais das vezes o litígio contraporá o particular a um órgão do Estado. Além disso, no litígio penal, estará em jogo a liberdade individual do acusado, direito fundamental, o que justifica que o princípio da igualdade, no processo penal, seja mitigado de forma a favorecer, em algumas situações, a posição do acusado (ex.: 386, VII, do CPP). Não se considera inconstitucional, assim, que disponha ele de alguns instrumentos aos quais a acusação não tem acesso. Inexiste inconstitucionalidade, portanto, no fato de caber somente à defesa a utilização de determinados recursos, como, por exemplo, os embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP), bem como em face da inexistência, em nosso sistema, da revisão criminal *pro societate*.

Tendo em vista que a isonomia aplica-se à possibilidade de produção de prova em face das alegações aduzidas pela parte contrária, conforme exposto na citação acima transcrita, é possível sustentar-se a relativização do inciso LVI, artigo 5º da Constituição Federal, nos termos da teoria defendida nesta monografia, para a devida comprovação de inocência, pautada, inclusive, no contraditório.

O princípio da isonomia é evidente no direito processual penal em sua vertente formal, como na possibilidade de recurso exclusivo para a defesa (Embargos Infringentes e de Nulidade, artigo 609, § único do Código de Processo Penal), bem como, em sua concretização material, quando da interposição deste recurso e da admissibilidade da prova proibida que comprove a inocência, ante uma acusação injusta, pois, não é digno inibir meios juridicamente capazes de fulminar a pretensão adversa que não se inspira na justiça.

4 FONTES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

As Fontes do Direito Processual Penal são matérias de importante existência neste trabalho científico, pela razão de se compreender qual seja a origem do mandamento legal que o Estado Juiz está utilizando no seu ato de julgar.

No que tange ao mandamento legal, este pode ser uma norma jurídica existente na Constituição Federal, normas contidas no Código de Processo Penal, assim como, poderão ser princípios, pois estes últimos podem ser explícitos ou implícitos, ou ainda, positivados no ordenamento pátrio ou não.

Observa-se que a roupagem, ou seja, a forma em que se apresenta o mandamento legal, muitas vezes é distinta. Respectiva constatação realiza-se mediante breve comparação entre as espécies de mandamentos legais que constituem o ordenamento pátrio, emergindo, portanto, a relevância do estudo em apreço, pois, necessariamente há uma hierarquia existente entre os fundamentos legais, contudo, nem sempre positivados. Estas considerações serão importantes quando da análise do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. Respectiva elucidação, ainda mesmo que precocemente elencada, é necessária a fim de inserir o operador do Direito ao contexto da tese jurídica a ser defendida em momento oportuno.

Neste sentido, os subtópicos abaixo são apropriados para esclarecer a definição da terminologia fonte, sob a ótica jurídica, bem como as formas distintas em que se apresentam, até suas formas de origem.

4.1 Definição

Inicialmente é dever definir o que seja fonte, pois este ato compreende-se indispensável em razão da necessidade de se estabelecer um conhecimento sobre a matéria a ser desenvolvida.

Nesse sentido, pautando-se no conhecimento doutrinário quanto à definição do que seja fonte, Silvo de Salvo Venosa traz suas lições (2007 p. 119), quais sejam:

Fonte possui um sentido metafórico tradicional no estudo do Direito. Expressão que se tradicionalizou de há muito, [...] significa nascedouro, nascente, origem, causa, motivação das várias manifestações do Direito. Trata-se de uma expressão absolutamente consagrada pela doutrina.

A fonte do direito é o meio pelo qual se produz o próprio direito, ou seja, é o meio pelo qual emanam normas jurídicas que integram o ordenamento pátrio, tendo como consequência a imposição da vontade do Estado perante à sociedade.

Fernando Capez (2008, p. 69) ensina que “fonte é o local de onde provém o direito”.

As fontes do direito são responsáveis pela criação das normas jurídicas que compõem o ordenamento pátrio, criando as novas regras destinadas a regulamentar e viabilizar a convivência entre as pessoas, bem como, caracteriza-se pela evolução e aperfeiçoamento do direito.

Em razão da explanação no que tange ao vocábulo fonte, seguindo pelo desenvolvimento do conteúdo, destinam-se os demais tópicos a uma apresentação pormenorizada do presente tema em debate, cujo conteúdo versará sobre as espécies de fontes.

4.2 Fonte Material ou de Produção

As fontes matérias são responsáveis pela criação do direito, sendo as que produzem normas jurídicas, ou ainda, mais precisamente, responsáveis pela elaboração das normas de processo penal. Respectivas leis possuem aplicabilidade em toda a federação, ou seja, trata-se de legislação uniforme para todo território nacional. Assim sendo, revela-se o ente competente para elaboração de normas

processuais penais, qual seja a União, nos termos do artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

No que tange às fontes matérias, dois aspectos são relevantes sobre a criação das normas, qual seja primeiramente no que concerne ao ente que possui capacidade legislativa, denominado elemento subjetivo, tendo em vista que refere-se àquele que cria o direito, e, secundariamente, a existência dos fundamentos que ensejam a criação de tais normas, instituídos como aspecto objetivo, ou seja, as razões que fundamentam o ato de legislar.

A doutrina reconhece a existência dos elementos acima narrados, pois Edilson Mougenot Bonfim (2008, p. 08) declina seu entendimento com as seguintes palavras:

Em sentido subjetivo, fala-se em fonte material para designar a entidade que cria o direito. No caso do direito processual penal, a União é a única fonte material, já que é a única entidade dotada de poder para a criação de normas que o disciplinem (art. 22, I, CF).

Já em sentido objetivo, as fontes materiais ou substanciais abrangem certos elementos históricos e racionais que determinam a elaboração e o conteúdo de uma norma jurídica. São, em última análise, as razões pelas quais o Estado elabora determinadas normas jurídicas. Extremamente variáveis (incluem a moral, os costumes, a necessidade diante de determinado evento histórico), são de teor próprio, a serem estudadas no campo da sociologia.

No que tange ao ente competente para produção de norma processual penal, insta salientar que o fundamento jurídico encontra-se positivado no artigo 22, inciso I da Constituição Federal, conferindo competência privativa da União para legislar sobre o conteúdo processual.

No sentido das alegações acima aduzidas, observe-se que a recente alteração do Código de Processo Penal, instituída mediante a Lei nº 11.690/2008, cuja autoria é atribuída à União, em especial sua casa legislativa, qual seja o Congresso Nacional, é a aplicabilidade do artigo 22, inciso I da Constituição Federal. A Lei nº 11.690/2008 cria um novo direito, cuja fonte material é a União, bem como recai exatamente sobre o tema provas ilícitas no âmbito processual penal, tema objeto da presente monografia.

Ademais, a Constituição Federal, conforme disposto no parágrafo único do artigo 22, pode conferir, mediante lei complementar federal, competência aos Estados e Distrito Federal para que possam legislar sobre matéria processual penal, cujo conteúdo abarque questões específicas atinentes ao interesse local, a fim de que se possa propiciar a devida aplicabilidade do processo penal.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 55) ilustra a teoria acima aduzida nos seguintes dizeres:

[...] Estados e o Distrito federal têm competência concorrente com a União, isto é, nas lacunas da legislação federal, cabe-lhes editar leis que envolvam, de certo modo, processo penal, apontadas as seguintes matérias: direito penitenciário (organização e funcionamento dos presídios, o que não significa execução penal, matéria pertinente tanto a penal e processo penal); custas dos serviços forenses (envolvendo o gasto da parte para estar em juízo); processo do juizado especial criminal [...]

É cediço, portanto, conforme disposto no artigo 22 parágrafo único da Constituição Federal, bem como admitido pela doutrina, a possibilidade, por via reflexa, que entes Federados como Estados e Distrito Federal criem leis que versem sobre matéria processual penal.

Ante todo o exposto, é passível a conclusão de que ao Estado compete a criação do direito, em especial às normas processuais penais. A Constituição Federal determina qual a fonte material para a produção desta espécie de direito, assim sendo, a inobservância do mandamento legal máximo enseja a inconstitucionalidade da lei.

4.3 Fonte Formal ou de Cognição

No tópico acima apresentado, abordou-se a acerca do ente que possui legitimidade concernente à criação das normas processuais penais. Por ora, a finalidade é evidenciar o que se compreende como fonte formal do direito e suas espécies.

Guilherme de Souza Nucci (2009, pg. 55) quanto à questão da fonte formal do Direito, ensina que “é a forma em que o direito se torna conhecido”. Pois bem, há de se afirmar que fonte formal é a forma que o Direito se torna conhecido, ou ainda, é a forma em que as normas jurídicas se revestem, como, por exemplo, leis, tratados internacionais, bem como costumes, princípios gerais do direito e analogia. As espécies ora destacadas, serão a seguir analisadas.

As fontes formais do Direito, consoante entendimento doutrinário, subdividem-se em imediatas e mediatas, qual seja o objeto de análise no sub-tópico abaixo.

4.3.1 Fonte imediata

A fonte imediata é aquela responsável por tornar o direito conhecido, porém, se concretiza mediante a criação de mandamentos legais que emanam do Estado, qual seja o ente competente para a criação do Direito, nos termos do que determina a Constituição Federal.

Em se tratando de mandamento legal, ou seja, as leis que estabelecem as diretrizes de funcionamento da sociedade podem-se apresentar com uma roupagem jurídica distinta, como, por exemplo, lei ordinária, complementar, decreto legislativo, tratados internacionais, dentre outras mais espécies legislativas.

A finalidade, por ora, é elucidar que uma das formas que o Estado possui de impor sua vontade perante a sociedade e ainda mesmo em prol do interesse coletivo, em razão de ser um Estado Democrático de Direito, é mediante a criação e aplicação de leis, em suas mais variadas espécies. De acordo com o interesse que a lei representa, qual seja sua ideologia, possui maior complexidade e surge na sociedade com supremacia ou inferioridade com relação a outras leis.

4.3.2 Fonte mediata

As fontes do direito são mais do que aquelas estritamente positivadas no ordenamento pátrio, ou seja, há a possibilidade de utilizar-se de mecanismos extralegais, quais sejam aqueles não descritos em lei, pois desta forma tornar-se-á muito mais possível a aplicação do direito para hipóteses que necessitam de uma solução jurídica justa que o texto de lei por si só não é capaz de abarcar.

São, portanto, fontes mediatas aquelas utilizadas para operar o direito, contudo, são também instrumentos jurídicos não positivados no ordenamento pátrio. Quantos às fontes mediatas há entendimento absolutamente consagrado no ordenamento jurídico, consoante prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”.

Insta salientar que a legislação reconhece a existência das fontes mediatas, porém não exaure outras mais que também são utilizadas pelo operador do direito, quais sejam, por exemplo, a doutrina e a jurisprudência.

A existência dessa fonte do direito justifica-se, sobretudo, quanto ao fato de que o legislador não consegue prever, nem mesmo positivar no ordenamento pátrio, todas as respostas ou soluções jurídicas para a infinidade de conflitos que devem ser dirimidos pelo Judiciário, portanto, lança mão de outros recursos justos, porém não positivados.

A finalidade, por ora, além de elucidar quais são as espécies de fontes mediatas é realçar a importância de sua existência e a relevância para a espécie de direito em questão, assim sendo, nos subtópicos abaixo serão especificados as modalidades que foram citadas, bem como exposto sua riqueza jurídica e a relação que guarda com o tema em pesquisa.

4.3.2.1 Analogia

O Estado Democrático de Direito é regido sobre o império da lei, ou seja, todas as pessoas devem respeitar o ordenamento jurídico pátrio, sob pena de sofrerem as conseqüências previstas em lei. Trata-se do princípio da legalidade consagrado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

Ideal seria possuir todas as respostas para os inúmeros e até mesmo infinitos conflitos que brotam da sociedade, mas assim não é a realidade jurídica. Por assim ser, sempre haverá uma situação não imaginada pelo legislador e conseqüentemente não descrita em lei, que, em regra, reclama uma solução jurídica que deve ser solucionada pelo poder judiciário, tendo em vista que o estado avocou para si a solução dos conflitos, conseqüentemente, vedando-se a justiça privada.

Em razão da existência de lacuna legal e a obrigatoriedade de julgamento, surgem institutos que se destinam a integrar o ordenamento, cuja finalidade seja suprir a ausência de texto legal, por derradeiro, tem-se o surgimento e positivação do instituto jurídico denominado de analogia.

Prescreve o artigo 3º do Código de Processo Penal que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.”

A doutrina, por sua vez, ratifica o mecanismo jurídico da analogia que está plasmado no corpo do ordenamento pátrio. Nesse entendimento Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, pg. 41) tecem suas considerações:

A analogia é forma de auto-integração da lei (art. 3º, CPP e 4º, LICC). Pela analogia, aplicamos a um fato não regido pela norma jurídica, disposição legal aplicada a fato semelhante (*ubi eadem ratio, ubi idem ius*). Afinal, onde existe a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito.

Assim, em face da omissão involuntária da lei, aplicamos norma que disciplina fato análogo. Ao contrário do que acontece no direito penal, no âmbito do qual a analogia não pode ser utilizada em prejuízo do réu, na esfera processual ela goza de ampla aplicação.

Silvio de Salvo Venosa (2007, pg. 140), acerca do presente tema, explica que “o magistrado deve decidir sempre. Na ausência de lei que regule a matéria sob exame, o julgador recorrerá às fontes subsidiárias, vários métodos, entre os quais a analogia está colocada.”.

Utilizando da analogia como mecanismo jurídico admitido pelo direito e registrado nos textos legais, a doutrina, por sua vez, incumbiu-se de criar espécies de analogia extraíndo-se as seguintes: analogia *legis* e analogia *iuris*.

Entende-se por analogia *legis* aquela em que havendo lacuna de dispositivo de lei, aplica-se o texto legal que rege situação jurídica semelhante. Quanto à analogia *iuris*, extrai-se o entendimento de que havendo omissão da lei, a solução jurídica a ser prestada é usufruir de princípios gerais do direito, aplicando-o a um caso concreto.

Por fim, insta salientar que as soluções jurídicas pretendidas dependem, em muitas vezes, de aplicação conjunta de vários institutos jurídicos conjuntamente, tendo sempre em vista atingir a realização da justiça, pois esta também é a finalidade do instituto jurídico ora explanado.

4.3.2.2 Costume

O costume, qual seja uma prática reiterada de atos considerados como obrigatórios, é considerado como fonte do direito neste trabalho científico. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, pg. 17) dizem que “o costume é o uso geral, constante e notório, observado socialmente e correspondente a uma necessidade jurídica.”

O costume é classificado como fonte do direito porque se trata de algo que sempre foi feito, e considerado como obrigatório, tendo sua importância e autoridade respaldada na força que lhe foi conferida ao longo do tempo e ainda mesmo quando consagrado na prática judiciária.

Pois bem, o instituto jurídico em destaque é utilizado nas hipóteses em que haja omissão legal, restando ao juiz, de acordo com o caso concreto, valer-se dos costumes para decidir o que lhe é proposto, pois ainda que não haja dispositivo legal que se amolde à lide, o dever de julgar ainda subsiste.

A legislação reconhece o costume como mecanismo jurídico a ser utilizado, pois o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil assim determina.

Assim sendo, tem-se o costume sob três vertentes: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

O costume *secundum legem* é aquele em que a lei admite sua eficácia, pois nessa esteira de entendimento Maria Helena Diniz (2003, pg. 308) acentua suas considerações:

O costume *secundum legem* está previsto na lei, que reconhece sua eficácia obrigatória. No nosso direito tal é o caso do art. 1.297, § 1º, do Código Civil, que assim reza: “Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como as sebes vivas, cercas de arame ou madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.”

Quanto ao costume *praeter legem*, é aquele em utiliza-se ante a ausência de lei para aplicar ao caso em tela. Maria Helena Diniz (2003, pg. 308) ensina que:

O costume é *praeter legem* quando se reveste de caráter supletivo, suprindo a lei nos casos omissos, preenchendo lacunas. É o tipo que está contido no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Esse costume é invocado, quando não se puder empregar a argumentação analógica, nas hipóteses de silêncio da lei sobre determinado assunto, procurando preencher esse hiato legal pela observância de práticas consuetudinárias. P. ex: a função natural do cheque é ser um meio de pagamento a vista. Se emitido sem fundos em poder do Banco sacado, ficará o que emitiu sujeito à sanção penal. Entretanto, muitas pessoas vêm, reiterada e ininterruptamente, emitindo-o não como uma mera ordem de pagamento mas como garantia de dívida, para desconto futuro, na convicção de que esse procedimento não constitui crime.

Por fim, à margem de esgotar as três espécies de costumes já apresentadas, há de se mencionar aquele classificado como *contra legem*, cujo qual está em contrariedade à lei. Silvio de Salvo Venosa (2007, pg. 128) ensina que “o costume *contra legem* é o que se opõe, se mostra contrário à lei. Denomina-se *costume ab-rogatório*, pois coloca a lei à margem”. Ressalvados posicionamentos em contrário, opta-se, neste trabalho, pela inadmissibilidade no que tange à aplicação do costume que afronte a lei, tendo em vista que na República Federativa do Brasil impera a vontade da lei.

Em caráter conclusivo, fica consignado que os costumes, em suas várias espécies, são elementos considerados como fontes do direito na proporção de sua possibilidade em contribuir com direito.

4.3.2.3 Princípios gerais do direito

Os princípios gerais do direito são posicionados no ordenamento jurídico nacional como fonte jurídica, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, sendo-a utilizada para suprir lacunas legais.

Fernando Capez (2008, p. 70) conceitua princípios gerais do direito, dizendo que são “postulados gerais que se fundam em premissas éticas extraídas do material legislativo. São axiomas fundamentais ou generalíssimos, que conferem fisionomia, unidade e validade a todo um sistema jurídico.”

Aduz Fernando Capez (2008, p. 70), a lei processual, ou ainda toda espécie de lei, pode ser suplementada pelos princípios gerais do direito.

A razão pela qual se utiliza os princípios gerais do direito é a oportunidade de criar interpretações distintas e até mesmo inovadoras.

Ensina Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 142):

Por meio desses princípios, o intérprete investiga o pensamento mais elevado da cultura jurídica universal, buscando orientação geral do

pensamento jurídico. Cada autor, sob diversas correntes de pensamento, procura da sua própria posição sobre o tema. [...]

[...] É tarefa inútil, por ser impossível, definir e catalogar esses princípios, São regras oriundas da abstração lógica que constitui o substrato comum do Direito. Por ser um instrumento tão amplo e com tamanha profundidade, sua utilização é árdua para o julgador, pois requer vivência e traquejo com conceitos abstratos e concretos do Direito, além de elevado nível cultural

Neste sentido, incumbe ressaltar que a incidência de princípios na tese principal desta obra será inegavelmente utilizada, pois a teoria minoritária a ser explanada em momento oportuno, demanda, necessariamente, embasamento em princípios, assim sendo, fica desde já evidenciado a grandíssima importância deste instituto para este estudo jurídico.

4.3.2.4 Jurisprudência

A jurisprudência é o compilado de decisões proferidas pelos juízes monocráticos, bem como pelos tribunais superiores. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 20) ensinam que “quando o reconhecimento de uma conduta como obrigatória se dá em sede dos tribunais, teremos a jurisprudência (ou o costume judiciário) como fonte do direito”.

A finalidade da jurisprudência é uniformizar a forma de interpretação e aplicação do direito.

A doutrina, apesar de não ser entendimento absoluto, reconhece a jurisprudência como fonte do direito, pois assim assinala Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 21), nos seguintes termos:

Sim, de fato a jurisprudência pacífica nos tribunais não obriga juridicamente, mas acaba por prevalecer na maioria dos casos, valendo destacar, inclusive, que é hipótese de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu* (recurso extraordinário para o STF, recurso especial para o STJ e recurso de revista para o TST) a eventual violação ao entendimento das cortes respectivas, uma vez que sua função é, em última instância, uniformizar a jurisprudência nacional.

Neste passo, uma análise crítica do sistema brasileiro permite a conclusão de que, ainda que a passos lentos, a construção pretoriana (jurisprudencial) vem ganhando contornos novos, que permite reconhecê-la como verdadeira fonte produtora do direito.

Fica demonstrado, portanto, que a jurisprudência é uma das fontes do direito, apesar de não ser reconhecida expressamente em lei, mas admitida pela doutrina, pois é capaz de impor uma conduta obrigatória àqueles que operam o direito.

4.3.2.5 Doutrina

A doutrina jurídica é considerada como uma das fontes do direito, contudo, mesmo havendo posicionamentos divergentes quanto a sua aceitação como fonte, nesta pesquisa jurídica, é digna desta classificação.

Em prosseguimento, define-se doutrina como a opinião dos estudiosos do direito, também denominados como juristas.

Há de se admitir a doutrina como fonte do direito em razão de que muitas vezes é tão somente através da interpretação dos juristas que se obtém a aplicação correta do texto legal, tendo em vista que determinados conceitos jurídicos não são esclarecidos e definidos pela própria lei, mas sim pelos doutrinadores contribuem para a correta interpretação e aplicação da lei.

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 23) realizam considerações que enriquecem o tema por ora abordado, com as seguintes considerações:

A doutrina dominante não chega, no sistema *civil law*, a ser considerada formalmente uma fonte do direito, uma vez que não há imposição a seu acatamento.

Todavia, pode ser responsável pela definição de alguns conceitos jurídicos indeterminados (ex.: mulher honesta, justa causa, absoluta impossibilidade etc.), permitindo o desenvolvimento de fórmulas interpretativas capazes de conferir certa uniformidade a tais conceitos vagos e ambíguos.

Acaba, no final das contas, sendo considerada uma fonte pelo fato de continuamente propor soluções, inovar, interpretar e colmatar lacunas.

Pois bem, a doutrina acima apresentada comprova e exemplifica hipóteses na qual o trabalho intelectual da doutrina torna-se necessário para interpretação e aplicação correta do direito, bem como é capaz de gerar imposição e acatamento do entendimento doutrinário, a fim concretizar a aplicação da lei.

5 DA PROVA

Antes de permear ao tema da admissibilidade da prova proibida em seu inteiro teor, imprescindíveis são as considerações acerca do instituto que é objeto de pesquisa científica desta monografia, qual seja a prova, com especial destaque para o âmbito processual penal, cuja finalidade seja o desenvolvimento de um raciocínio lógico, coeso e a conseqüente explanação de uma tese extraordinária decorrente do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

5.1 Definição de Prova

Cumpra, em caráter propedêutico, esclarecer que o termo “prova” emana do latim, auferindo-se a denominação *probatio*, terminologia vinculada e direcionada ao esclarecimento de algo desconhecido, elucidação de fatos obscuros, atrelados intimamente à verdade real, destinando-se a emergir de forma cristalina os fatos que são objetos de análise sob o manto do Judiciário.

Interessante as palavras de Fernando Capez (2008, p. 290) dedicadas ao vocábulo “prova”, quais sejam:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar o magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 195) reporta-se a definição de prova no seguinte teor:

A palavra *prova*, derivada do latim *proba*, de *probare* (*pro, as, are*), implica demonstrar, reconhecer, formar juízo de. Sob forma ampla, no sentido jurídico, entende-se a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 343) proporciona o seguinte entendimento:

[...] o termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou conformação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Por fim, Maria Cecília pontes Carnaúba (2000, p. 70) arremata:

Denomina-se prova a demonstração da ocorrência do fato delituoso e sua autoria, a fim de revelar ao julgador a necessidade da aplicação da sanção penal competente. Num sistema processual penal como o nosso, a prova é fundamental, uma vez que as decisões judiciais, para serem válidas, carecem de fundamentação.

De acordo com as afirmações acima constantes, tem-se como notório que as provas concretizam o cerne do processo, isto porque é a forma pela qual ocorre a transparência da verdade real, objeto de apuração sob a presidência do Poder Judiciário. As pretensões criadas pelas partes em juízo ganham força ou enfraquecem na proporção da elucidação dos fatos.

As provas destinam-se, na realidade, à construção de fatos pretéritos apurados em juízo, onde, por via consequencial, possui plena capacidade de estruturar e fundamentar um justo provimento judicial.

5.2 Aspectos Gerais

Ante a definição e o entendimento do vocábulo prova devidamente explanado no item “5.1”, é importante e necessário, a partir do presente momento, adentrar aos aspectos concernentes e estruturadores das provas.

Nestes termos, indispensável ter em consideração a gigantesca importância de uma prova juntada aos autos de uma ação penal, haja vista que a subsequente tutela jurisdicional, seja no sentido de propiciar absolvição ou a condenação do réu, não pode ser eivada de injustiça ou provida de desproporção, eis que o *jus puniendi* pode implicar na restrição do direito fundamental de liberdade do jurisdicionado ou ainda sofrer uma condenação indevida, da qual não é digno, ou ainda, indo mais além, e, em resultado antagônico ao acima descrito, é possível até mesmo submeter a sociedade a tolerar a indevida permanência de um delinqüente entre os demais transeuntes, ofertando-lhe riscos, ante a sua potencialidade lesiva costumeira e habitual, acrescida de um sentimento de impunidade, cujo qual sabe o agente ser merecedor da punição estatal.

É importante ressaltar, desde já, em caráter extraordinário, que a não punição do autor de uma infração penal pode originar-se de uma interpretação inflexível e restrita do que impõe o inciso LVI, artigo 5º da Constituição Federal.

5.2.1 Meios de prova

A formação da convicção do juiz e obediência à verdade real é naturalmente dependente dos meios de provas constantes nos autos, isto é, todo material que pode ser utilizado para o justo fim de iluminar a verdade real e saciar as pretensões das partes postulantes.

Os meios de prova são todos os mecanismos que possam contribuir para alcançar a verdade real e conseqüentemente dar a devida aplicabilidade ao direito, promovendo, por fim, a justiça.

Fernando Capez (2008, p. 315) define:

Em primeiro lugar, a título de esclarecimento, convém salientar que o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Assim, temos: a prova documental, a pericial, a testemunha etc.

É pacífico no direito que os meios de provas não se restringe ao rol exemplificativo do Código de Processo Penal, compreendido entre os artigos 158 a 250, quais sejam as seguintes provas: exame de corpo de delito, e das perícias em geral (artigos 158 a 184), interrogatório do acusado (artigos 185 a 196), confissão (artigos 197 a 200), perguntas ao ofendido (artigo 201), testemunhas (artigos 202 a 225), reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228), acareação (artigos 229 a 230), prova documental (artigos 231 a 238), indícios (artigo 239), busca e apreensão (artigos 240 a 250).

Em razão de não ser objeto desta monografia a análise das provas em espécie, torna-se absolutamente suficiente a exposição acima realizada, sem mais delongas.

É conhecimento pacífico no direito que existem as denominadas provas inominadas, ou seja, aquelas não compreendidas no rol exemplificativo anteriormente apresentado, porém, em se tratando de meios de provas, também são admissíveis a fim de instruir a ação penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 311) ensinam e ilustram a exposição anterior nos seguintes termos:

Esta não-taxatividade pode ser extraída do art. 155 do CPP, no seu parágrafo único, com a redação trazida pela Lei n.º 11.690/08, quando assevera que “somente quanto ao estado de pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. É o que acontece, por exemplo, com a demonstração do estado de casamento, que deve ser feita com a certidão do respectivo registro civil.

A busca da verdade real a ser atingida mediante os meios de prova caminha conjuntamente com a liberdade probatória que não pode ser mitigada, pois a consequência pode ser a frustração da persecução penal e o interesse da justiça, sem ao menos mencionar o provável prejuízo para os jurisdicionados e a sociedade que clama resposta do Estado-Juiz.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu no seguinte sentido:

Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (STF, HC n. 69.204-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min Carlos Velloso, DJU 04/09/1992)

Assim, apesar da redação do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal vedar a produção de prova proibida, uma interpretação mais condizente e justa com a realidade, possibilita a flexibilidade do dispositivo supra e o atendimento aos anseios tutelados pelo direito, porém, esse entendimento será sustentado oportunamente.

5.2.2 Objeto da prova

Importante a análise e o reconhecimento sobre a matéria na qual incide a prova penal, ou seja, qual seja seu objeto. A relevância jurídica está pautada na finalidade do esclarecimento de fatos controvertidos sob o qual há uma crise de incerteza, cuja finalidade seja a primazia da verdade real, bem como, se destine a influenciar na decisão que irá emanar do Poder Judiciário, haja vista ser o juiz o destinatário da prova.

Deve-se buscar a comprovação dos fatos correlacionados para se obter o adequado deslinde do processo, pois, além do eventual acontecimento

criminoso em si, o exaurimento probatório estende-se aos elementos que influenciam na dosimetria da pena e aplicação da sanção penal.

Em razão do exposto, é adequada a lição de Julio Frabbrini Mirabete (2005, pg. 250):

Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o 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 ou 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 podem ter na solução do litígio. São irrelevantes, p. ex., as roupas vestidas pelo autor, suas convicções religiosas ou seu estado civil quando tais circunstâncias não são elementos do crime, não influem na fixação da pena ou não trazem qualquer subsídio à apuração da verdade buscada no processo.

O objeto da prova é um conjunto complexo de elementos probatórios incidente sobre questão controvertida, possuindo variação de acordo com cada realidade apreciada pelo Estado-Juiz.

Tendo em vista a tamanha importância sobre a incidência da prova, no que tange ao objeto, a jurisprudência também define em seus julgados, dizendo que [...] o objeto da prova é o fato controvertido - afirmado por uma parte e negado pela outra [...] (Apelação Cível Nº 931243002, Trigésima Quarta Câmara Apelação c/ Revisão, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Irineu Pedrotti, Julgado em 09/05/2007).

Neste viés, por fim, afirma-se que a atividade cognitiva do juiz se destina à apreciação de fatos dependentes de provas que recaem sobre fatos controvertidos, cujo exaurimento concretiza-se na emissão de um provimento jurisdicional.

5.2.3 Fatos independentes de prova

Pois bem, realizadas as devidas considerações acerca do objeto da prova, insta salientar a existência de fatos que não precisam ser provados, em virtude de que a realidade na qual se constrói o cenário apreciado em âmbito judicial, traz elementos dotados de certeza jurídica, auto-elucidativo, ou, por que, a obscuridade da verdade real é afastada em razão de a lei assegurar consistência do fato.

A respeito de fatos que não precisam serem provados, a doutrina classifica-os em: intuitivos, notórios, incontroversos e presumidos por lei.

Referente aos denominados fatos evidentes ou ainda chamados de intuitivos e até mesmo axiomáticos, quais sejam aqueles providos de um grau de certeza que elimina qualquer dúvida, por derradeiro, não se faz necessário a prova acerca do que sabe-se ser verídico. Nestes termos, a convicção está construída, desprezando-se a produção de prova acerca dos fatos. Exemplifica Edilson Mougnot Bonfim (2009, pg. 306) que “a percepção do fato em si revela como certo e indiscutível. Se um homem se move, fala etc.”, por sua vez, Fernando Capez (2008, pg. 291) elucida dizendo que se “um ciclista é atropelado por uma jamanta e seu corpo é dividido em pedaços. Dispensa-se o exame cadavérico interno, pois a causa da morte é evidente”. Assim, observa-se que o fato não é carecedor de prova.

Há também outras razões que independem de provas, haja vista sua notoriedade, seu vasto conhecimento público, inerente à esfera de conhecimento do homem-médio, emergindo a máxima *notoria non egent probatione*. Revela-se a notoriedade de um fato, por exemplo, na hipótese de conhecimento de uma data comemorativa como Carnaval ser uma festa popular, assim ilustra Edilson Mougnot Bonfim (2009, pg. 305) sobre o assunto em apreço.

O fato incontroverso, por sua vez, é aquele alegado por uma parte e não contrariado por outra. Ainda mesmo que não haja impugnação pela parte contrária, os fatos devem ser provados, pois no processo penal vige o princípio da verdade real, diversamente na sistemática adotada no cível, inclusive, legitimando que o juiz determine de ofício diligências.

Não possuem dependência de prova os fatos presumidos por lei, isto é, trata-se de uma determinação da própria legislação. A título de exemplo no ordenamento pátrio, dispõe o artigo 27 do Código Penal ao estabelecer que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” Assim sendo, não é possível provar que ao tempo do fato o menor possuía capacidade de entender o caráter criminoso da conduta desenvolvida.

Por fim, tem-se registrado a questão referente a fatos que dispensam a atividade probatória.

5.2.4 Ônus da prova

O ônus da prova possui um conhecimento notório no vasto ramo do direito, contudo, a abordagem que será nesta monografia realizada é sob o prisma do direito processual penal.

Em breve definição, o ônus da prova consiste na faculdade processual atribuída a parte para que possa manifestar-se nos autos. Em se tratando de processo penal, no que concerne à prova, o ônus probatório compete aquele que apresenta as versões do fato criminoso, pois assim, o Código Penal em seu artigo 156 *caput* estabelece ao determinar que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”.

Denilson Feitoza Pacheco (2008, p. 634) ensina da seguinte forma:

Ônus da prova ou *onus probandi* é o encargo que tem a parte de provar a verdade real de fato alegado.

Tendo em vista o princípio da imparcialidade do juiz, como regra, este não pode se tornar acusador ou defensor, tomando a iniciativa da ação ou da produção das provas. Por isto é preciso estabelecer quem tem o encargo de produzir a prova de determinado.

Em segundo passo, mister se faz a distinção entre ônus e obrigação, pois, a faculdade processual se denomina como ônus da prova e não obrigação de provar. O ônus da prova é atribuído a quem é o titular de um direito, assim, conseqüentemente, o eventual prejuízo ante inércia relativa à faculdade processual é tão somente inerente ao titular e não à terceiro, ou ainda, ao réu. A obrigação quando não cumprida gera efeitos a terceiros que não possuem a pretensão satisfeita e não ao inadimplente. Por óbvio, em sede de ação penal, se o Ministério Público não provar as alegações aduzidas, o pedido inicial constante na denúncia não irá prosperar, ou seja, o titular do ônus da prova absorverá esse prejuízo e em nada afetará o réu.

Nesta oportunidade, salienta-se que ao Ministério Público, bem como ao Defensor em sede de queixa crime compete a prova da autoria e materialidade do evento criminoso. A defesa não possui ônus em provar sua inocência, pois esta condição é presumida em razão do princípio da presunção do estado de inocência, porém, fica a cargo da defesa comprovar excludente de ilicitude com legítima defesa, estado de necessidade. Por fim, inclusive, encerrando a pirâmide processual é de se fazer constar que juiz não possui ônus da prova em razão de ser o destinatário do material probatório, ainda mesmo que determine diligências que entender necessária, pois após o rompimento da inércia, o juiz presidirá o processo crime, comandando-o, conforme determina o princípio do impulso oficial.

5.2.5 Fase de elaboração da prova

A fase de elaboração da prova é o conjunto de atos processuais referentes ao desenvolvimento da atividade probatória.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 33) diz: “procedimento probatório vem a ser a marcha dos atos processuais relativos à prova, na forma prevista em lei e de maneira coordenada e concatenada”.

A fase de elaboração da prova, segundo a doutrina, possui as seguintes etapas: proposição, admissão, produção, valoração.

A proposição da prova consiste no ato pelo qual as partes comunicam nos autos quais são as provas que pretendem produzir, ou seja, requerem ao juiz as provas que desejam produzir para que posteriormente possam instruir os autos da ação penal. Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 225) ensina que: “a proposição da prova consiste na indicação dos meios de prova que as partes pretendem produzir em instrução específica”.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p.331) tecem as seguintes considerações:

Normalmente o requerimento de produção probatória é apresentado na inicial acusatória, para o Ministério público ou o querelante e na resposta preliminar (art. 396-S, CPP), para a defesa. Essa oportunidade, contudo, em regra não é preclusiva. Nada impede que no curso do processo as partes requeiram a produção de provas, ou o magistrado determine a sua realização de ofício. As limitações a essa liberdade são exceção, a exemplo do que ocorre na prova testemunhal, que deve ser indicada na inicial ou na defesa preliminar, pois a omissão levaria à preclusão. Ainda assim, o magistrado, mesmo que a parte não tenha arrolado a testemunha oportunamente, pode optar por ouvi-la como testemunha do juízo. A demonstração da verdade e o bom senso acabam prevalecendo.

É dessa forma que surge nos autos a comunicação sobre quais provas são entendidas como necessárias e pretendidas.

Na sequência, ocorre a eventual admissão da prova nos autos, ou seja, surge ao ato de competência do juiz que pode deferir ou não a produção de determinada prova requerida pelas partes, ou ainda mesmo, autorizar a entrada de determinadas provas nos autos. Observa-se nessa etapa que o juiz funciona como um filtro que repele informações irrelevantes ou protelatórias destinadas inicialmente a adentrar aos autos da ação penal. Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 36) “a admissibilidade da prova é ato processual específico do juiz, que, por ele, examinando as provas propostas pelas partes e seu objeto, defere ou não a produção.” É indispensável que a prova almejada pelas partes seja deferida pelo juiz para que, em segundo momento, proceda-se à próxima fase de elaboração, qual seja a produção.

Em prosseguimento à admissão ocorre a denominada fase de produção, que representa o conjunto de atos processuais com a incumbência de trazer aos autos os elementos destinados a convencer o magistrado. Para Fernando

Capez (2008, p. 318) a fase de produção “é o conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes”.

Última instância da fase de elaboração é a valoração da prova, que consiste no valor que o magistrado atribui á prova, empregando-lhe importância de acordo com sua íntima convicção. Fernando Capez (2008, p. 318) ensina que:

Nada mais é do que o juízo valorativo exercido pelo magistrado em relação às provas produzidas, emprestando-lhes a importância devida, de acordo com a sua convicção. Esse momento coincide com o próprio desfecho do processo.

A valoração da prova é a última etapa da fase de elaboração da prova e nesse sentido ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p.332):

Caberá ao magistrado no *decisum* manifestar-se acerca de todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento. Se valorar mal, de regra, dará ensejo à reforma da decisão na fase recursal, caracterizando o *error in iudicando*.

É, portanto, a valoração da prova o momento finalístico e personalíssimo quanto à pessoa do magistrado que realiza análise sucinta dos elementos probatórios. Respectiva etapa coincide com o momento de encerramento do processo.

5.3 Princípios da Prova no Direito Processual Penal

A prova, instituto jurídico em análise sob a ótica do direito processual penal, é o instrumento jurídico utilizado a fim de que seja demonstrada a eventual existência de um fato que a lei proíbe. Doravante, após rememorar a que se destina a prova, insta mencionar que existem princípios que regem o denominado instituto da prova.

Os princípios aplicáveis às provas são diretrizes que destinam-se a contribuir para a realização do objetivo da prova, qual seja a elucidação do fato apreciado na esfera penal.

Em vista do exposto, resta, por ora, a apresentação dos princípios, bem como o conteúdo jurídico presente em cada um.

5.3.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes

Os jurisdicionados, sejam eles autor ou réu, em sede de ação penal, possuem o direito à prova. Nesse sentido, as afirmações proferidas em juízo por qualquer das partes é carecedora de prova.

Há necessidade comprovar o que fora alegado pertence àquele que suscitou o fato, pois, assim sendo, está incumbido do encargo probatório atinente as respectivas alegações, ou seja, possui o ônus da prova, nos termos do *caput* do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido ensina Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 30):

[...] cada parte assume e suporta as conseqüências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhes compete demonstrar.

Em complemento ao ensinamento acima exposto, Fernando Capez (2009, p. 337) declara que “as partes assumem as conseqüências de sua inatividade, erro ou atos intencionais”.

Assim sendo, a produção de prova mediante violação de normas, acarretará nas condições previstas em lei; por outro lado, a inércia da parte em face da faculdade processual probatória possui também suas conseqüências, como a

não elucidação dos fatos e eventual preclusão do direito de apresentar as provas que entender cabível e adequada para o devido deslinde da ação penal.

Em suma, as partes são responsáveis pelas provas que produzem, e os encargos inerentes pela inércia.

5.3.2 Princípio da audiência contraditória

O princípio da audiência contraditória é considerado uma das diretrizes fundamentais para a prova penal. Respectivo princípio apreciado nesta oportunidade não se destina ao contraditório da audiência como um todo, ou seja, não nos remete, por ora, à aplicabilidade do contraditório de todos os atos processuais realizados, mas tão somente à prova. Este é o objeto.

Pois bem, a prova apresentada por uma das partes nos autos da ação penal deve, necessariamente, ser submetido ao conhecimento da outra parte, cuja qual possui o direito de impugnar o material probatório juntado aos autos, bem como apresentar contraprova. Eis a dialeticidade probatória. Fernando Capez (2009, p. 320) ensina que “toda prova admite contraprova, não sendo admissível a produção a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte”.

Nestes termos, há a possibilidade da parte contrária impugnar o material probatório que é ofertado ao juiz, bem como realizar a denominada contraprova.

Hidejalma Mucio (2003, p. 145-146) declara seu saber com as seguintes palavras:

Trata-se do princípio que garante à outra parte a contraprova. A prova feita por uma das partes tem de ser conhecida pela parte contrária, oportunizando-lhe condições não só de manifestação mas de produção de contra-argumentos. Nem mesmo aquela que é produzida *ex officio* pelo juiz fica isenta do contraditório: as partes deverão conhecê-las e sobre ela se manifestar, se pronunciar, inclusive com oportunidade de refutá-la.

Nesses termos, fica cristalinamente evidenciada a implicância jurídica em observar-se o princípio da audiência contraditória, valendo-se, inclusive, de ensinamento doutrinário.

5.3.3 Princípio da aquisição ou comunhão da prova

O princípio da aquisição ou também denominado comunhão da prova, aplica-se ao direito processual penal, bem como se destina à prova penal a fim de propiciar a regular aplicabilidade do direito e promoção da justiça. Conforme já ressaltado em momento anterior, adequado e oportuno, os litigantes em processo penal possuem o direito a prova, cuja finalidade é comprovar as alegações aduzidas, almejando obter o acatamento de suas respectivas teses jurídicas, ou seja, visando a procedência do pedido.

Assim sendo, ocorre a materialização do consagrado entendimento em que o juiz torna-se destinatário da prova apresentada pela defesa bem como pela acusação. Ademais, recaindo sobre o princípio em espécie, implica concluir que as provas apresentadas pelas partes pertencem ao processo e não exclusivamente a uma das partes, qual seja aquela que incluiu no mundo jurídico. Nesta linha de raciocínio fica evidenciado que a qualquer dos litigantes é garantido utilizar da prova apresentada pela outra parte.

A doutrina de Hidejalma Mucio (2003, p. 146) assegura qual o conteúdo do princípio em tela nos seguintes termos:

A prova, uma vez produzida, é extensiva às partes, pertencem ao processo e não a quem a indicou ou a produziu. Presente no processo, a prova não é do domínio da acusação ou da defesa; esta ou aquela não poderá descartá-la quando não se mostrar útil para si e sim à parte contrária, a quem aproveitará. Em suma, produzida a prova, ela aproveitará à acusação, à defesa e ao juiz, destinatário de toda e qualquer prova. Não há, assim, prova que pertence a uma das partes. No processo a prova serve a ambos os litigantes e ao interesse da justiça.

A aplicabilidade integral deste princípio enrijece a validade da prova juntada aos autos, evitando que a legalidade probatória seja maculada quando da inobservância deste princípio que constitui elemento fundamental ao devido processo legal e confecção da justiça.

5.3.4 Princípio da oralidade

Orienta o princípio da oralidade a realização de atos judiciais na modalidade oral, como sugere a nomenclatura do próprio instituto. A aplicação deste princípio no âmbito probatório processual penal proporciona um contato direto do magistrado responsável pela presidência da ação penal com qualquer dos sujeitos processuais presentes em juízo e capazes de proferir informações de cunho probatório.

A importância contida neste princípio, ainda que de forma implícita, é simplesmente o fato de estar a prova nascendo perante a presença do juiz, ao invés de ser apresentada em juízo quando anteriormente já existia. Trata-se de aspecto importante tendo em vista ser o magistrado o destinatário da prova.

Insta salientar que a oralidade probatória está intimamente ligada com a redação do texto constitucional constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, pois determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e, assim sendo, a prova em sua modalidade oral, na proporção que lhe compete, elimina potencialmente a imensidão de documentos e inúmeras laudas que consubstanciam uma única prova.

Para Julio Fabbrini Mirabete (1997, p. 264) “de acordo com o princípio da oralidade, deve haver predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates) [...]”.

O atendimento ao princípio ora exposto, condiciona um processo menos denso concomitante com a celeridade processual sempre almejada, bem

como uma instrução probatória mais eficaz e justa ante a possibilidade de confrontar as provas em um único momento.

5.3.5 Princípio da concentração

Constituído com um dos ilustres princípios das provas o princípio da concentração que visa enriquecer e aperfeiçoar a atividade probatória no sentido de realizar a produção da (s) prova (s), sempre que possível, em um único momento, qual seja em única audiência.

Válido e indispensável são as sucintas palavras de Fernando Capez (2009, p. 320) ao mencionar que “como consequência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência”.

Importante ainda mencionar o que dispõe Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 199-200):

Este princípio é um desdobramento do da oralidade. Por ele busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência, o que possibilita maior rapidez em sua coleta e produção.[...]

[...] A concentração, como é evidente, tem que obedecer ao rito previsto pelo legislador para o tipo de crime que é objeto da acusação pública ou privada.

A Lei n.º 9.009/95 em seu artigo 81, § 1º exemplifica perfeitamente o princípio em tela ao determinar que “todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes e protelatórias”.

A argumentação constitucional aduzida quando em debate o princípio da oralidade, é nitidamente aplicável ao princípio da concentração.

5.3.6 Princípio da publicidade

A publicidade processual está inserida na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LX ao determinar que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Com fulcro no mandamento legal ora mencionado, emerge o princípio da publicidade, dotado de carga mandamental no sentido de deixar disponível ao olhar da sociedade toda etapa processual, em especial as provas constantes nos autos.

O princípio da publicidade, no sentir de Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 67), merece as seguintes considerações:

Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizar pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça.

Em contrapartida, a publicidade desnecessária, também é reconhecida pelo texto constitucional acima apresentado, justificando-se pela ausência de necessidade e obrigação no que tange a tornar público os atos processuais.

Complementa Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 68), nos seguintes termos:

Deve-se evitar a publicidade desnecessária e sensacionalista, como as transmissões de julgamentos por rádio ou televisão. Expõe demasiadamente os protagonistas da cena processual ao público em geral e causa constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas.

A publicidade e a vertente diametralmente oposta, qual seja a desnecessidade de publicidade reconhecida em lei, aplica-se também à prova penal juntada aos autos. Isso implica dizer que quanto aos litigantes em sede de ação penal, ambos possuem acesso às provas dos autos, porém, àqueles que não são partes, veda-se o acesso ao conteúdo probatório em razão do império da lei.

O desenvolvimento desta pesquisa bem como a confecção desta obra permite emitir opinião enaltecendo a relação que este princípio guarda com a denominada prova proibida.

Os laços jurídicos se encontram nos seguintes dizeres: Decretado o sigilo judicial da ação penal, logicamente, tão somente as partes litigantes terão acesso aos autos, excetuando-se os serventuários obviamente. Ao imaginar, hipoteticamente, que a defesa, por sua vez, junte aos autos prova notoriamente ilícita, porém ainda não apreciada pelo magistrado nem mesmo pela parte contrária. Entendendo pela admissibilidade de respectiva prova, por medida de justiça, é dever de o magistrado promover ciência à outra parte quanto à juntada desta prova. Insta salientar que respectiva medida faz-se necessária em razão do contraditório, bem como possui embasamento no princípio da publicidade dos atos processuais. Quanto ao momento adequado à apreciação da prova e sua submissão ao crivo do contraditório e demais procedimentos legais que alimentam o devido processo legal, será abordado em sede de razões finais, onde há de se esgotar a explanação da tese principal.

Por ora, há o cumprimento da explanação do princípio da publicidade onde está consignada a relação direta que guarda com a tese principal.

5.3.7 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio do livre convencimento motivado também é aplicado como fundamento para legalidade das provas processuais penais. Inicialmente, é dever informar que o princípio em destaque será abordado com maior profundidade quando se analisará quais são os sistemas de apreciação das provas.

Doravante, reportando-se ao princípio do livre convencimento motivado, implica dizer que sua aplicabilidade consiste, em suma, no fato pela qual em que o juiz possui discricionariedade para escolher a prova que entende melhor em face do caso concreto, porém, deverá sempre motivar sua decisão.

O fundamento, na realidade, é integralmente de ordem constitucional, pois assim determina o artigo 93, inciso IX, primeira parte da Constituição Federal.

A doutrina reconhece claramente a vigência deste princípio, comprovando-se a seguinte teoria nas palavras do doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 44):

O Juiz, em face das provas existentes nos autos, tem inteira liberdade na sua apreciação. Pode desprezar o depoimento de quatro testemunhas, por exemplo, e respaldar sua decisão num único depoimento. Este é o princípio do livre convencimento. Confere-se ao Juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão.

É de grande relevância consignar que não há uma hierarquia entre as provas a serem utilizadas no curso de uma ação penal, pois se assim fosse, estar-se-ia violando o princípio em destaque, bem como, não pode o magistrado escolher aleatoriamente qual prova irá utilizar sem fundamentar sua decisão.

A obrigatoriedade que o princípio do livre convencimento motivado determina é que a haja a escolha da prova que atenda a necessidade que reclama a lide penal, porém, obrigatoriamente deve o magistrado fundamentar a decisão atinente a escolha por determinada prova.

5.3.8 Princípio da verdade real

A partir do instante em que o Estado avocou para si a solução dos conflitos, vedou, automaticamente, a justiça privada, assim comprova-se mediante o que consta no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da seguinte forma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Juntamente com a constitucionalização da solução de conflitos, veio a incumbência confiada ao Poder Judiciário de decidir entre o certo e o errado, ficando, portanto, responsável por ser o divisor de águas.

A decisão final dever conceder ao jurisdicionado o que tem por direito, onde na esfera penal, poderá ser, por exemplo, a condenação, absolvição, internação, enfim, para tanto, indispensável é vivenciar aos autos a realidade questionada. Respectiva atividade jurídica é certamente complexa, pois, é impossível rememorar o pretérito em exatas condições. Neste aspecto, deve-se almejar a todo o momento a aproximação com a realidade pretérita, ou seja, aderindo ao princípio da verdade real, pois, sem este requisito não se produzirá a verdadeira justiça.

No que tange ao princípio da verdade real, vale citar o ensinamento de Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 201):

Induvidosamente, se a finalidade do processo é a justa solução do interesse estatal em punir o autor da infração típica ou do interesse desse autor quanto a seu *ius libertatis*, a *causa finalis* da instrução probatória é a descoberta da verdade real, pois somente assim se pode dar solução justa e exata ao pedido contido na acusação

Importante constar que a verdade real não é absolutamente aplicada no processo penal, até mesmo pela simples sistemática jurídica que é adotada. Explica e exemplifica, minuciosamente, Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 38):

Note que se o Juiz penal absolver o réu e, após transitar em julgado a sentença absolutória, provas concludentes contra o mesmo réu aparecerem, não poderá ser instaurado novo processo penal pelo mesmo fato. Entretanto, na hipótese de condenação, será possível a revisão. Ficou sacrificada a verdade real? Em rigor sim. Observe-se, porém, que, no cível, a sentença errada proferida em favor ou contra o réu, transitando em julgado, não comporta reexame, salvo a hipótese excepcional da rescisória.

Nesses exemplos, percebe-se que o juízo penal transige com a verdade real. Maior transigência, contudo, existe no campo extrapenal. Assim sendo, não se pode negar que no juízo penal a transigência com a verdade material seja menor que no cível.

Por isso, pode-se afirmar que, embora o princípio da verdade real não vigore em toda a sua pureza no Processo Penal, aqui ela é mais intensa que no cível.

Registre-se, por último, o poder jurídico que compete ao Juiz quanto ao desenvolvimento da relação processual.

Pois bem, a prova a ser juntada aos autos tem o compromisso de ser verídica e possuir elo com os fatos debatidos em juízo, pelo simples fato de haver em momento ulterior a decisão judicial prestando a tutela jurisdicional, na qual utilizará do conteúdo probatório existente nos autos.

5.4 Sistemas de Apreciação das Provas

No decorrer da história, o Direito relatou uma transformação e evolução no que tange à reconstrução da realidade debatida e um julgamento presidido pelo Estado.

Pois bem, vários foram os sistemas utilizados a fim de se obter a verdade jurídica, contudo, muitos sistemas eram eivados de irracionalidade e injustiça, cujo embasamento e razão de ser está insculpido na cultura e moralidade dos povos antigos, denotando-se com clareza a eterna evolução do Direito e Sociedade, contudo, nem sempre proporcional e conjunta.

Primitivamente existiram os sistemas marcados por julgamentos imprecisos e tendenciosos à imparcialidade e injustiça. O método de apreciação das provas vigente nos tempos antigos consagrava e produzia efeitos contrários se comparados com a justiça produzida atualmente na idade moderna, fato simples de constatar pela simples vigência de um período humanitário reconhecido mundialmente.

Com o propósito de elucidar a realidade pretérita, é interessante ater-se aos ensinamentos sucintos e precisos de Julio Frabbrini Mirabete (2005, pg. 259-260) ao mencionar que “vigorou o sistema religioso, em que se invocava o julgamento divino, através das ordálias, dos duelos judiciários e dos juízos de Deus.”

O Direito Moderno e pátrio não comporta esse conceito equivocado de apuração da realidade, pois os métodos jurídicos evoluíram e são nitidamente distintos dos quais foram expostos.

A realidade jurídica atual nos demonstra que o juiz, destinatário da prova, é a autoridade judiciária competente para analisar todas as informações de cunho probatório que estão juntadas aos autos, cuja finalidade subsequente é a emissão de uma tutela jurisdicional em face dos pedidos que devam ser dirimidos ao fim da ação penal.

A fim de que o magistrado emita um provimento justo, é indispensável a análise de todas as provas pertinentes e relevantes existentes, para tanto, pautando-se no ordenamento pátrio, deverá usufruir das regras de valoração das provas e valer-se daquela que julga adequada para proferir a decisão pertinente ao caso concreto. Importante ressaltar, desde já, a possibilidade de incidência da denominada prova proibida em hipótese extraordinária, tendo em vista a necessidade e viabilidade de sua utilização, contudo, objeto de desenvolvimento posterior deste trabalho.

No tocante às regras de valoração, ensinam os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar de Alencar (2009, pg. 318):

As regras de valoração da prova demonstram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e fiscalização do órgão judicante.

A legislação pátria, no tocante ao sistema de apreciação das provas, adota o chamado sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, como regra, todavia em caráter eminentemente excepcional, tem-se o sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção e o sistema da certeza moral do legislador ou prova tarifada. Assim sendo, far-se-á uma análise acerca de cada instituto jurídico nos subtópicos abaixo expostos.

5.4.1 Sistema da íntima convicção do juiz ou certeza moral

De acordo com este sistema, possui o juiz absoluta discricionariedade para decidir, não sendo em momento algum mitigado seu poder de livre convencimento, podendo, portanto, apreciar as provas, como queira, e dar-lhes o valor que compreender ser justo e adequado para o caso em tela, eis que a lei não lhes atribui valor. Assim sendo, esta finalidade de valoração fica a cargo do juiz, ademais, dispensando-se a necessidade de fundamentação de referido ato de apreciação do material probatório.

Outro aspecto relevante é o fato de que o magistrado pode, até mesmo, valer-se de provas que não encontram-se nos autos para formação de sua convicção.

Entendem Nestor Távora e Rosmar de Alencar (2009, pg. 318.) que de acordo com este sistema o juiz está “livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo seus pré - conceitos e crenças pessoais.”

Este sistema é adotado excepcionalmente pelo Código de Processo Penal na hipótese do Tribunal do Júri, ficando consubstanciado no momento em que ocorre o voto secreto emitido pelos jurados, que, além de serem sigilosos não precisam fundamentar sua escolha.

Por fim, denota-se que não é o sistema a ser adotado pelo ordenamento pátrio como regra, vez que é falho em vários aspectos, essencialmente no que concerne ao livre arbítrio que possui o magistrado no ato de construção de seu convencimento.

5.4.2 Sistema da prova legal ou tarifada

É o sistema pelo qual as provas são, eminentemente, valoradas pelo legislador, fazendo com que o convencimento do magistrado fique estritamente vinculado ao disposto no texto legal, ou seja, a formação do convencimento ocorre fundamentalmente pela prova que entende o legislador ser indispensável para a comprovação do ilícito penal, haja vista não ser possível provar de outra forma com a mesma segurança jurídica que assume a prova previamente assegurada em lei.

Constata-se, portanto, que é um sistema diametralmente oposto àquele atinente a íntima convicção do juiz, aniquilando o excesso de poderes do qual era dotado o membro do Poder Judiciário.

São as considerações de Eugenio Pacelli de Oliveira, (2008, pg. 291), referente a esta alteração e do novo método de apreciação das provas:

[...] o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.

Apesar de não ser o sistema adotado pela legislação pátria, todavia, existem resquícios no ordenamento, constante no artigo 158 do Código de Processo Penal, tendo em vista o fato de delitos que deixam vestígios criminais, fazendo-se necessário o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade da infração, vez que trata-se de uma relação de prejudicialidade entre autoria e materialidade da infração penal. Importante trazer o texto legal acima citado, *in verbis*, o qual menciona que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

Assim sendo, resta concluir que a prova pericial adequada ao fato verídico é necessária para atingir a verdade real, pois via de consequência, automaticamente, excluirá outras espécies de provas desprovidas de potencialidade elucidativa. A finalidade é assegurar o regular trâmite do processo e também a

segurança jurídica no que tange a tutela que o Estado haverá de emitir, pois para tanto, privilegia-se a prova específica, haja vista ser o único meio cabal de constituição da realidade apreciada pelo Judiciário.

Em se tratando de prova quanto ao estado de pessoas, outro resquício do sistema de valoração, ora apreciado, o artigo 155, § único do Código de Processo Penal, determina que a prova deva ser obtida no cível. É dizer, todas as provas que não ofendam o ordenamento jurídico podem ser utilizadas no processo penal, contudo, no que tange ao estado de pessoas, o legislador foi expresso em mitigar quais são as espécies de provas a serem utilizadas.

Acentua o artigo 155 “caput” e seu parágrafo único, conforme redação abaixo transcrita:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos 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.

Acerca do tema Guilherme de Souza Nucci (2009, pg. 347) nos ensina que “nesta hipótese deve se acatar o disposto na lei civil. Exemplo disso é a prova do estado do casado, que somente se faz pela apresentação da certidão do registro civil, de nada valendo outro meio probatório”.

Portanto, a prova cabal que é capaz de comprovar o delito previsto no artigo 235 do Código Penal é certidão de casamento, ficando o magistrado adstrito a esta espécie de prova.

Sobre a peculiaridade do sistema de valoração das provas em apreço, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou a favor de sua adoção, mediante edição da Súmula 74, no sentido de que “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”, qual seja primordialmente aquela obtida no cível.

Denota-se, por fim, que a legislação processual penal não adota o sistema da prova legal ou tarifada, todavia, sendo utilizado em caráter excepcional, conforme apresentado.

5.4.3 Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional

Apregoa o sistema do livre convencimento motivado que o juiz possui liberdade para avaliar o conteúdo probatório existente nos autos, podendo valorá-los de acordo com sua convicção e, por derradeiro, deverá fundamentar motivadamente sua escolha, haja vista que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal.

Ensina, com propriedade, Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, pg. 291):

Por tal sistema, o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que parecer mais convincente. A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação ou a sua explicitação.

Na mesma esteira de entendimento Guilherme de Souza Nucci (2008, pg. 339):

Trata-se de sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art.93, IX), significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

Para confirmar o posicionamento da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, manifestou-se no seguinte sentido:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO (ARTIGO 1º, I, II E V DA LEI

9.613/1998). REQUERIMENTO DA DEFESA DE PERÍCIA EM DOCUMENTOS. PEDIDO DE VISTA DOS AUTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INDEFERIMENTO JUDICIAL FUNDAMENTADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DESNECESSIDADE DA DILIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. É legal a decisão judicial que indefere motivadamente pedido de perícia realizado pelas advogadas da paciente, independentemente de prévia manifestação do Ministério Público.

2. Na hipótese em exame, a diligência foi postulada em defesa prévia, o Parquet pediu vista de documentos para se pronunciar sobre o pleito e, mesmo sem a opinião ministerial, o Juízo de origem indeferiu a prova solicitada.

3. Não há nos autos qualquer prova de que o órgão do Ministério Público tenha se sentido prejudicado pela suposta falta de ciência dos documentos aludidos pela defesa, tampouco que tenha discordado da negativa judicial de implemento da perícia.

4. O legislador brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado, por meio do qual o magistrado pode formar sua convicção livremente, ponderando as provas que desejar, desde que fundamentadamente.

5. Não há cerceamento de defesa na hipótese de indeferimento de perícia pelo juiz da causa, pois cabe a ele verificar a sua necessidade ou não para a elucidação dos fatos, consoante o disposto no artigo 184 do Código de Processo Penal.

6. Ordem denegada.

Observa-se que o magistrado possui discricionariedade referente à apreciação das provas, contudo, deverá fundamentar motivadamente sua escolha, assim determina a Constituição Federal em seu artigo 93, IX, primeira parte:

Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade [...]

Perfilha pelo entendimento do texto constitucional, Andrey Borges de Mendonça (2008, pg. 154), pois “se é certo que, por um lado, o magistrado pode valorar as provas sem critérios predeterminados pelo legislador, por outro, deve-se ater apenas às provas constantes dos autos e fundamentar sua decisão.”

Por fim, conclui-se que o juiz tem liberdade para valorar as provas de acordo com o seu convencimento, assim como, as decisões deverão ser fundamentadas, contudo, apreciando tão somente as provas contidas nos autos da

ação penal, que foram submetidas ao crive do contraditório, pois *quod non est in actis non est in mundo*.

6 DA PROVA PROIBIDA

O regular trâmite da ação penal e o justo provimento jurisdicional estão intimamente atrelados a prova penal, isto porque é a ferramenta jurídica capaz de demonstrar ao universo jurídico a almeja verdade real construída no bojo do processo-crime. Nesse passo, em caráter excepcional, torna-se indispensável relativizar o princípio descrito no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, a fim de conferir legitimidade e legalidade a denominada prova proibida em sua vertente penal, cujo desdobramento lógico seja a verdade real acompanhada de uma sentença penal condizente com os fatos comprovados nos autos.

As sucintas palavras cravadas no corpo desta obra reclamam desdobramentos e elucidações maiores para que se contemple a tese defendida, portanto, dar-se-á, doravante, a confecção dos subtópicos norteadores.

6.1 Definição

A Constituição Federal emprega no artigo 5º, inciso LVI, a vedação das “provas obtidas por meios ilícitos”, ou seja, material probatório coletado mediante transgressão do direito vigente não pode ser utilizado para instruir qualquer demanda. A proibição aplica-se também no âmbito processual penal.

Pois bem, a Lei Maior não confere nomenclatura às provas obtidas mediante infração do direito vigente na República Federativa do Brasil e assim sendo, o presente trabalho adota a denominação que entende acertada, qual seja prova proibida, pois essa terminologia é capaz de abranger as modalidades consecutórias, qual seja a ilícita e ilegítima.

A denominação acolhida nesta monografia, conforme acima destacado, tem como defensor Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 42) que assim ensina:

Logo, a prova proibida, conceito genérico, é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico.

Por ser proibida, ofende, molesta opõe-se ao direito.

Ocorre que as normas de direito podem ser de natureza material ou processual e, em consequência, a ofensa possível de ser produzida pode atingi-las em conjunto ou separadamente.

Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 170) segue o entendimento da doutrina supra nos seguintes termos:

A doutrina e a jurisprudência pátrias sempre fizeram distinção entre provas vedadas ou proibidas, provas ilícitas e provas ilegítimas. A prova vedada ou proibida seria aquela que violasse o ordenamento jurídico. Seria o gênero, composto pelas outras duas espécies: provas ilícitas [...] e as provas ilegítimas.

Por fim, acerca da ilicitude das provas processuais penais, fica evidenciado a definição genérica de prova proibida e seu desdobramento que abrange nessa esfera as ilícitas e ilegítimas, conforme evidenciado.

6.2 Distinção entre Prova Ilícita e Ilegítima

Está consagrado, bem como é pacífico no direito, a distinção jurídica entre prova ilícita e ilegítima. A ilícita é aquela que afronta dispositivos legais de direito material, ou seja, regras de direito penal, constitucional, ou ainda princípios jurídicos, enquanto, de outra banda, a ilegítima ocorre com a transgressão de dispositivos processuais, como por exemplo, disposições constantes do Código de Processo Penal.

Fernando Capez (2008, p. 294) ensina prova ilícita nos seguintes termos:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

No mesmo sentido da doutrina acima apresentada, acrescenta Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 353):

A partir da reforma trazida pela Lei 11.690/2008, passou-se a prever, explicitamente, no Código de Processo Penal, serem ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, além de se fixar o entendimento de que também não merecem aceitação as provas derivadas das ilícitas, como regra. (grifo do autor)

A teoria acima apresentada materializa-se na realidade sensível no instante da transgressão com o direito em espécie. Da esfera teórica para a prática jurídica, algumas hipóteses podem ser elencadas a fim de ilustrar o conteúdo acima ministrado, nesse sentido, contribui Fernando Capez (2008, p. 294):

[...] por exemplo, uma confissão obtida com emprego de tortura (Lei n. 9.455/97), uma apreensão de documentos realizada mediante violação de domicílio (CP, art. 150), a captação de uma conversa de uma conversa por meio do crime de interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96, art. 10) e assim por diante.

Tecida as necessárias considerações acerca da prova proibida em sua modalidade ilícita, o prosseguimento reclama abordagem no que no que toca a prova ilegítima. Nesse passo, inicialmente com o fito de obter definições sobre o item abordado, orienta com a devida qualidade Hidejalma Mucio (2003, p. 157):

Ilegítima é a prova dotada de defeito procedimental ou formal, impeditivo de sua produção material e de sua vinda para os autos, por falta de amparo ou cobertura da lei processual. Não é ilícita porque não há prática de crime na sua obtenção, mas sim desrespeito à norma de direito processual; portanto, de forma.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar (2009, p. 312) entendem que provas ilegítimas são aquelas que “violam normas processuais” e exemplificam na hipótese de “laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (§ 1º, art. 159 CPP)”. No mesmo sentido dos doutrinadores acima mencionados está o raciocínio de Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 170) ao mencionar que ilegítimas são “as provas produzidas em violação a uma disposição de caráter processual”.

Observa-se, portanto, que o disposto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal deve ser interpretado tendo em vista as considerações acima apresentadas.

Há lógica em distinguir prova ilícita e ilegítima, pois sem dúvida, existem conseqüências jurídicas decorrentes do surgimento de determinada prova proibida. Dentre algumas conseqüências que podem advir, como exemplo, a possibilidade de nulidade absoluta de uma prova proibida, nulidade dos atos posteriores a juntada de prova contrária ao direito, bem como eventual responsabilidade do sujeito de direito que produziu a prova em contrariedade com o direito vigente.

A hipotética responsabilidade ora apresentada, não é objeto científico desta obra, contudo, é digna de expressão, pois integra o enorme campo de estudo do presente tema e apresenta-se como fundamento racional e obrigatório no que tange à distinção entre a terminologia ilícita e ilegítima no campo da prova penal.

6.3 A Inadmissibilidade da Prova Proibida

O entendimento majoritário no direito nacional repudia que a prova proibida seja admissível no processo penal, fazendo valer assim a integralidade do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal. A inadmissibilidade se funda no respeito à Lei Maior, por que a aceitação da prova proibida ganha conotação de inconstitucionalidade. Nessa esteira de entendimento, Raimundo Amorim de Castro (2007, p. 86) diz que “a inadmissibilidade da prova ilícita mediante violação de

norma de conteúdo constitucional, será inconstitucional; exemplo: a obtenção de confissão mediante tortura”.

Essa corrente jurídica entende que o direito não é acolhedor da pretensão daquele que obtém prova com infringência do próprio direito. A inserção deste entendimento, como garantia fundamental plasmada na Lei Maior acarreta a mitigação da liberdade probatória e da verdade real.

A inadmissibilidade de se obter prova por meio ilícito demonstra fidelidade com relação a valores de ordem constitucional como, por exemplo, igualdade processual (artigo 5º, “caput”), inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), sigilo da vida privada, honra, imagem (artigo 5º, XII), devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV).

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 86) presta seu conhecimento nos seguintes termos:

O Estado tem como pressuposto de existência e finalidade primeira a promoção do bem-estar do homem. Para tanto é fundamental estabelecer restrições ao livre arbítrio das pessoas, assim como às ações estatais. Caso contrário, abre-se espaço à subjulgação dos mais fracos pelos mais fortes, permitindo-se o fortalecimento destes em função do apequenmento daqueles. No que concerne á obtenção e produção de provas, é basilar impor limites a essa atividade, quer seja por parte dos particulares ou do Estado, para evitar a tirania estatal em matéria de persecução criminal, como também a implantação de um verdadeiro estado de beligerância entre os cidadãos. O Estado, sem limites para os modos de obtenção de provas, fatalmente ofenderá os cidadãos em seus direitos de pessoas humanas. Os cidadãos, por sua vez, sem limites para a obtenção de provas, perderão o respeito recíproco, o que será um grande estímulo ao crescimento da violência no seio social, e a impunidade decorrente do uso abusivo do direito à privacidade obstaculizará a materialização dos fins do Estado. Portanto, é imperativo fixar marcos firmes e eficazes para os meios de produção de provas. (grifo do autor)

Extrai-se da citação supra que a liberdade desenfreada da atividade probatória é passível de produção de um caos jurídico e social, ou seja, a restrição probatória é justa.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 295) fortalece a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito argumentando no seguinte sentido:

[...] o reconhecimento da ilicitude do *meio* de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

O Supremo Tribunal Federal bloqueia a inserção de prova proibida no ordenamento nacional, entendimento majoritário demonstrado conforme julgado abaixo transcrito:

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. (STF, HC n. 80949/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14-12-2001) (grifo do autor)

Atualmente o Estado veda a polêmica prova proibida, bem como prima pelos direitos e garantias fundamentais em detrimento da avassaladora atividade probatória obtida por meio ilegal.

6.4 A Admissibilidade da Prova Proibida

A admissibilidade da prova proibida é posicionamento minoritário no direito nacional, em razão da vedação constitucional do artigo 5º, inciso LVI, e, por assim ser, dever ser interpretada e aplicada em sede de situação extraordinária.

Obviamente que a admissão desenfreada da prova proibida é objeto de rejeição perante a Lei Maior, sob pena de comprometer a estrutura do Estado.

A Constituição Federal determina que a República Federativa do Brasil promova uma sociedade justa e o bem de todos, pois, assim consta no artigo 3º e incisos abaixo transcritos:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

O Estado tem o dever de respeitar os direitos das pessoas que integram a sociedade concomitantemente com a promoção da justiça e o bem de todos, ou seja, dar eficácia a uma ordem social. Já no âmbito penal, a organização do Estado requer um sistema de persecução penal sólido e eficaz para atingir os ideais apontados no texto constitucional acima exposto. Nesse ideal está inserida a admissibilidade da prova proibida, qual seja um dos meios que o Estado deverá utilizar quando o caso concreto necessitar.

Neste sentido, ensina Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 69-70):

O Estado, como detentor do poder de organização social, precisa estruturar a persecução criminal de forma a fazê-la eficaz. Somente assim as pessoas serão beneficiadas com a segurança da qual tanto carecem para viver em equilíbrio. O objetivo do Estado, quando tutela o bem-estar social e quando fixa direitos e garantias individuais, é um só; a proteção a cada um dos cidadãos a fim de que sejam atendidos em suas necessidades básicas enquanto seres humanos. Se a segurança é um valor relevantíssimo para o equilíbrio individual, que é por sua vez necessidade essencial do homem, então a persecução criminal eficiente é dever prioritário do Estado, uma vez que ela é responsável pela promoção da segurança e esta é uma necessidade do cidadão.

É dentro desse contexto que se insere a questão processual penal constitucional da prova ilícita. Aparentemente, gera um confronto entre interesse punitivo do Estado, para promover a justiça e o respeito à dignidade dos cidadãos. Fixar limites à interferência estatal na esfera privada, sem com isso criar óbices à persecução criminal e à efetiva garantia da ordem pública, tem-se revelado questão de difícil enfrentamento. O problema da prova, quando se relaciona com as garantias individuais dos cidadãos, é de extrema delicadeza.

O argumento acima deduzido insere a lógica da admissibilidade da prova proibida, pois, excepcionalmente o Estado deverá atuar mais energicamente a fim de coibir impunidades para alcançar a justiça e o bem estar de todos.

Ora, se é dever do Estado constituir uma sociedade justa e primar pelo bem estar de todos, logicamente, em situações excepcionais, não é coerente afastar absolutamente a prova proibida, seja a favor ou detrimento do réu, pois a consequência material que a sociedade está sujeita a sofrer é assistir declaração da inocência em face de uma atividade criminosa comprovada unicamente por meios considerados proibidos.

O artigo 5º, inciso LVI da Lei Maior, necessariamente deve ser interpretado em conjunto com os demais dispositivos legais, ou seja, não se pode analisá-lo isoladamente, sob pena de transformar-se em direito absoluto e consolidar o total repúdio à prova proibida. Isto é, a interpretação correta da Constituição Federal deve ser harmônica, de tal forma que haja a ponderação de valores e a supremacia do interesse mais relevante.

O princípio da proporcionalidade, presente no ordenamento nacional, é outro fundamento que se agrega no seguimento da admissibilidade da prova proibida.

Embasado no princípio da proporcionalidade é possível harmonizar o conflito de direitos mediante uma ponderação e juízo de valor, salvaguardando o bem jurídico de valor supremo, inclusive, admitindo a prova proibida quando viável. Importante registrar que não há, na verdade, conflito entre direitos ou garantias fundamentais, mas sim a necessidade de ajustá-los, ou seja, sintonizá-los, essa é a função do princípio da proporcionalidade.

Fernando Capez (2008, p. 36) tece as seguintes considerações acerca do princípio da proporcionalidade:

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

Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 127) explicam a importância da aplicação da proporcionalidade conjuntamente com a prova proibida:

[...] sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.

A finalidade do princípio da proporcionalidade em face da admissibilidade da prova proibida é sopesar os interesses jurídicos e via de consequência admiti-la, a fim de não cometer absoluta injustiça.

É também fundamento que admite a inserção da prova proibida no bojo do processo-crime quando há interesse da defesa. O réu inocentemente acusado não é digno se submeter-se a dolorosa persecução penal e muito menos a eventual sanção estatal. O cidadão honesto pode, excepcionalmente, valer-se da prova proibida para salvaguardar sua inocência, ainda que haja absolvição por falta de provas e vigore o princípio da presunção do estado de inocência, pois sempre será de maior valia a absolvição cabalmente comprovada.

Parece uníssono a admissão *pro reo* no que concerne à prova proibida, pois seria fortalecer a injustiça a partir do instante em que se oculta este recurso que traduz a verdade real, ratifica a inocência e promove a justiça.

Demonstra acolhimento dessa teoria Ada Pellegrine Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 127) conforme segue:

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que acolhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Restringir o direito de provar a inocência ou atenuar condenação mediante prova proibida constitui flagrante violência ao princípio da ampla defesa,

estado de inocência e devido processo legal, bem como preponderância do exacerbado formalismo em relação ao direito material.

Outro desdobramento da prova proibida e também minoritário no direito nacional, porém acolhido por esta corrente jurídica é a prova proibida *pro societate*.

Denilson Feitoza Pacheco (2008, p. 615) defende a admissibilidade da prova proibida *pro societate* em situações, acertadamente, excepcionais e proclama seu entendimento com as seguintes palavras:

Somente em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria incentivando a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instruídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais.

Não é coerente inutilizar o poder de punir do Estado quando se comprova a atuação do criminoso por prova proibida, pois, a impunidade de um criminoso é verdadeira ofensa à justiça e ao bem estar de todos em razão de inadequada ponderação de valores e supressão do interesse coletivo.

O *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ julgado pelo Superior Tribunal de Justiça acolheu com ineditismo a teoria da proporcionalidade *pro societate* nos termos do precioso julgado:

Constitucional e Processual Penal. 'Habeas Corpus'. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar a ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. (STJ, HC N. 3.982/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26/02/1996)

Fernando Capez (2008, p. 35-36) acrescenta:

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

Nessa linha de raciocínio manifesta-se Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 86-87):

Não é correto que um Estado se proponha a promover a justiça e permaneça sistematicamente deixando impunes crimes de alto poder lesivo para a sociedade, sob o argumento de que o modo de coleta das provas foi acintoso à privacidade do criminoso.

Reforça, por fim, Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 86-87):

A inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum. Os crimes que lesam o erário público, observe-se, são na sua maioria, cometidos com abuso do próprio direito à privacidade. Nos casos de superfaturamento de obras e serviços públicos, por exemplo, os acordos criminosos acontecem em ambientes sigilosos. Na maioria das vezes não há como fazer prova do ocorrido a não ser através de gravações ou filmagens clandestinas. Se esse procedimento para obtenção de prova for inadmissível de forma, a impunidade estará assegurada e, com ela, o estímulo ao cometimento de outros crimes semelhantes.

Por fim, entende essa corrente que a prova proibida pode ser utilizada, em caráter excepcional, respeitando todos os direitos consagrados no ordenamento nacional mediante regular aplicação do princípio da proporcionalidade.

7 CONCLUSÃO

O Estado em sua vasta competência e atribuição, possui o dever de solucionar o litígio penal a fim de promover justiça. Neste viés, insere-se a atuação do Poder Judiciário que dita sanções ou declara inocência, ou seja, a titularidade do poder de punir não é do ente privado.

A sentença penal a ser proferida precede de um necessário processo-crime constituído de elementos capazes de formar a convicção do magistrado para posterior solução jurídica. O adequado provimento jurisdicional demanda o conhecimento da verdade real, cujo qual se comprovada pela prova penal, inclusive, a prova proibida. Pois bem, um resultado justo reclama verdade e verdade necessita de prova, ainda que proibida, porém, desde que seja excepcional.

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 acolhe o princípio jurídico da inadmissibilidade da prova proibida, cujo qual que pode ser relativizado a fim de possibilitar a inserção extraordinária da prova proibida nos autos em prol de uma solução justa.

A relativização deste princípio é possível, pois, diversamente seria consagrá-lo direito absoluto. Eventual absolutismo cai por terra de acordo com o caso concreto, pois, quando outro princípio se mostra de maior valor e legitima a admissibilidade da prova proibida nos autos da ação penal, resguarda consequentemente, valores constitucionais mais relevantes do que a inadmissibilidade em si.

O princípio constitucional do devido processo legal conjuntamente com o princípio da verdade real devem se sobrepôr ao princípio da inadmissibilidade da prova proibida para salvaguardar a inocência do acusado, bem como, no mínimo, o direito de liberdade. Melhor é a adoção de caminhos excepcionais para o bem da justiça e pela inviolabilidade de direitos fundamentais do acusado, ao invés de uma revisão criminal para, após injusta condenação, trazer a cabal inocência daquele que fora condenado injustamente.

Entende-se aqui, portanto, ser admissível a prova proibida *pro reo* a fim de salvaguardar direito de maior valia.

A sociedade, por sua vez, deve também ter seus direitos protegidos e ver o autor da infração penal ser punido nos termos da lei. Assim sendo, abrir mão da utilização de uma prova ilícita ou ilegítima é deferir a falsa impunidade ao criminoso.

Ao passo que o Estado institui como objetivo promover o bem de todos e instituir uma sociedade justa, deve, necessariamente, lançar mão de meios para alcançar respectivo objetivo. Em contrapartida ao bem estar social e a efetivação da justiça, existem infratores que estudam técnicas criminosas, adotam meios sofisticados para prática de infrações penais objetivando impunidade em razão do ilícito penal. Delinquentes dessa natureza desafiam o Estado. Assim sendo, nada impede a adoção da prova proibida para punir delitos somente comprovado por essa medida.

A admissibilidade da prova proibida não almeja extirpar do ordenamento a aplicabilidade do inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal, muito pelo contrário, referido dispositivo é digno de todo respeito, bem como deve respeito a outras concepções jurídicas acolhidas pelo ordenamento nacional. Negar a admissibilidade da prova proibida é realizar uma pobre interpretação de um texto de lei tão valioso, bem como, considerá-lo direito absoluto, desrespeitar outros direitos, incentivar a impunidade, assistir a crescimento da criminalidade e enfraquecer o bem, o justo, o correto e a paz social.

Dessa forma a opção que se faz é pela defesa da admissibilidade da prova proibida sempre quando o caso concreto reclamar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3 ed.; Bahia: Jus Podivm, 2008.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3 ed.; Bahia: Jus Podivm, 2009.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues e TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 4 ed.; Bahia: Jus Podivm, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 5 ed. alemã; São Paulo, Malheiros, 2008.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3 ed.; São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13 ed.; São Paulo: Saraiva, 1990.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processual penal**. 4 ed.; São Paulo, 2009.

BRASIL. **Código de processo penal**. Vade Mecum Compacto por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos e Lívia Céspedes. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código penal**. Vade Mecum Compacto por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos e Lívia Céspedes. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Vade Mecum Compacto por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 3.982/RJ. Constitucional e Processual Penal. 'Habeas Corpus'. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar a ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. STJ, HC N. 3.982/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26/02/1996.

Disponível em: <

www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28verfassungsaktualisierung%29+E+%28%22ADHEMAR+MACIEL%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>.

Acesso em: 12 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Lavagem de dinheiro (artigo 1º, i, ii e v da lei 9.613/1998). Requerimento da defesa de perícia em documentos. Pedido de vista dos autos pelo ministério público. Indeferimento judicial fundamentado. Princípio do livre convencimento motivado. Desnecessidade da diligência. Inexistência de cerceamento de defesa. Denegação da ordem. Habeas Corpus n.º 115856/ SP. Relator: Jorge Mussi. Brasília, DF, 18 de maio de 2010.

Disponível em: <

www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=princ%EDpio+da+livre+convencimento+motivado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula n.º 74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer provar por documentos hábil Vade Mecum Compacto por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos e Livia Céspedes. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1478.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. Habeas Corpus nº 80949/RJ. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 30/10/2001. Disponível em: <

www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=inadmissibilidade+prova+ilicita&base=baseAcordaos>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos.** __. ed.; São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 15 ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita.** São Paulo, Saraiva, 2000.

CASTRO, Raimundo Amorim de. **Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas.** __. ed.; Curitiba, Juruá, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo e GRINOVER, Ada Pelegrine e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 8 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal - doutrina e prática.** __ ed.; Bahia: Jus Podivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 15 ed.; São Paulo, Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** 3 ed.; São Paulo, Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** 4 ed.; São Paulo, Saraiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro, 1º Volume.** 9 ed.; São Paulo, Saraiva, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11ed.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de direito público e privado**. 8 ed.; São Paulo, Atlas, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. _ ed.; São Paulo, Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 7 ed.; São Paulo, Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed.; São Paulo, Atlas, 2006.

MUCIO, Hidejalma. **Curso de processo penal**. _ Ed.; Jaú, HM Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9 ed.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed.; São Paulo, Lumen Juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, prática e práxis**. 5 ed.; Rio de Janeiro, Impetus, 2008.

REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**. 17 ed.; São Paulo, Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal 1**. 29 ed.; São Paulo, Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao direito**. 2 ed.; São Paulo, Atlas, 2007.