

A LICITUDE DA VALORAÇÃO DA PROVA VEDADA NO PROCESSUAL PENAL

GABRIEL SALVINO CHAGAS DO NASCIMENTO



TÍTULO

A Licitude da Valoração da Prova
Vedada no Processual Penal

AUTOR

Gabriel Salvino Chagas do Nascimento

ISBN

978-85-8413-353-6

EDITORA CRIAÇÃO

CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes

Christina Ramalho

Fábio Alves dos Santos

Ítalo de Melo Ramalho

Jorge Carvalho do Nascimento

José Afonso do Nascimento

José Eduardo Franco

José Rodorval Ramalho

Justino Alves Lima

Luiz Eduardo Oliveira

Martin Hadsell do Nascimento

Rita de Cácia Santos Souza

A LICITUDE DA VALORAÇÃO DA PROVA VEDADA NO PROCESSUAL PENAL

GABRIEL SALVINO CHAGAS DO NASCIMENTO



Criação Editora
Aracaju | 2023

Copyright by 2023 Gabriel Salvino Chagas do Nascimento

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico
da Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

O rigor e a exatidão do conteúdo publicado
são da responsabilidade exclusiva do autor.

Projeto gráfico
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

N2441	Nascimento, Gabriel Salvino Chagas do A licitude da valoração da prova vedada no processual penal / Gabriel Salvino Chagas do Nascimento. -- 1. ed. – Aracaju, SE: Criação Editora, 2023. 104 p. Ebook Inclui bibliografia. ISBN 978-85-8413-353-6 1. Ilícito. 3. Garantias Fundamentais. 4. Processo penal. I. Título. II. Assunto. III. Gabriel Salvino Chagas do Nascimento. CDD 341.434 CDU 343.14
-------	--

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Provas em matéria penal.
2. Prova (Direito Processual Penal).

*A base da sociedade é a justiça; o
julgamento constitui a ordem da sociedade:
ora o julgamento é a aplicação da justiça.*
Aristóteles

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ANTECEDENTE HISTÓRICO DO SISTEMA PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	13
3	PROVA: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?	21
	3.1 Os Direitos e Garantias Fundamentais.....	21
	3.2 Prova: Direito ou Garantia Fundamental?	27
4	TEORIA GERAL DA PROVA PENAL.....	37
	4.1 Natureza jurídica da prova penal e o ônus probatório.....	37
	4.2 Elementos estruturais e os princípios vinculados à prova penal.....	44
	4.3 Classificação das provas penais.....	66
	4.4 Provas ilegais, provas ilícitas, provas ilícitas por derivação, provas ilegítimas.....	67
5	A LICITUDE NA VALORAÇÃO DA PROVA VEDADA NO PROCESSO PENAL	75
6	CONCLUSÃO	97
	REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

O tema deste livro é para tratar da relativização da prova ilícita no processo penal. Diante disto, vem-se tratar das amígdalas discussões sobre a “Prova” no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta obra é fruto de um aprofundamento de vários estudos realizados. Assim, fazendo uma análise da legislação processual penal, bem como da jurisprudência dos Tribunais Superiores, percebe-se que o legislador estabeleceu regras gerais relacionadas aos critérios a serem utilizados pelo operador do direito na valoração dos elementos de convicção levados ao processo e ao ônus probatório, que serão detalhados adiante, bem como definiu os meios probatórios tipificados na legislação, capazes de orientar o julgador na busca da verdade dos fatos, sem, contudo, estabelecer a regra de critérios rígidos para o exame das provas produzidas, devendo o magistrado sempre motivar suas decisões, sob pena, segundo a Constituição Federal de 1988, de nulidade.

O direito processual penal e o direito penal são matérias inseridas no ramo do direito público, sendo assim, revestem-se dos elementos norteadores deste ramo, sobretudo, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

Assim sendo, conclui-se que a sociedade tem interesse em saber como determinado fato criminoso ocorreu, quem

o praticou, exigindo-se uma punição para o sujeito ativo deste delito, para que, desta forma, após o julgamento sob as regras de um processo constitucional, outros indivíduos tenham o caso como exemplo, e se sintam inibidos para não cometerem de atos análogos. Ademais, nesta toada, o infrator poderá ser ressocializado e novamente integrado à sociedade.

Buscando uma análise mais aprofundada desta temática, o presente trabalho valorizará os aspectos constitucionais advindo da Lei 11.690/08, reforçando a regra geral da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal, e enaltecendo as decisões jurisprudências e posicionamentos doutrinários favoráveis a utilização destas em favor do réu, e em raríssimas exceções, em favor da sociedade.

Uma doutrina mais tradicional vai sustentar que o processo penal é regido pelo “princípio da verdade real”, e desta forma, deve-se buscar no processo penal a “verdade verdadeira” dos fatos, isto é, como realmente estes aconteceram, e constatando a prática de um crime, a punição do infrator. Em contrapartida, uma doutrina mais moderna defenderá a irrelevância da dicotomia em verdade formal ou real, dirá, simplesmente, que no processo vigora o princípio da busca da verdade.

Porém, certas vezes, sabe-se quem o cometeu e não se punirá o infrator por existirem provas produzidas de forma contrária ao ordenamento jurídico, e desta forma, o delinquente ficará impune, gerando para sociedade a imagem da impunidade.

Não se quer que exista um exagero na obtenção de certa e determinada prova, esta não pode ser obtida de qualquer forma, deve-se pautar, sobretudo, na legalidade e

nas garantias constitucionais do indivíduo, destacando-se a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Todavia, há que se ressaltar o caso concreto, para de forma excepcional ser aplicada a prova obtida, ainda que com eventuais violações destas garantias, seja para o réu, seja para a sociedade. Destarte, para esta aplicação, não se pode olvidar que o norte desta valoração pelo Poder Judiciário deverá ser com base no princípio da proporcionalidade, seja na forma de obtenção da prova, seja no momento em que esta é valorada na sentença penal condenatória, isto, pois, para atender ao fim social, o maior interessado na punição do infrator do tipo penal.

Em 2008, o legislador ordinário procurou corrigir algumas dissonâncias que existiam na admissão, produção e valoração de provas, através da Lei 11.690/2008.

Entretanto, faz-se mister o questionamento: o processo penal brasileiro realmente norteia-se pela busca verdade? Além do mais, a prova ilícita se for único meio de absolver o réu, pode ser utilizada? O interesse público deve se impor sobre o interesse do réu, caso a prova ilícita seja para condenar? Por fim, a prova, inicialmente ilícita, utilizada no processo penal torna-se lícita?

Para responder a estes questionamentos, foram utilizados vários tipos de pesquisas bibliográficas, visando desvendar os diferentes posicionamentos doutrinários.

Visando atingir a todos os propósitos deste livro, fora necessário obedecer a uma ordem de análise sobre assuntos. Assim, no primeiro capítulo fez-se um levantamento histórico do sistema probatório no direito processual penal brasileiro; posteriormente, deter-se-á se a prova é um

direito ou garantia fundamental, diferenciando estes institutos. Adiante, discorrer-se-á sobre a teoria geral da prova penal, conceituando-a, abordando sobre sua natureza jurídica e o ônus probatório, para adentrar nos elementos estruturais e nos princípios vinculados a prova penal, e classificar, segundo a doutrina, a prova penal, além de abordar as provas ilícitas, diferenciando-a das ilegais, das ilegítimas, das ilícitas por derivação.

Por fim, fez-se uma análise sobre a relativização da prova penal ilícita, ressaltando os seus princípios, a divergência doutrinária e jurisprudencial para a aplicação desta teoria, para finalmente, ser feita uma análise crítica do cabimento ou não desta tese no ordenamento jurídico brasileiro.

2.

ANTECEDENTE HISTÓRICO DO SISTEMA PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Imprescindível se faz uma análise histórica do sistema probatório, para assim, compreender a razão do atual sistema.

A valoração das provas modificou-se ao longo dos anos, sempre se ajustando aos costumes, à cultura local e ao momento político econômico de cada povo.

A história do Direito defrontou-se com a análise da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obter esta verdade. Iniciando-se nas ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada provação física (ou suplício), e caso o acusado saísse vitorioso desta, era reconhecida a veracidade de sua alegação (OLIVEIRA, 2009, p. 317).

Com relação ao termo “ordálio” consagra o Dicionário Aurélio: “julgamento, juízo; prova judiciária sem combate, usada na Idade Média” (FERREIRA, 1986, p. 1003).

Alguns exemplos deste sistema ordálico são citados pelo eminente professor Tourinho Filho em sua obra processual penal, quais sejam:

Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado. A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma

chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta (TOURINHO FILHO, 1992, p. 216).

Em consultas aos sites de públicos pesquisas, constatou-se que as práticas mais comuns do ordálio eram as que submetiam o acusado a uma prova dolorosa. Se a prova é concluída sem ferimentos ou se as feridas são rapidamente curadas, o acusado é considerado inocente. Na Europa medieval, este tipo de procedimento fundava-se na premissa de que Deus protegeria o inocente, por meio de um milagre que o livraria do mal causado pela prova.

Apesar de haver sido amplamente praticado durante a Idade Média na Europa, o ordálio possui raízes mais antigas, em culturas politeístas tão remotas quanto o Código de Hamurábi e o Código de Ur-Nammu, bem como em sociedades tribais animistas, como o julgamento pela ingestão da “água vermelha” (fava-de-calabar) em Serra Leoa.

Nas sociedades pré-modernas, o ordálio era um dos três principais meios de prova que habilitavam o juiz a proferir um veredito, juntamente com o juramento e o testemunho. Na Europa, os ordálios em geral consistiam em testar o acusado no fogo (“prova de fogo”) ou na água, embora a prova variasse conforme o lugar e a época. O fogo costumava ser reservado para testar acusados de origem nobre, enquanto que a água era mais usada para os plebeus.

Eugênio Pacelli, com sua sapiência peculiar, faz uma análise crítica e sucinta da evolução do sistema probatório remoto, senão vejamos:

De uma verdade inicialmente revelada pelos deuses a outra, produzida a partir da prova racional,

submetida ao contraditório e ao confronto dialético dos interessados em sua valoração, o Direito, em geral, e, mais especificamente, a partir do século XVIII, com a evolução da processualização da jurisdição, o processo penal, sempre se ocupou da reconstrução judicial dos fatos tidos por delituosos. Ora com a preocupação voltada exclusivamente para a satisfação dos interesses de uma não bem definida segurança pública, ora com a atenção também dirigida para a proteção dos interesses do acusado, sobretudo quando este passou a ocupar a posição de sujeito de direitos no processo, e não de objeto do processo (OLIVEIRA, 2009, p. 317).

Importante enfatizar que no sistema ordálico, conforme os exemplos acima, não havia qualquer rigor técnico, os julgamentos eram supersticiosos, não se atentando os fatos propriamente ditos.

Esse sistema permaneceu até o final do século XII e no curso do século XIII, quando surge o sistema inquisitivo, cuja inquirição tomou lugar dos juízos de Deus. Este sistema é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador. O meio de prova mais importante e almejado é a confissão, que é considerada como a “rainha das provas”, visto que assim, seria obtida a verdade dos fatos, como estes efetivamente aconteceram, e assim seria possíveis fundamentar as possíveis punições de forma mais “justa”, sendo utilizada a tortura como “meio” mais comum (NUCCI, 2009, p. 116).

No sistema inquisitivo não havia debates, predominando procedimentos exclusivamente escritos, e os julgadores não estão sujeitos à recusa. O procedimento era

sigiloso, não existindo contraditório, além de a defesa ser meramente decorativa (NUCCI, 2009, p. 116).

A concentração de poderes nas mãos do “juiz inquisidor” compromete a sua imparcialidade, pois há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Não há que se falar em contraditório, o acusado é considerado como mero objeto do processo, e não como sujeito de direitos (LIMA, 2012, p. 4).

Sobre este sistema processual penal sintetizou de forma brilhante o douto professor Renato Brasileiro:

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual. Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e a própria Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1) (LIMA, 2012, p. 4).

Posteriormente, ao período inquisitivo inicia-se o sistema acusatório, que separou o órgão julgador do acusador.

Neste sistema há uma liberdade de acusação, reconhecendo uma maior participação popular na justiça penal, consagrando este direito ao ofendido ou a qualquer cidadão. Importante acrescentar que predomina a liberdade de defesa, a regra será a liberdade do réu, e o contraditório, bem como a isonomia entre as partes no processo são assegurados (NUCCI, 2009, p. 116).

De forma diversa, fora no sistema acusatório que se insculpiu o princípio da publicidade, tornando público o procedimento. Além do mais, passou a existir a possibilidade de recusa do julgador. Predominou-se, também, um livre sistema de produção de provas (NUCCI, 2009, p. 116).

Em virtude de ter partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de posições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial, é crível afirmar que o processo caracteriza-se como legítimo *actum trium personarum* (LIMA, 2012, p. 5).

Neste sistema o juiz não era dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do julgador quanto à reconstrução dos fatos, com o escopo de preservar a sua imparcialidade. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes (LIMA, 2012, p. 5).

Contudo, após a Revolução Francesa, unificaram-se os dois sistemas. Porém, optou-se pela divisão do processo em duas fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, um procedimento secreto, escrito

e sem contraditório, e a fase do julgamento, com a predominância do sistema acusatório, presente a oralidade, publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas (NUCCI, 2009, p. 116-117).

Cumprе esclarecer que o ordenamento jurídico pátrio no Brasil, embora não oficialmente, adotasse o sistema misto, segundo Guilherme Nucci haveria um sistema “inquisitivo garantista”. Pois, haveria uma junção do ideal, garantido na Constituição Federal, que prevê o sistema acusatório, com o real, evidenciado no Código de Processo Penal de 1941, com nítida ótica inquisitiva. Caso contrário, se fosse verdadeiro e genuinamente acusatório as provas colhidas na fase inquisitiva não se levariam em conta no processo criminal (NUCCI, 2009, p. 117).

Obtempera Guilherme Nucci:

Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua *opinio delicti* e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém (NUCCI, 2009, p. 117).

Um novo capítulo nesta discussão doutrinária foi acrescentado. Em 2019 foi incluída no Código de Processo Penal a figura do “juiz de garantia”, deixando expreso que o nosso sistema penal é acusatório, vejamos:

Juiz das Garantias

(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

Destarte, apesar de grande parte da doutrina afirmar que vigorava o sistema misto, isto é, inquisitivo e acusatório, as reformas introduzidas pelas Leis 11.690/2008 e 13.964/2019, corrigiram alguns pontos dessas distorções existentes entre os sistemas, adotando expressamente o sistema acusatório.

Assim, a evolução histórica, atualmente, consagra a total separação das funções, preservando que uma apuração preliminar, a exemplo, de um inquérito policial, não pode com exclusividade fundamentar um decreto condenatório.

Insta destacar: o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal afirma que o juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. Logo, o juiz pode basear sua decisão final em elementos colhidos na investigação, embora não possa fazê-lo com exclusividade.

Ademais, autoriza o artigo que pode o juiz levar em consideração as provas cautelares em geral, advindas, também, da fase investigatória. Assim, permanece o poder instrutório do juiz, porém, ampliou-se a fase investigatória,

podendo determinar a produção antecipada de provas (NUCCI, 2009, p. 117).

Outrossim, atualmente, inexiste dúvida: o ordenamento jurídico vigente consagrou o sistema acusatório, seja pelas regras estabelecidas pela Constituição Federal, seja pelo que consta expresso no Código de Processo Penal.

PROVA: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?

3.1 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e constituiu-se em Estado Democrático de Direito, desta forma, elegeu-se o princípio republicano para nortear esta ordem política jurídica.

Nas lições de Direito Constitucional do Ministro Gilmar Mendes este princípio é destrinchado de forma minuciosa, comparando o sistema republicano ao monárquico, vejamos:

Estampado no caput do art. 1º da Constituição de 1988, esse princípio traduz a nossa opção por uma república constitucional, ou seja, por uma forma de governo na qual – em igualdade de condições ou sem distinções de qualquer natureza – a investidura no poder e o acesso aos cargos públicos em geral – do Chefe de Estado ao mais humilde dos servidores – são franqueados a todos os indivíduos que preencham tão somente as condições de capacidade estabelecidas na própria Constituição ou, de conformidade com ela, em normas infraconstitucionais. Neste sentido, o princípio republicano opõe-se radicalmente ao princípio monárquico, pois enquanto

nas repúblicas os dirigentes são escolhidos pelo povo, diretamente ou através dos seus representantes, para o exercício de mandatos temporários, já nos regimes monárquicos – mesmo naqueles que se consideram modernos porque são regidos por constituições normativas, como é o caso da Espanha e da Suécia, por exemplo – ainda aí essa investidura é de caráter hereditário e vitalício, recaindo, por sucessão, em algum membro da família reinante (MENDES, 2007, p. 137-138).

O legislador Constituinte ao declarar que a República Federativa do Brasil é um “Estado Democrático de Direito” votou pela aproximação aos modelos liberais e sociais. É com base neste princípio que por derivação, inferência ou implicação surgem diversos outros princípios, como o da separação dos Poderes, o do pluralismo político, o da isonomia, o da legalidade, e até mesmo, o princípio da dignidade da pessoa humana, este norteador do ordenamento jurídico, fundamento da existência do direito (MENDES, 2007, p. 139).

Neste diapasão, foram sedimentados na Constituição Federal os fundamentos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, dos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino a cabeça do primeiro artigo da Constituição Federal possui:

As características mais essenciais do Estado brasileiro: trata-se de uma federação (forma de Estado), de uma república (forma de governo), que adora o regime político democrático (traz ínsita a ideia de soberania assentada no povo); constitui, ademais,

um Estado de Direito (implica a noção de limitação do poder e de garantias de direitos fundamentais aos particulares) (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 83).

Segundo o constitucionalista Alexandre de Moraes (2006, p. 82) “esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. E para por uma pá de cal no tema transcrevo a ideia central do princípio, exposta pelos mestres citados anteriormente:

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 86).

Dentre estes fundamentos do artigo 1º, vale enfatizar a dignidade da pessoa humana, objetivo de toda ordem jurídica, que nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável

que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2006, p. 52).

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os “Direitos e Garantias Fundamentais”, este gênero, contendo cinco espécies, cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e direitos repartidos políticos.

Vale lembrar que os direitos fundamentais são classificados em três gerações ou dimensões, conforme entendimento do STF, consoante voto da relatoria do Ministro Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sócias e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF. MS nº 22.164/SP. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 30/10/1995).

Posto isto, pode-se sintetizar os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão como direitos e garantias individuais e políticos clássicos, são relacionadas às liberdades públicas, surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta. Já os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão são direitos relacionados à igualdade, por exemplo, os direitos sociais, econômicos e culturais, nascidos no início do século XIX. Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão são direitos relacionados à solidariedade ou fraternidade, que abarcam um meio ambiente equilibrado, o que é garantido pela atual Carta Política, uma saudável qualidade de vida, enfim, direitos difusos (MORAES, 2004, p. 61-62).

Por derradeiro, alguns doutrinadores defendem, como o professor Pedro Lenza, uma “quarta geração”, que dizem respeito a direitos surgidos em consequência do mundo globalizado e do contínuo avançado tecnológico, que elencam matérias como o estudo de células tronco, a biociência, a eutanásia, dentre outros, senão vejamos:

Segundo orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo” (LENZA, 2005, p. 467).

Não se pode olvidar que os direitos e garantias fundamentais não se restringem apenas no art. 5º da

Constituição Federal, conforme entendimento do Guardião da Constituição, que em voto, de lavra do Ministro Sydney Sanches, entendeu, na ADIn. 939-7/DF, tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, III, “b”, manifestando que a EC n. 03/93 pretenderia excluir do âmbito de proteção dos destinatários da norma, usurpando assim o limite material, inscrito no art. 60, § 4º, IV, da Carta Maior, *in verbis* o excerto precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que há um “rol aberto” dos direitos e garantias fundamentais:

A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, b, e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º; art. 60, § 4º, IV; e art. 150, III, b, da Constituição).
[ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994.]
Vide RE 587.008, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2011, P, DJE de 6-5-2011, Tema 107”

Destarte, não há dúvidas que os direitos e garantias fundamentais devem ser vistos sob um enfoque de um rol não taxativo, isto é, meramente exemplificativo, eis que o fundamento de ordem lógica para tal afirmação é a dignidade da pessoa humana, que não pode ser limitada.

3.2 PROVA: DIREITO OU GARANTIA FUNDAMENTAL?

Superada esta análise principiológica cabe analisar se há diferença entre os direitos e as garantias fundamentais, para assim, verificar como o ordenamento jurídico trata o instituto da “Prova”.

Filio-me a corrente doutrinária que apresenta diferenças entre os conceitos, podendo, porém, existir um liame entre os mesmos.

Vale ressaltar que apesar de a Constituição Federal referir-se apenas a direitos e deveres expressamente, também consagrou garantias fundamentais, que não se confundem com os direitos e deveres.

O professor e magistrado Guilherme de Souza Nucci em sua obra Tribunal do Júri salienta a diferença entre os institutos, *in verbis*:

Direitos humanos fundamentais são materiais e formais. Materiais são os essenciais à existência humana, como pessoas individualizadas, cuidadas e respeitadas pelo Estado desse modo, podendo viver em liberdade, sem restrições, que não impliquem em afetação aos direitos de terceiros. Qualquer Constituição de âmbito nacional precisa prever, por exemplo, o direito à vida, o direito à liberdade de ir e vir, o direito à segurança pública, entre outros (art. 5º, caput, CF). Sem tais direitos, o ser humano não estaria inserido em um Estado Democrático de Direito. Formais, por outro lado, são as posições subjetivas dos indivíduos, previstas como tais na Constituição, ainda que não sejam fundamentais à sua existência ou a qualquer outro direito considerado básico ou necessário. Exemplo disso é o direito de não ser criminalmente identificado, caso já tenha

identificação civil (art. 5º, LVIII, CF). Ora, ninguém haverá de perecer se tiver que sofrer o procedimento de identificação criminal, colhendo-se suas impressões dactiloscópicas e fotografia. Por isso, cuida-se de um direito individual fundamental simplesmente por constar do rol do art. 5º da Constituição Federal, mas está longe de sê-lo na essência.

Garantias humanas fundamentais, também, são máterias ou formais. As máterias são as salvaguardas instituídas pelo Estado para fazer valer um direito humano fundamental. Portanto, sem elas, o direito individual pode perecer. A liberdade individual é bem jurídico essencial. Instaurando-se um processo-crime contra alguém, é indispensável conceder-lhe a segurança de ter uma ampla defesa (no Júri, a plenitude de defesa). Assim, fazendo, utilizada a garantia, pode-se restringir a liberdade, aplicando-se a pena, de forma legítima. As garantias formais são as que constam do texto constitucional, porém, se fossem extraídas, não implicariam em necessário perecimento de direito humano fundamental material. Em outras palavras, são as salvaguardas criadas pelo Estado por política legislativa. Exemplo: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. É garantia fundamental, porém formal (NUCCI, 2008, p. 37-38).

Desta forma, não é demais citar o ilustre constitucionalista Pedro Lenza que em seus ensinamentos constitucionais cita o saudoso mestre Ruy Barbosa, para de forma precisa e objetiva diferenciar estes institutos, aduz:

Um dos primeiros estudiosos a enfrentar este tormentoso tema foi o sempre lembrado Ruy Barbosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu

“as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (LENZA, 2005, p. 467).

Não por outra razão, discerniu estes institutos, com sua maestria rotineira, o doutrinador Marcelo Novelino ao afirmar que:

Ao lado dos direitos reconhecidos e declarados na Constituição, existem garantias para sua proteção e efetividade. A linha divisória nem sempre é nítida, sendo comum a fixação de ambos em um mesmo dispositivo. Os direitos podem ser compreendidos como valores que, considerados importantes em uma determinada sociedade, são consagrados expressa ou implicitamente no plano normativo. As garantias, apesar de ligadas a um determinado valor, ou a valores indeterminados, possuem um aspecto instrumental. São mecanismos de limitação do poder na defesa dos direitos. Mais que um fim em si mesmas, são instrumentos a serviço de um direito principal, substancial (NOVELINO, 2012, p. 551).

Destarte, vale ressaltar o entendimento de que a prova, sob o ponto de vista processual, é um ônus, conforme determina o art. 156 do Código de Processo Penal, sendo farta a jurisprudência neste sentido, vejamos:

HABEAS CORPUS Nº 169.565 - RJ (2010/0070277-5)
RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI IMPETRANTE:

JORGE DA SILVA NETO - DEFENSOR PÚBLICO IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PACIENTE : BRUNO D'ALMEIDA FARTURA (PRESO) EMENTA HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO artigo 157 DO CP.

1. Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitativa. Precedentes do STF.

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do artigo 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e a perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante dificilmente teria aplicação. EXECUÇÃO. PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA.

MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

1. Embora a pena-base do paciente tenha sido fixada no patamar mínimo, e não obstante a sua primariedade, inviável a imposição do modo intermediário de cumprimento de pena, haja vista o modus operandi empregado no cometimento do delito, revelador de gravidade concreta do ilícito perpetrado e de ousadia do paciente e o fato de a sanção definitiva ter sido firmada acima de 8 (oito) anos de reclusão (artigo 33, § 2º, a, do Código Penal).

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2011. (Data do Julgamento). MINISTRO JORGE MUSSI Relator

Noutras palavras, o ônus probatório cabe a quem fizer a alegação nos autos, sendo, inclusive, imposto este dever processual ao réu, a quem cumpre provar nos autos as suas afirmações. Por todos, definiu o Superior Tribunal de Justiça que:

HABEAS CORPUS Nº 199.628 - SP (2011/0050279-0)
RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI IMPETRANTE :

FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO - DEFENSORA PÚBLICA IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : REGINALDO ROELA DE OLIVEIRA EMENTA HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TRÊS MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE QUE INTEGRA A PRÓPRIA NATUREZA DO ARMAMENTO. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO artigo 157 DO CP.

1. Consoante recente julgado da Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS).

2. O poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do artigo 156 do CPP.

3. Exigir a apreensão e perícia no revólver comprovadamente empregado no assalto teria como resultado prático estimular os criminosos a desaparecer com o armamento, de modo que a aludida majorante

dificilmente teria aplicação. EXECUÇÃO DA PENA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TRÊS MAJORANTES. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA DE FOGO. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS. REGIME DE CUMPRIMENTO. FORMA FECHADA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.

1. Tendo as instâncias ordinárias concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da gravidade concreta do delito cometido, evidenciada pelo modus operandi dos agentes, revelador de maior periculosidade, não há ilegalidade na manutenção do modo fechado para o resgate da sanção.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Laurita Vaz. Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2012. (Data do Julgamento). MINISTRO JORGE MUSSI Relator

Entretanto, sob o ponto de vista constitucional, a prova é uma garantia constitucional que decorre do princípio do contraditório, do princípio da ampla defesa, pois o art. 5º, LV, garante aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, isto é, os meios de provas admitidos, para que assim, a parte possa provar o que alegar, sob pena de nulidade. Segundo este raciocínio jurídico, asseverou o aposentado Ministro Celso de Mello que:

Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. Nemo inauditus damnari debet. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O STF, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao due process of law, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do

devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. (...). Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa. Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. Nemo inauditus damnari debet. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O STF, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao due process of law, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição

brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. (...). Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa. [ADI 2.120, rel. min. Celso de Mello, j. 16-10-2008, P, DJE de 30-10-2014.]”

TEORIA GERAL DA PROVA PENAL

4.1 NATUREZA JURÍDICA DA PROVA PENAL E O ÔNUS PROBATÓRIO

A natureza jurídica da prova penal possui enorme relevância no mundo jurídico, pois através dela é que se interpretarão todos os dispositivos legais pertinentes à prova.

Nesta sentada, vejamos o que diz o professor Paulo Rangel sobre tal instituto:

A sociedade, através do Ministério Público, exerce a pretensão acusatória e o acusado exerce o direito de defesa. Pretensão acusatória e direito de defesa. Neste caso, a prova passa a ser um direito inerente ao direito de ação e de defesa. Ou seja, um desdobramento, um aspecto do direito de ação e de defesa. Portanto, podemos dizer que a natureza jurídica é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos que não pode ser confundido com o ônus da prova (RANGEL, 2010, p. 410).

Realmente, a natureza jurídica não deve ser confundida com o ônus probatório. Aquela, como se disse, é de um direito subjetivo de índole constitucional que tem por escopo estabelecer a verdade dos fatos. Com relação ao ônus

vale colacionar as elucidadas palavras do professor Norberto Avena:

Encargo atribuído às partes de provar, mediante meios lícitos e legítimos, a verdade das alegações, visando, assim, a fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção. No sentido empregado pelo Código de Processo Penal, ônus difere de obrigação. Isso porque uma obrigação descumprida representa um ato contrário ao direito, ao qual corresponde uma penalidade. Já quanto ao ônus, possui natureza diversa, representando, simplesmente, um arbítrio relegado à parte onerada, que, realizado, é capaz de conduzi-la ou deixá-la em condição favorável dentro do processo. (AVENA, 2009, p. 383).

O legislador ao disciplinar o ônus probatório no código de processo penal estabeleceu que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Logo, podemos dizer que esta será a regra geral. Portanto, o ônus da prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade, então, que somente o autor da ação penal tenha esta incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação (AVENA, 2009, p. 384).

Segundo este posicionamento, conforme já se demonstrou alhures, é seguido pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

HC 163943 AgR
Órgão julgador: Segunda Turma
Relator(a): Min. EDSON FACHIN
Redator(a) do acórdão: Min. RICARDO
LEWANDOWSKI

Julgamento: 04/08/2020

Publicação: 10/09/2020

Ementa

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA SÚMULA 691 DO STF. DECISÃO EX OFFICIO DE JUIZ QUE ORDENA, APÓS O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E ÀS VÉSPERAS DO PRIMEIRO TURNO DA ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018, O LEVANTAMENTO DO SIGILO E O TRANSLADO AOS AUTOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA DE ANTÔNIO PALOCCI FILHO. ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE FLAGRANTE. ALEGADA APLICAÇÃO DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INADMISSIBILIDADE. OFENSA ÀS REGRAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO E ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. QUEBRA, ADEMAIS, DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. DESENTRANHAMENTO DETERMINADO COM BASE NO ART. 157 DO CPP. PEDIDO DE APRESENTAÇÃO SUCESSIVA DE MEMORIAIS ESCRITOS POR RÉUS COLABORADORES E DELATADOS. PERDA DE OBJETO. SUSPENSÃO DO FEITO ATÉ PRONUNCIAMENTO FINAL DO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CAUTELAR DO REFERIDO ORGANISMO INTERNACIONAL NESSE SENTIDO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I – Conhecimento de habeas corpus, com superação da Súmula 691 do STF, nos casos em que, configurada a flagrante ilegalidade de provimento jurisdicional, resta evidenciado risco atual ou iminente à liberdade de locomoção do paciente (Precedentes, dentre outros: HC 87.926/SP, Relator Min. Cezar

Peluso, e HC 157.627/PR, Redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski).

II - Age com abuso de poder o juiz que ordena, de ofício, às vésperas do primeiro turno da eleição presidencial de 2018 e após encerrada a instrução processual, o levantamento do sigilo e o traslado para os autos de ação penal de trechos de depoimento prestado por delator, em acordo de colaboração premiada.

III - Decisão que, buscando influenciar, de forma direta e relevante, o resultado da disputa eleitoral, desvela comportamento, no mínimo, heterodoxo do julgador, em franca violação ao sistema acusatório e às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

IV - Demonstrado o evidente constrangimento ilegal imposto ao recorrente, impõe-se o desentranhamento dos autos da delação levada a efeito por Antônio Palocci Filho, com esteio no art. 157 do CPP.

V - Perda do objeto com relação ao pedido de adiamento da apresentação de alegações finais, após o decurso do prazo fixado para os corréus colaboradores.

VI - Inviável o pleito de suspensão do julgamento da ação penal até o pronunciamento final do Comitê de Direitos Humanos da ONU, porquanto tal medida não foi contemplada na cautelar expedida pelo organismo internacional.

VII - Agravo regimental conhecido em parte, concedendo-se parcialmente a ordem no habeas corpus.

Decisão

julgou prejudicado o recurso em relação ao pedido de apresentação das alegações finais pelo paciente, após o oferecimento pelos corréus colaboradores e indeferiu o pedido de suspensão do julgamento da Ação Penal n. 5063120-17.2016.4.04.7000/PR

até o pronunciamento final do Comitê de Direitos Humanos da ONU em atenção à decisão proferida em 22/5/2018. Prosseguindo, a Turma, por maioria, conheceu parcialmente do recurso e, na parte conhecida, deu parcial provimento a fim de conceder a ordem para determinar o desentranhamento do Termo de Colaboração 01 de Antônio Palocci Filho dos autos da AP 5063120-17

Legislação

LEG-FED DEL-003689 ANO-1941 ART-00156 INC-00001 INC-00002 ART-00157 ART-00403 CPP-1941 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Outrossim, não se trata de recente entendimento jurídico, mas posição que já é firme e consolidada há décadas pelo guardião da Constituição, vejamos julgado de 1998 que reflete o atual posicionamento do ordenamento jurídico pátrio:

HC 76420

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 16/06/1998

Publicação: 14/08/1998

Ementa

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: FRAUDAR A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA, INSERINDO ELEMENTOS INEXATOS, OU OMITINDO OPERAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA, EM DOCUMENTO OU LIVRO EXIGIDO PELA LEI FISCAL. NULIDADES ALEGADAS: INVERSÃO PROCESSUAL MEDIANTE ABERTURA DE NOVA VISTA À ACUSAÇÃO APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS DA DEFESA; NÃO REALIZAÇÃO DO

OBRIGATÓRIO EXAME DE CORPO DE DELITO; FALTA DE EXAME INTEGRAL, NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO, DAS TESES DA DEFESA, FICANDO À MARGEM DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA DUAS DAS TRÊS CONDUTAS IMPUTADAS, QUE ESTARIAM AUTORIZADAS PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

1. A inversão processual, falando antes a defesa e depois a acusação nas alegações finais (CPP, art. 500, I e III), implica em nulidade tanto quanto no caso da sustentação oral (RECrIm nº 91.661- MG, in RTJ 92/448), por ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, quando a defesa argúi questão preliminar nas alegações finais, é legítima a abertura de vista e a manifestação do Ministério Público, ambos com respaldo legal na aplicação analógica do art. 327, primeira parte, do Código de Processo Civil, como previsto no art. 3º do Código de Processo Penal, pois em tal caso é de rigor que a outra parte se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório, cujo exercício não é monopólio da defesa.

2. A quem acusa cabe o ônus da prova (CPP, art. 156), devendo o Ministério Público requerer o exame de corpo de delito quando se tratar de infração que deixa vestígios, o qual não pode ser suprido, sequer, pela confissão (CPP, art. 158), sob pena de nulidade (CPP, art. 564, III, b). Esta norma tem por escopo trazer aos autos prova incontroversa da existência material do delito, providência que, entretanto, é supérflua quando, como no caso, o próprio corpus delicti veio aos autos. Precedentes.

3. Alegação de omissão na decisão condenatória por não ter examinado integralmente as teses da defesa, com fundamento em que duas das três condutas imputadas ao paciente poderiam ter amparo na legislação tributária. Prima facie a alegação naufraga em

paralogismo, pois se há três condutas autônomas que tipificam um mesmo delito, da exclusão de duas delas remanesce uma, que é suficiente para embasar a condenação à pena mínima aplicada ao paciente. As teses defendidas pelos impetrantes para justificar as condutas típicas deveriam ter sido submetidas ao contencioso administrativo ou judicial, e não exercidas mediante alguma coisa parecida com o exercício arbitrário das próprias razões porque, quando em detrimento do fisco, configuram crime contra a ordem tributária, por expressa manifestação de vontade do legislador. De resto, quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas.

4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido.

Decisão

Por maioria, a Turma indeferiu o habeas corpus, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que deferiria a ordem para anular o processo a partir do pronunciamento do Ministério Público, posteriormente as alegações da defesa sobre as questões preliminares. 2ª Turma, 16.06.98.

Indexação

PP0005 , AÇÃO PENAL, ALEGAÇÕES FINAIS, MANIFESTAÇÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO, VISTA, ABERTURA, LEGITIMIDADE, QUESTÃO PRELIMINAR, ARGUIÇÃO, DEFESA, PROCESSO CIVIL, APLICAÇÃO ANALÓGICA, INVERSÃO PROCESSUAL, INOCORRÊNCIA PN1305 , CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, FRAUDE, PROCESSO, AUTOS

Outrossim, na prática forense, a distinção da natureza jurídica da prova e do ônus probatório evidencia-se de

forma cristalina, eis que, aquela é uma garantia constitucional inerente a todas as partes do processo em produzir provas, já este será o encargo legal de a parte provar o que ventilar aos autos, por óbvio de acordo com todos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico.

4.2 ELEMENTOS ESTRUTURAIS E OS PRINCÍPIOS VINCULADOS À PROVA PENAL

Processo quer dizer marchar para frente, seguir a diante; que não se confunde com o procedimento, que se traduz na forma, maneira pela qual o processo se desenvolverá; que, por sua vez, também, não se confunde com rito, que é o “ritmo” do processo, mais célere ou mais comedido.

Enfim, para o surgimento de um processo criminal, faz-se mister a ocorrência de um fato definido em lei como crime, praticado por um indivíduo, para que o Estado tenha o interesse em puni-lo. Porém, este deve observar e efetivar, através do Estado Juiz, todas as garantias legais do acusado, do réu.

A Constituição Federal de 1988, principalmente no seu art. 5º, consagra direitos para os indivíduos em geral, contra eventuais violações ou abusos de direitos perpetrados ora pelo particular, ora pelo Estado. Todavia, estes direitos emanam da mesma fonte, da mesma essência, de um princípio insculpido na Carta Republicana como um fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Conforme salientado no capítulo anterior, os princípios fundamentais do Estado Brasileiro possuem uma conotação genérica, gravados nos quatro primeiros artigos

da Carta Magna, objetivando a ideia de traduzir a forma do nosso Estado e de seu governo, assim sendo, solidificou o regime político democrático fundado na soberania popular e institui-se a garantia da separação de funções entre os poderes.

Afirmou-se, também, que a dignidade da pessoa humana fora consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil, e institui nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, na pessoa natural, e não em qualquer outro referencial. Diante disto, toda abordagem jurídica deste tema deve-se basear neste supra princípio, e assim, a Constituição Federal consagrou diversos princípios orientadores do processo (judicial ou administrativo) que derivam dele.

Pois bem. O processo penal rege-se por princípios corolários destes. Assim, podem-se destacar os seguintes princípios da seara processual penal: busca da verdade (o juiz possui o dever de apurar os fatos com o intuito de descobrir como estes efetivamente ocorreram); iniciativa das partes (juiz não poderá iniciar o processo criminal sem que haja provocação do legitimado); devido processo legal (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem que haja um processo prévio, com todas as garantias processuais inerentes); contraditório (direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo se manifestar a respeito e produzir provas, antes de uma decisão judicial sobre o feito); ampla defesa (dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado a mais completa defesa quanto à imputação que lhe foi realizada); presunção de inocência (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

penal condenatória); vedação à utilização de provas ilícitas (as provas obtidas por meios que afrontem a Constituição Federal, em regra, não poderão ser utilizadas para formar a convicção do julgador); obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (os atos judiciais decisórios devem ser motivados para garantir à sociedade que a deliberação jurisdicional foi proferida com imparcialidade e de acordo com a lei); publicidade (dever do Estado de atribuir transparência aos atos que praticar, bem como fornecer todas as informações que lhe forem solicitadas); imparcialidade do juiz (o magistrado deve julgar de forma neutra); isonomia processual (as partes devem contar com as mesmas oportunidades processuais); duplo grau de jurisdição (revisão, por meio de recurso, das causas decididas em primeiro grau de jurisdição); juízo natural (assegura que os indivíduos serão submetidos a julgamento apenas por órgão do Poder Judiciário regularmente investido, imparcial, e previamente competente); promotor natural (veda a designação, pelo Procurador Geral, de membro do Ministério Público para atuar em caso específico); legalidade ou obrigatoriedade (os órgãos aos quais é atribuída a persecução penal não possuem poderes discricionários); oficiosidade (atuação de ofício da autoridade policial e do membro do Ministério Público); oficialidade (atribuí-se a determinados órgãos do Estado a apuração de fatos delituosos para a aplicação da pena); impulso oficial (os atos processuais são realizados por iniciativa própria, sem necessidade de provocação); indisponibilidade (a ação penal não é disponível); identidade física do juiz (vinculação obrigatória do juiz aos processos cuja instrução tivesse iniciado); na dúvida pro réu (privilegia-se a garantia da liberdade em detrimento da

pretensão punitiva, assim, havendo dúvidas, resolver-se-á em favor do acusado) (AVENA, 2009, p. 09-29).

Destarte, para o Estado aplicar o seu “direito de punir” a um infrator de uma norma penal, é necessário que ele obedeça aos alhures princípios, dentre outros, em um procedimento próprio, isto é, o processo penal, sob pena de não ser lícita a sanção por ele imposta. Ou seja, necessário o respeito ao devido processo legal sob pena de nulidade absoluta, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal:

HC 111567 AgR

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 05/08/2014

Publicação: 30/10/2014

Ementa

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – RÉU MILITAR – DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR AO RÉU MILITAR TRANSPORTE PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS, AINDA QUE O JUÍZO PROCESSANTE TENHA SEDE EM LOCAL DIVERSO DAQUELE EM QUE SITUADA A ORGANIZAÇÃO MILITAR QUE O ACUSADO ESTEJA VINCULADO (DECRETO Nº 4.307/2002, ART. 28, N. 1) – PEDIDO DEFERIDO – INTERROGATÓRIO JUDICIAL – NATUREZA JURÍDICA – MEIO DE DEFESA DO ACUSADO – POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS ACOMPANHAR O INTERROGATÓRIO DOS DEMAIS CORRÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS MOSTRAREM-SE COLIDENTES – PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – DIREITO DE PRESENÇA E

DE COMPARECIMENTO DO RÉU AOS ATOS DE PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO – NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA – A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) – O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS” – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria “persecutio criminis”. – O exame da cláusula referente ao “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (k) direito à prova;

e (l) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. – O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “due process of law”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. – Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial – notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003, aplicável ao processo penal militar (CPPM, art. 3º, “a”) – qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. possibilidade jurídico-CONSTITUCIONAL de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do “due process of law”, ver assegurado o seu direito de formular perguntas aos corréus no respectivo interrogatório judicial. – Assiste a cada um dos litisconsortes penais passivos o direito – fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) – de formular perguntas aos demais corréus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a autoincriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de perguntas, qualifica-se como

causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedentes do STF. O DIREITO DE COMPARECIMENTO E DE PRESENÇA DO RÉU NOS ATOS INERENTES À “PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO” COMO EXPRESSÃO CONCRETIZADORA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”. – O acusado tem o direito de comparecer, de presenciar e de assistir, sob pena de nulidade absoluta, aos atos processuais, notadamente àqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório. São irrelevantes, para esse efeito, as alegações do Poder Público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder ao custeio de deslocamento do réu militar, no interesse da Justiça, para fora da sede de sua Organização Militar, eis que razões de mera conveniência administrativa não têm – nem podem ter – precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e de respeito ao que determina a Constituição. Doutrina. Jurisprudência. – O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu (civil ou militar), de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do “due process of law” e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante, ainda que situado este em local diverso daquele da sede da Organização Militar a que o réu esteja vinculado. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/ONU (Artigo 14, n. 3, “d”); Convenção Americana de Direitos Humanos/OEA (Artigo 8º, § 2º, “d” e “f”); e Decreto nº 4.307/2002 (art. 28, inciso I). – Essa prerrogativa processual reveste-se de

caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante a Justiça Comum, seja perante a Justiça Militar. Precedentes.

Indexação

ABRANGÊNCIA, POLÍCIA JUDICIÁRIA, MINISTÉRIO PÚBLICO, JUIZ, TRIBUNAL, COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI). DIREITO AO SILÊNCIO, CONCRETIZAÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Digno de nota, que esta jurisprudência fora inaugurada pelo, agora aposentado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, que já tinha fixado a sistemática da nulidade absoluta, quando houvesse essa violação ao devido processo legal, conforme anterior precedente:

HC 94016

Órgão julgador: Segunda Turma

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 16/09/2008

Publicação: 27/02/2009

Ementa

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” - SÚMULA 691/STF - INAPLICABILIDADE AO CASO - OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AFASTA A RESTRIÇÃO SUMULAR - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA,

AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO “DUE PROCESS” - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO “EX OFFICIO”, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. -

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido o afastamento, “hic et nunc”, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS

PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO “STATUS LIBERTATIS” E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS”.

- O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do “habeas corpus”, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de perseguição penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA “PERSECUTIO CRIMINIS”. - O exame da cláusula referente ao “due process of law” permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;

(d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao “due process of law”, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO “DUE PROCESS

OF LAW”, VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. - Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF.

Contudo, para condenar um indivíduo a uma sanção penal, o Estado Juiz necessita, obrigatoriamente, da materialidade de um delito, além da certeza da autoria delitiva imputada a determinada pessoa. Ocorre que o meio para esta comprovação delitiva é inserida no processo penal por meio das provas, estas admitidas e colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, consoante o já citado princípio do devido processo legal.

Prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juízo visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias (AVENA, 2009, p. 372).

Eugênio Pacelli vai mais além, afirma:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível

com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade (OLIVEIRA, 2009, p. 317).

Sintetiza de forma irreprochável o mestre Júlio Mirabete:

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo (MIRABETE, 2007, p. 249).

Diante disto, o código de processo penal brasileiro estabeleceu regras gerais relacionadas aos critérios a serem utilizados pelo magistrado na valoração dos elementos de convicção levados ao processo e ao ônus probatório, bem como tipificou, nominou determinados meios específicos de prova, estes capazes de nortear o juiz na busca da verdade dos fatos. Todavia, não há regras de critérios rígidos para o exame das provas produzidas, em razão do princípio da livre convencimento motivado, isto é, deve o juiz sempre motivar, explanar as razões fáticas e jurídicas das suas decisões, sob pena de infringir a norma Constitucional, que como consequência, determina a nulidade destas decisões (AVENA, 2009, p. 371-372).

O STF adota esta posição de o julgador adotar o livre convencimento motivo, apesar de algumas críticas, pela doutrina, ao termo “livre”, vejamos:

HC 185835 AgR

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 05/08/2020

Publicação: 17/08/2020

Ementa

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELA ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CONCLUSÃO DIVERSA. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada, isto é, deve motivar sua decisão, no sentido de condenar ou absolver o acusado, com amparo no acervo probatório constante dos autos.

2. Nesse contexto, o parecer do Ministério Público, apresentado em segundo grau de jurisdição, não deve conduzir, necessariamente, à absolvição do paciente se a instância a quo entendeu, pela avaliação do conjunto probatório, que existem elementos suficientes para a condenação. Precedente.

3. As instâncias ordinárias concluíram que o conjunto probatório amealhado na instrução criminal é apto a justificar o édito condenatório. Logo, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o reexame da matéria, providência incompatível com esta via processual. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Outrossim, segundo o código de ritos, os referidos meios probatórios são: exame do corpo de delito; perícias em geral; interrogatório do acusado; confissão; perguntas ao ofendido; testemunhas; reconhecimento de pessoas e coisas; acareação; documentos; indícios; busca e apreensão. Isto posto, tais meios são chamados de “típicos ou nominados”.

Meio de prova, segundo os professores Paulo Henrique, Gustavo Octaviano e Ângela Cangiano é “tudo aquilo que pode servir, diretamente ou indiretamente, para a comprovação da verdade” (FULLER, JUNQUEIRA, MACHADO, 2009, p. 111).

Ocorre que, não se pode considerar que o diploma legal limitou os meios de prova, e muito menos devemos interpretá-lo de forma restrita, pois, a mencionada lei fora criada em 03 de outubro de 1941, e apesar de sofrer algumas reformas recentes, estas continuam em descompasso com o atual sistema social, tecnológico, cultural etc.

Destarte, é de se concluir que os meios de prova existentes no CPP não são taxativos, podendo o magistrado utilizar outros meios que não expressamente previstos em lei, que é nominado pela doutrina e jurisprudência de “meios de provas atípicos ou inominados”, que deveram ter o mesmo “valor probatório” das provas típicas.

O fundamento jurídico de ordem lógica para tal indagação é o princípio da busca da verdade, que é o fim do processo criminal, isto é, reconstruir os fatos como realmente aconteceram, ou chegar ao mais próximo da realidade, ressaltando-se que a obtenção desta prova não deve violar o ordenamento jurídico.

Ressaltem as palavras do doutrinador Renato Brasileiro sobre esta busca da verdade que:

No âmbito do processo penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível (LIMA, 2012, p. 48).

Importante ressaltar que, além dos princípios anteriormente expostos, o doutrinador Norberto Avena consagra que a teoria geral da prova possui alguns princípios específicos, quais sejam:

Princípio do contraditório, significa que toda a prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra; **Princípio da comunhão ou aquisição das provas**, uma vez trazida aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, logo, o juiz poderá utilizar esta prova em favor de qualquer partes; **Princípio da oralidade**, tanto quanto possível, as provas devem ser realizadas oralmente, em presença do juiz, conforme determina a lei, pois, presume-se que o juiz irá preservar o interesse de ambas as partes, este princípio fará com que as provas sejam concentradas, isto é, sejam unificadas, a produção probatória será realizada em audiência judicial, o juiz deve ter contato físico com a prova no ato de

sua produção, porém, esta não deve ser reservada apenas as partes, a audiência é necessariamente pública, os atos processuais em geral, em regra, são públicos, isto pois, por força de um mandamento, uma garantia da Constitucional, no qual prevê a publicidade, só podendo a lei restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; **Princípio da auto responsabilidade das partes**, determinando que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência, logo, se aquele que acusar uma imputação de crime contra outrem não conseguir provar sua autoria e materialidade delitiva, o juiz por óbvio deverá inocentar o imputado, réu; **Princípio da não auto incriminação**, é o princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si, que se coaduna com a obrigação que assiste à acusação de provar suas alegações, não devendo o réu provar sua inocência, mas sim, o sujeito ativo do processo penal provar a sua culpabilidade penal, este princípio decorre também de uma garantia Constitucional, a presunção de inocência, assegurando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (*grifo nosso*) (AVENA, 2009, p. 375-377).

Contudo, não se pode afirmar que apenas estes princípios citados que norteiam o sistema probatório processual penal no ordenamento jurídico brasileiro. Há diversos outros princípios que devem ser aplicados ao processo penal, que devem ser valorados pelo magistrado, visto que são cláusulas gerais, são mandamentos abertos que impõe ao julgador, no caso concreto, aplicar o que melhor lhe convir, sempre em busca da verdade.

Desta forma, afirma o ilustre Desembargador de Justiça do Rio de Janeiro Paulo Rangel que:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de prova) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. Afirmar que a verdade, no processo penal, não existe é reconhecer que o juiz penal decide com base em uma mentira, em uma inverdade. Ao mesmo tempo, dizer que ele decide com base na verdade processual, como se ela fosse única, é uma garantia de mentira. A verdade processual deve ser vista sob um enfoque da ética, não do consenso, pois não pode haver consenso quando há vida e liberdade em jogo, pelo menos enquanto se estiver compromissado com o outro como ser igual a nós, por sua diferença. A verdade obtida, consensualmente, somente terá validade se for através da ética da alteridade. A verdade é processual. São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo (RANGEL, 2010, p. 08).

Sustentou-se que o processo criminal é o recurso pelo qual o Estado Juiz irá aplicar o seu poder punitivo no delinquente ou em quem de qualquer forma contribuiu para o cometimento do crime, devendo lastrear-se na verdade

dos fatos, a busca da verdade, que se constitui em um dever processual de o juiz apurar como os fatos efetivamente ocorreram. Todavia, há que se destacarem os limites impostos pela Constituição Federal em relação à busca da verdade, fundamentando-se na dignidade da pessoa humana, e por conseqüente, garante o sistema constitucional vigente, a proibição da aplicação das provas obtidas por meios ilícitos no processo, seja judicial seja administrativo. Isto, como se mostrará, é a regra.

Entretanto, cumpre indagar se existe algum princípio constitucional de garantia absoluta? Isto é, que não poderá ser relativizado? Filio-me a corrente doutrinária que afirma ser possível a relativização dos direitos fundamentais.

Ora, o Guardião da Constituição já decidiu que nem mesmo o devido processo legal é absoluto, caso exercido direito a destempo, *in verbis*:

MS 28156 AgR
Órgão julgador: Primeira Turma
Relator(a): Min. ROSA WEBER
Julgamento: 02/09/2014
Publicação: 17/09/2014

Ementa

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PETIÇÃO.

O entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito de petição e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido

processo legal não são absolutos e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, in casu, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU). Agravo regimental conhecido e não provido.

Observação

- Acórdão(s) citado(s): (DIREITO DE PETIÇÃO, GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO LEGAL, DIREITO RELATIVO) AC 3189 AgR (1ªT). Número de páginas: 15. Análise: 24/09/2014, JOS.

Vale ressaltar, que, apesar desta posição da relativização dos direitos fundamentais, alerta com muita razão o professor Rafael Barretto que não obstante se afirme inexistirem direitos absolutos, cabe ponderar que há sim direitos de caráter absoluto, a exemplo do direito à proibição de tortura e do direito de proibição de escravidão (BARRETTO, 2012, p. 32).

De toda sorte, apesar de o atual sistema jurídico constitucional vedar expressamente esta utilização de provas ilícitas no processo (CF, 5º, LVI), será que esta norma constitucional pode ser relativizada? Penso que sim. Partindo da ideia exposta acima, ora, a princípio nada no direito é absoluto, logo, até os princípios, direitos fundamentais constitucionais etc. possuem natureza relativa.

É neste pensar que ensinam os constitucionalistas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino que “os direitos fundamentais não dispõem de caráter absoluto, visto que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados

pelo texto constitucional” (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 98).

Como se não bastasse, este é o entendimento predominante do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, que de forma clara e precisa sustenta essa orientação no julgamento de uma ação constitucional, MS 23.452/RJ, julgado em 16/09/1999, vejamos o excerto da lavra do Ministro Relator Celso de Mello:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (STF. MS nº 23.452/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/09/1999).

Diante disto, pode-se deduzir que não há princípio ou garantia Constitucional absoluta. Logo, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, estabelece a regra geral de proibição de provas ilícitas no processo criminal.

Porém, há que se fazer uma ponderação diante do caso concreto, e esta deve ser feita pelo magistrado da causa.

Muito se afirmou que o processo orienta-se pela busca da verdade. Ter esse conhecimento acerca da verdade dos fatos, isto é, como estes aconteceram, calha citar importante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema em recurso em *Habeas Corpus* da Relatoria do Ministro Paulo Medina:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA RESIDENTE EM OUTRO PAÍS. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO.

A busca pela verdade real constitui princípio que rege o Direito Processual Penal. A produção de provas, porque constitui garantia constitucional, pode ser determinada, inclusive pelo Juiz, de ofício, quando julgar necessário (arts. 155 e 209 do CPP). O Juiz apreciará livremente a prova. Não obstante, constitui cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de oitiva de testemunha, máxime sob o convencimento antecipado quanto a sua “imprestabilidade”. A circunstância de uma das testemunhas arroladas pela defesa residir em outro país, devendo ser ouvida por carta rogatória, deve ser interpretada em consonância com a norma constitucional que garante a ampla defesa no processo penal (art. 5º, LV, da CF/88). É direito absoluto da defesa produzir a prova que entende necessária para demonstrar a inocência do acusado, em relação à imputação que lhe foi feita, mesmo quando o magistrado entende ser desnecessário. Recurso PROVIDO para garantir

a oitiva da testemunha arrolada pelo paciente (STJ. RHC 18.106/RJ. Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 28/03/2006).

Ora, se o direito processual penal realmente deve ser regido pela verdade dos fatos, invariavelmente acontecerá de a única prova dos autos ter sido obtida por meios ilícitos, e qual deverá ser o fundamento para utilizá-la? A doutrina e a jurisprudência apresentam a tese da relativização das provas obtidas de forma ilícita, em razão da inexistência de princípio absoluto na Constituição Federal, utilizando-se do princípio/postulado da proporcionalidade.

Por esta razão que, em estudo perfunctório, denominei a “verdade” processual como a “falácia” processual.

4.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS PENAIS

Lastreado na doutrina do professor Norberto Avena, pode-se classificar a prova penal quanto ao objeto, valor, sujeito.

Quanto ao objeto, isto é, quanto ao fato que deve ser demonstrado, as provas poderão ser diretas ou indiretas. Quanto às primeiras, são aquelas que por si só demonstram o próprio fato objeto da investigação. Exemplo: o testemunho prestado por determinada pessoa que presenciou um homicídio. Quanto às segundas, são aquelas que não demonstram, diretamente, determinado ato ou fato, mas que permitem deduzir tais circunstâncias a partir de um raciocínio lógico e irrefutável. Exemplo: o alibi. Comprovando-se que o suspeito se encontrava em determinado local no dia e hora do crime, é intuitivo que não poderia estar na cena do crime (AVENA, 2009, p. 374).

Quanto ao valor, as provas poderão ser plenas ou não plenas. Quanto às primeiras, são aquelas que permitem um juízo de certeza quanto ao fato investigado, podendo ser utilizadas, inclusive, como elemento principal na formação do convencimento do juízo acerca da responsabilidade penal do acusado. Exemplo: prova documental. Quanto às segundas, são aquelas que, inseridas na condição de provas circunstanciais, podem reforçar a convicção do magistrado quanto a determinado fato, não podendo, porém, ser consideradas como o fundamento principal do ato decisório. Exemplo: o indício (AVENA, 2009, p. 374).

Quanto ao sujeito, as provas poderão ser reais ou pessoais. Aquelas não resultam, diretamente, da pessoa, mas de algo externo e que também comprova a existência do fato. Exemplo: o cadáver. Já as provas pessoais, como o próprio nome diz, decorrem da pessoa. Exemplo: o interrogatório (AVENA, 2009, p. 375).

4.4 PROVAS ILEGAIS, PROVAS ILÍCITAS, PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO, PROVAS ILEGÍTIMAS

Muito se discute na doutrina pátria se existe diferença entre as provas ilícitas, provas ilegítimas e provas ilegais.

Uma corrente defendida pelo doutrinador Guilherme de Souza Nucci vai sustentar que:

O universo do ilícito constitui-se das variadas formas de lesão aos preceitos diversificados do ordenamento jurídico. O ilícito abrange toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, por óbvio, e à legislação em geral. Por isso, é o gênero, do qual emergem as inconstitucionalidades e as ilegalidades. As primeiras

são todas as ofensas às normas constitucionais e, cuidando-se de processo, estão focados os direitos e garantias humanas fundamentais, logo, cuidam-se das normas da Constituição Federal. As outras são as violações às normas legais, consideradas estas as emergentes da legislação infraconstitucionais, seja no aspecto material, seja no processual. Em nosso entendimento, didaticamente, podemos dividir as provas ilícitas em: a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal. De toda sorte, tanto as ilegais quanto as ilegítimas são ilícitas (NUCCI, 2009, p. 30-31).

Em sentido contrário, o mestre processual Francisco Avolio vai defender uma diferente classificação:

Adotamos neste estudo a terminologia empregada pela Constituição Brasileira de 1988, que, por sua vez, foi haurida da melhor doutrina. Assim, segundo Nuvolone, as provas ilícitas são colocadas como espécie das “provas vedadas”, que compreendem: as provas ilícitas, propriamente ditas, e as provas ilegítimas. A importância dessa corrente doutrinária se verifica, outrossim, pelo fato de que a utilização da expressão “vedadas” já indica a sua opção pela inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Coincide, assim, perfeitamente, com o enunciado da garantia inserida pelo constituinte brasileiro, no art. 5º, inc. LVI: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (AVOLIO, 1999, p. 42).

Não apenas, ainda é necessário citar uma derivação desta segunda corrente levantada pelo já citado professor Norberto Avena:

A expressão prova ilegal corresponde a um gênero, do qual fazem parte três espécies distintas de provas: as provas ilícitas, que são as obtidas mediante violação direta ou indireta da Constituição Federal; as provas ilícitas por derivação, que correspondem a provas que, conquanto lícitas na própria essência, tornam-se viciadas por terem decorrido, exclusivamente, de alguma prova ilícita anterior; as provas ilegítimas, assim entendidas as obtidas ou produzidas com ofensa a disposições legais, sem qualquer reflexo em nível constitucional (AVENA, 2009, p. 397).

Destarte, acolho o entendimento que se devem diferenciar as provas ilícitas das provas ilegítimas, que não se confundem com as provas ilícitas por derivação, porém, todas são espécies do mesmo gênero: provas ilegais, ou vedadas ou proibidas.

Noutros termos, pode-se considerar que ilícitas são as provas obtidas mediante violação de normas de direito material, com o consequente reflexo em garantia ou princípio constitucional, a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, e a violação desta norma o direito material estabelece sanções próprias. Já a prova ilegítima é colhida ferindo normas de direito processual, cuja sanção encontra-se na própria lei processual, tudo se resolvendo dentro do próprio processo (AVOLIO, 1999, p. 43).

Nas palavras do Promotor da Justiça Militar da União Renato Brasileiro:

A prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza

material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos (LIMA, 2012, p. 868).

Defende o Promotor de Justiça/RS Avena sobre as provas ilegítimas que:

A sua produção viola normas de natureza eminentemente processual, isto é, normas que tem fim em si próprias, não há qualquer reflexo em nível constitucional, seja diretamente, seja indiretamente, como exemplo, imagine-se uma situação de reconhecimento judicial do réu realizado com inobservância das formalidades legais do art. 226 do CPP, esta afronta é de índole meramente processual, sem fim constitucional (AVENA, 2009, p. 403).

Cumpra esclarecer que na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, e a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este (AVOLIO, 1999, p. 43).

Para que se possa ter um exemplo de afronta direta ao texto constitucional, basta imaginar uma situação de uma interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, o que implica violação direta da garantia constitucional inserida no art. 5º, XII, da Constituição Federal (AVENA, 2009, p. 398).

Doutra banda, o interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado, viola, diretamente, o art. 185 do Código de Processo Penal e, indiretamente, o art. 5º, LV, da Constituição Federal. Neste caso, estar-se-á diante de

uma prova ilícita decorrente de afrontamento indireto da Constituição Federal, de dispositivos infraconstitucionais com conteúdo material, ainda que inseridos em diplomas processuais (AVENA, 2009, p. 398).

Modo diverso ocorre com as provas ilícitas por derivação, que são lícitas a princípio, porém, foram contaminadas por uma prova ilícita geradora das provas lícitas. Enfim, trata-se da aplicação da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados (“fruits of the poisonous tree”), segundo a qual o defeito existente no tronco contamina os frutos (AVENA, 2009, p. 404).

Não há como rejeitar esta tese, de natureza norte americana, no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da análise de alguns dispositivos legais do código de processo penal que concluem pelas consequências da teoria, senão vejamos:

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

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

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

Desta forma, conclui-se que a contaminação determinada pela aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados exige relação de exclusividade entre a prova posterior e a anterior que lhe deu origem. Faz-se mister que a prova tida como contaminada tenha sido decorrência direta ou indireta de uma anterior a ela, visivelmente viciada, pois, se, ao contrário, provier a prova de fonte independente, isto é, sem qualquer nexo de causalidade, não ocorrerá a contaminação da prova, entretanto, será aplicada a serendipidade da prova, tese já acolhida e adotada pela jurisprudência constitucional:

HC 137438 AgR

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 26/05/2017

Publicação: 20/06/2017

Ementa

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. APLICABILIDADE DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA.

TEMA NÃO DEBATIDO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL A QUO. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As provas colhidas ou autorizadas por juízo aparentemente competente à época da autorização ou produção podem ser ratificadas a posteriori, mesmo que venha aquele a ser considerado incompetente, ante a aplicação no processo investigativo da teoria do juízo aparente. Precedentes: HC 120.027, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão, Min. Edson Fachin, DJe de 18/02/2016 e HC 121.719, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27/06/2016.

2. Nas interceptações telefônicas validamente determinadas é passível a ocorrência da serendipidade, pela qual, de forma fortuita, são descobertos delitos que não eram objetos da investigação originária. Precedentes: HC 106.152, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 24/05/2016 e HC 128.102, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/06/2016.

3. In casu, o recorrente foi denunciado pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e encontra-se preso preventivamente.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

5. Agravo regimental desprovido.

Observação

- Acórdão(s) citado(s): (TEORIA DO JUÍZO APARENTE) HC 120027 (1ªT), HC 121719 (2ªT). (INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ENCONTRO FORTUITO DE PROVA) HC 106152 (1ªT), HC 128102 (1ªT). (TAXATIVIDADE, COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA, STF) Pet 1738 AgR. (HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO) HC 110055 (1ªT), HC 113805 (1ªT), HC

Destarte, vale enfatizar que as provas ilícitas, as provas ilícitas por derivação, as provas ilegítimas, enfim, toda prova contrária ao ordenamento jurídico é espécie do gênero “prova vedada” ou ilícita.

A LICITUDE NA VALORAÇÃO DA PROVA VEDADA NO PROCESSO PENAL

O objetivo central deste livro é a análise da valoração - ou não - da prova ilícita no processo penal, à luz do posicionamento adotado alhures. Isto é, entendendo que a prova ilícita é uma espécie de uma prova vedada, pois nesta haverá reflexos de direito material (penal ou constitucional), e considerando que a consequência, em regra, será a inutilização da prova ilícita, prudente analisar se existem exceções para aplicação e valoração desta prova vedada no processo penal.

Assim, vale destacar que a corrente doutrinária e jurisprudencial que advoga a tese da aplicação da prova ilícita ao processo é fundada no princípio/postulado da proporcionalidade, pois diante do caso concreto seria desproporcional a não valoração desta prova, mesmo que esta tenha sido obtida contrariando ao ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, com inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram que as ideias de limitação da liberdade individual só se justificam para a concretização de interesses coletivos superiores, e no plano do direito administrativo, que o exercício do poder de polícia só estaria legitimado se não fosse realizado com excesso de restrição a direitos individuais (FERNANDES, 2007, p. 51).

Na Alemanha, estes pensamentos se insurgiram, principalmente, após a 2ª Guerra Mundial. A doutrina e a jurisprudência sistematizaram o princípio da proporcionalidade, e o denominaram, também, de princípio da proibição do excesso. Também contribuíram para essa sistematização os julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O princípio passou a ser objeto de especial atenção nos mais diversos ramos do Direito e nos mais diversos países, com larga aplicação no processo penal (FERNANDES, 2007, p.51).

É de bom olvide destacar que alguns doutrinadores fazem uma diferenciação entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Outros entendem como sinônimos.

Parafraseando o sábio professor de direito constitucional Flávio Martins partilhamos da ideia que o princípio da proporcionalidade, um dos mais importantes princípios da hermenêutica constitucional, não se confunde com o da razoabilidade. Aquele tem origem na Alemanha, no Tribunal Constitucional Alemão. Enquanto que o princípio da razoabilidade tem origem Norte Americana, e decorre do devido processo legal substantivo. Neste, deve-se verificar se o ato normativo, por exemplo, se o ato praticado pelo poder público é razoável ou não, e sendo a resposta negativa, este ato não é constitucional.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade tem a função principal de verificar a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, por meio da legislação, e se utiliza de vários critérios, quais sejam: necessidade, adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. Este último se traduz em uma “balança”, em que se “pesaram” os

direitos fundamentais em conflito, devendo prevalecer o de “maior peso”, isto é, de maior interesse social.

De toda sorte, digno de nota que ambos os princípios são usados no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, Antônio Fernandes apresenta os pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade, quais sejam:

A doutrina aponta pressupostos essenciais para a atuação do princípio da proporcionalidade: um formal, o da legalidade, e outro, material, o da justificação teleológica. Em virtude do princípio da legalidade, estendido ao direito processual penal, não poderia a restrição a direito individual ser admitida sem prévia lei, elaborada por órgão constitucionalmente competente, imposta e interpretada de forma estrita. Do pressuposto da justificação teleológica, decorre que a limitação a direito individual só tem razão de ser se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional (FERNANDES, 2007, p.53).

Por sua vez, o ilustre Desembargador Paulo Rangel, afirma que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade ou sopesamento traduz-se, em consonância com o exposto alhures, na “colocação em uma balança, dos bens jurídicos que estão contratando-se e verificar qual tem o peso maior” (RANGEL, 2010, p. 472).

Pois bem, é com base neste princípio que seria possível empregar uma determinada prova ilícita para absolver (maioria aceita) ou condenar (minoridade aceita) determinado réu.

Sustenta o doutrinador Marcellus Lima a possibilidade da aplicação da prova ilícita fundada no supra princípio, senão vejamos:

Tenta equilibrar as posições antagônicas de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, quando coexista outro interesse, como, v. g., a gravidade de certos delitos ou a maior necessidade da repressão estatal, ou mesmo se determinada prova for privilegiada naquele processo, poderia ser admitida a prova obtida ilicitamente no processo. Deve-se considerar, segundo a teoria da proporcionalidade, que, em eventual conflito (mesmo aparente) entre garantias individuais, impõe-se a prevalência do interesse maior a ser protegido, no caso em concreto (LIMA, 2009, p. 385).

Ocorre que, a doutrina e jurisprudência apontam para a possibilidade da aplicação desta teoria, apenas e tão somente, quando se tratar de interesse do réu. Em outros termos, a teoria somente é aplicada em favor do réu.

O objetivo seria possível de evitar que graves inconvenientes e injustiças, que poderiam ocorrer caso réu (inocente) não pudesse utilizar esta prova, ainda que, aparentemente, violando o ordenamento jurídico, fazer prova de sua inocência. Continua a dizer o doutrinador Paulo Rangel:

A vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto. Desta forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei (RANGEL, 2010, p. 472).

Assim sendo, deve-se considerar possível ser utilizada a prova ilícita em favor do réu, porém, tal medida deve

ser de caráter excepcional, e não deve ser a regra. Apenas poderá o réu utilizar quando outro meio não lhe for possível trazer-lhe um benefício, seja abrandar a pena, seja até inocentá-lo.

Posto isto, importante fazer uma análise da possibilidade da aplicação de provas ilícitas em favor da sociedade.

Diante disso, deve-se afirmar ser infundada a tese defendida pelo professor Antônio Scarance, que em sua obra afirma:

Se a prova foi obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova (FERNANDES, 2007, p. 102).

Para nós, irreprochável a posição do tão mencionado mestre Norberto Avena, *in verbis*:

A prova ilícita pode ser usada, excepcionalmente, em prol do réu, isto não significa que se torne lícita a partir dessa utilização. Bem ao contrário: continua revestida do caráter de ilicitude. Considerando que a prova ilícita é obtida mediante violação de garantias ou princípios previstos na Lei Maior, assemelha-se ela a um cadáver em decomposição, que não pode ser ressuscitado. Observe-se, pois, que se for considerada lícita a prova usada em prol do acusado sob o fundamento do princípio da proporcionalidade, este mesmo meio poderá ser utilizado como fundamento para condenação do verdadeiro responsável pela infração. Caso, porém, entenda-se que persiste sua natureza ilícita, tal prova utilizada para absolver determinada pessoa não poderá ser

usada para condenar outro indivíduo. Persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar-se uma injustiça (AVENA, 2007, p. 408).

Um dos principais argumentos, dos que defendem a tese da não possibilidade da aplicação desta teoria em favor da sociedade, é o fato que o texto constitucional não se coaduna com o erro judiciário, mas observam que é possível utilizar esta prova, desde que seja, exclusivamente, em favor do réu.

O professor Válter Ishida sustenta sobre a aceitação da prova ilícita, baseada na teoria da proporcionalidade que:

A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aceitação, desde que beneficie a defesa, sob o fundamento de que é melhor ver um direito constitucional violado do que ceifar a liberdade de um inocente. Neste caso, a inadmissibilidade da prova ilícita cede passo à ampla defesa do réu (ISHIDA, 2010, p. 117).

Ao abordar sobre a relativização da vedação à prova ilícita, Edilson Mougenot defende que:

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotada como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo (BONFIM, 2009, p. 319).

Um dos principais defensores da não aplicação da prova ilícita em favor da sociedade é José Carlos Barbosa Moreira, professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que afirmou em um artigo jurídico (a Constituição e as provas ilicitamente obtidas) que:

Difícilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter relativo que por força se tem de atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas.

Comungo da tese que se deve privilegiar o interesse público em desfavor do interesse do particular. Porém, a prova ilícita deve estar ajustada na proporcionalidade, não se aceitando absurdos. A prova deve ser analisada caso a caso, para ser feito o cotejo entre a prova e o ordenamento jurídico.

Ou seja, se a prova é harmônica ou não. Contudo, não sendo considerada uma prova lícita, excepcionalmente, deverá ser feita uma nova análise desta ilicitude para verificar a possibilidade de valoração desta prova, frise-se: vedada, nos termos do postulado da proporcionalidade.

Apenas com o caso concreto é que será possível analisar a aplicação ou não da teoria da proporcionalidade, porém, certo que o limite desta será a inegociável dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme exposto no início.

Portanto, a prova ilícita não pode ultrapassar este fundamento constitucional. Logo, a prova obtida em desacordo com este fundamento, não deve ser aceita, seja em favor do réu, seja em favor da sociedade.

Aprimorando um exemplo fornecido pelo já citado doutrinador Norberto Avena: se um investigador, no intuito de descobrir a autoria de um crime, torturar um investigado, e este assumir a autoria delitiva, não se deve aplicar está prova, eis que tal confissão feriu a sua dignidade humana, os seus direitos da personalidade do investigado. Porém, se o mesmo investigador, clandestinamente, isto é, sem ordem judicial, implantar uma escuta ambiente na casa do investigado, e este ao conversar com seu parceiro, referir-se ao crime por ele cometido, com riqueza de detalhes, entendo que esta prova, caso seja a única possível, apesar da sua ilicitude, deverá ser utilizada para condenar o mesmo, pois o interesse público deve se impor perante o interesse particular, do réu (AVENA, 2009, p. 408).

É notório que o direito processual penal está inserido no ramo do direito público, logo, está agasalhado por todas as suas prerrogativas. Desta forma, lhe é assegurado um dos pilares do Direito Público, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e em eventual rota de colisão, deve-se privilegiar o interesse social em desfavor do interesse individual.

O doutrinador paulista Antônio Scarance posiciona-se quanto ao tema abordado, defendendo:

Não só a admissibilidade da prova ilícita pro reo, mas também, em caso excepcional, uma adoção mais ampla do princípio da proporcionalidade, como no caso concreto de uma violação de correspondência

de preso em certo presídio, quando se descobriu plano de fuga e de um sequestro de um juiz de direito, onde haveria a admissibilidade da utilização da prova captada ilicitamente, pro societate. A proporcionalidade verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo. Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada (FERNANDES, 2007, p. 81).

Com a devida vênia, no caso citado pelo doutrinador, houve uma violação ao direito constitucional da correspondência e da intimidade do preso, logo, a prova obtida deve ser considerada ilícita, não é lícita. Todavia, em razão do interesse maior da sociedade, em preservar a segurança nacional, e a vida do juiz de direito, que possivelmente seria sequestrado, e diante da ponderação de interesses, a mencionada prova deve ser utilizada em favor da sociedade.

Assim, mesmo sendo ilícita a prova, possível a valoração pelo julgador, que poderá/deverá aliar esta prova com os demais elementos probatórios colhidos, e, eventualmente, utilizar a prova vedada para condenar o infrator.

Digno de nota, que esta aqui tese defendida deve ser aplicada em casos excepcionais, de forma bem restrita,

em casos de extrema necessidade, relevância de interesse público, consoante ensinamento de Norberto Avena, vejamos:

Embora concordemos no sentido de que, efetivamente, não se pode atribuir a alguém a pecha da condenação quando existem provas, ainda que ilícitas capaz de inocentá-lo, entendemos, que, na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, ao interesse do réu (AVENA, 2009, p. 409).

Para tanto, basta imaginar um policial infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas, os crimes de mal coletivos, e valendo-se da confiança do chefe desta organização criminosa, o policial consegue registrar, com um aparelho celular, a prova capaz de comprovar o envolvimento deste traficante na prática de crimes. Certamente, fazendo uma interpretação literal do texto constitucional a prova assim obtida viola à intimidade e no afronta à regra do art. 5º, X, da Constituição Federal, que assegura serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e assim, pouco importará se há ou não há a ordem judicial prevista no art. 2º, VI, da Lei 9.034/1995, que regulamenta os procedimentos de investigação do crime organizado. Pois, afinal de contas, a proteção constitucional prevista no supracitado inciso não é ressalvada pela possibilidade de autorização judicial diferentemente do que ocorre com

o sigilo das comunicações telefônicas, prevista no art. 5º, XII, da CF, que resguarda ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (AVENA, 2009, p. 409-410).

Nestes casos, não há razão jurídica plausível para que tal prova não possa ser usada com o escopo fundamentar a condenação do criminoso, e a sua segregação será uma forma de preservar o interesse público maior, qual seja, o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas (AVENA, 2009, p. 410).

Obtempera Norberto Avena:

Ora, o processo penal é acromático e tem como maior objetivo a descoberta da verdade. Para tanto, é preciso que se reconstituam os fatos de forma a se descobrir como, efetivamente, ocorreram. Nessa reconstrução, a regra, indubitavelmente, deve ser a licitude da prova. Independente disto, pensamos, mais uma vez contrapondo a orientação majoritária, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5º, caput, da CF, faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público assim o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos. A admissão excepcional da prova ilícita pro societate, quando ausente outra forma de alcançar-se a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo, parece justificar-se ainda em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial (AVENA, 2009, p. 410).

Na mesma linha de raciocínio, aduz Antonio Magalhães sobre o critério da proporcionalidade em favor da sociedade:

Não se pode contestar que o critério de proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes, e de outras expressões mais agudas da criminalidade. (GOMES FILHO, 1997, p. 106).

Anote-se que o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade, na qual há como suporte a própria realização do Direito Penal substantivo, pela aplicação ou não da pena. Não merece agasalho jurídico a afirmação que um ato ilícito não pode ser admitido em Juízo, sob pena de emprestar-se eficácia jurídica a um comportamento ilegal. A tutela penal dos direitos humanos e fundamentais do homem é feita em defesa própria, não na órbita do diploma penal adjetivo. Logo, o teor da prova e sua origem têm apreciação em esferas próprias e distintas. O valor da prova há de ser dessumido na seara processual, enquanto o comportamento ilegal de que se originou requer avaliação no âmbito do Direito Penal substantivo (PEDROSO, 1994, p. 168).

Pois bem, a Justiça não pode fechar os olhos para a verdade revelada, mas, da mesma forma, não pode deixar impune o modo avesso à lei como a prova foi obtida. A prova é um fenômeno processual e, dessarte, no ordenamento processual é que deve ser encontrada toda sua regulamentação. A conformidade ao direito é um juízo de valor estranho à concepção processual, assim como o conceito de ilicitude (PEDROSO, 1994, p. 168-169).

Neste sentido afirma o ilustre mestre Fernando Pedroso:

Não se há de negar que o ilícito é uno, incidível e indivisível. Todavia, torna-se imperioso grafar a distinção que a espécie faz emergente: o ilícito em si, que se manifesta pelo ato que o caracteriza, não pode ser confundido com o teor probatório que eventualmente revele. Este, como decorrência daquele, não é em si mesmo ilícito, no seu substrato ou essência, embora aquele o evidência, ser havido como ilícito, inobstante o ato que a produziu contenha ilicitude. O ilícito material e o teor da prova não se misturam, não operam confusão (PEDROSO, 1994, p. 169).

À luz do que já fora afirmado, não merece aconchego jurídico a corrente que afirma existirem duas espécies de verdade, uma processualmente válida ou verdade judiciária, sempre admissível; e outra, a verdade pura, sendo aquela apenas uma parte da verdade absoluta, sendo admissível apenas quando se amoldasse à verdade judiciária ou processualmente válida, fora daí, sua inadmissibilidade seria de rigor (PEDROSO, 1994, p. 170).

Por esta razão sustenta Pedroso acerca desta distinção de “verdades”:

Em assim se propugnando, conclusão inarredável a que se chegaria é que somente existe, juridicamente, uma espécie de verdade: a processualmente válida ou judiciária. Ora, a verdade é uma só. Significa exatidão, precisão, correspondência exata e infutável de algo com a realidade, em perfeita identificação (PEDROSO, 1994, p. 170).

Não merece respaldo, também, a tese advogada por alguns operadores do direito que dizem que a exclusão da prova ilícita justifica-se ainda pelos fins preventivos, eis que a autoridade, ciente de que a prova ilícita não produzirá efeitos, irá abster-se de agir ilegalmente, pois a punição da autoridade infratora da norma penal, pelo crime praticado contra os direitos do réu, é que representará a verdadeira prevenção ou o verdadeiro desestímulo das ações ilícitas tendentes à produção das provas (PEDROSO, 1994, p. 171).

Mais uma vez, não é demais citar o eminente professor Fernando Pedroso, que ao tratar desta abordagem cita o posicionamento do ilustre jurista carioca, ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, João Baptista Cordeiro Guerra, *in verbis*:

Nem cabe objetar que, implicando a prova ilícita violação a direitos e garantias do réu, ela traria ínsita em seu bojo sua própria ineficácia jurídica. Como professou o Min. Cordeiro Guerra, no STF: “não creio que entre os direitos humanos se encontre o direito de assegurar a impunidade dos próprios crimes, ainda que provados por outro modo nos autos, só porque o agente da autoridade se excedeu no cumprimento do dever e deva ser responsabilizado. Nesse caso, creio que a razão assiste à nossa jurisprudência: pune-se o responsável pelos excessos cometidos, mas não se absolve o culpado pelo crime efetivamente comprovado” (PEDROSO, 1994, p. 171).

Caso a prova revele um conteúdo verdadeiro, e trazendo a vislumbre a verdade real, merece o réu a condenação com base nessa, se seu teor lhe é desfavorável, além do mais, a autoridade autora da violação dos direitos do acusado, merecerá a devida punição pelo ilícito penal

cometido. Deve haver a punição para os autores dos ilícitos, o crime descoberto pela prova e o ato ilícito que levou à descoberta desse delito (PEDROSO, 1994, p. 172).

A possibilidade da aplicação da prova, em favor da sociedade, obtida por meio ilícito deve ser analisada no caso concreto. Caso determinado réu escreva rotineiramente um diário íntimo, no qual registre e relate os atos marcantes de sua vida, tenha descrito com riqueza de detalhes o *modus operandi* de determinado crime não solucionado, e a autoridade policial tenha apreendido este diário de forma ilegal, não há que se negar o caráter ilícito de tal prova, porém, é desproporcional não se utilizar desta prova em um processo criminal para condenar o delinquente (PEDROSO, 1994, p. 173).

Conclui Fernando Pedroso:

Em suma: se ilícita emergir a obtenção de determinada prova e se ela trouxer a descortino a verdade real, merece ser aceita quanto a seu conteúdo, havendo instaura-se, entretanto, contra aqueles que a obtiveram ilicitamente, a devida *persecutio crimminis*, diante da infração de disposições penais e pela violação dos direitos do réu. É a aplicação da doutrina do *male captum, bene retentum* (PEDROSO, 1994, p. 173).

Assim, não pode o texto constitucional ser interpretado de maneira radical, pois haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo de maior importância. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale como regra geral. Entretanto, comportará exceções ditadas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes.

Nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios igualmente constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova por meio ilícito (GRECO FILHO, 1991, pp. 56 e 178).

Por fim, cumpre esclarecer que a prova ilícita produzida pela própria vítima na salvaguarda de direitos próprios, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se como legítima defesa ou estado de necessidade a depender do caso concreto, e assim, não se estaria diante de uma prova ilícita, mas sim de prova lícita, pois há uma causa de excludente de ilicitude, afastando, portanto, eventual ilicitude da prova obtida com a violação de regras de direito material (AVENA, 2009, p. 411).

Neste sentido, insta citar excerto com esta fundamentação, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF.

I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.

II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário.

III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação “the fruits of the poisonous tree” não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF.

IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF.

V. - Agravo não provido”

(STF, AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05).

Deve-se ter em mente, que o Pretório Excelso já definiu que uma das vertentes do postulado a proporcionalidade é a proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais, sendo, em verdade, um dever de o Estado atuar para defender a sociedade:

ARE 1320606 AgR

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 30/08/2021

Publicação: 20/09/2021

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRARDINÁRIO COM AGRAVO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM.

1. O art. 310, II, do CPP, vigente à época dos fatos e ainda plenamente em vigor, impõe ao magistrado a conversão da prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Incidência do princípio do tempus regit actum (art. 2º do CPP).

Precedentes.

2. A prisão em flagrante pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, por acusado multireincidente, pode ser convertida pelo magistrado, de ofício, desde que demonstrados os pressupostos do art. 312 do CPP.

3. O princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente impede que o Estado tutele de forma insuficiente os direitos fundamentais protegidos pelo direito penal (art. 5º, XXXV, e art. 144 da CF/88).

4. O Juiz tem o dever de atuar, inclusive pelo seu papel de guardião dos direitos da próxima vítima. Do contrário, uma distração do órgão acusatório ou da autoridade policial tornaria compulsório o relaxamento da custódia mesmo em face de casos extremamente graves. Nada do que seja absurdo pode ser razoável interpretação do direito.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

Assim, caso uma prova ilícita seja verificada no processo, a sua exclusão, imediata e automática, poderá gerar o efeito negativo: a insuficiência de proteção social.

Não por outra razão, que os recentes julgados da Corte Cidadã são reiteradamente criticados, gerando uma sensação de insegurança jurídica na sociedade e nos indivíduos que pregam pela paz social, e querem viver em sociedade sem crimes recorrentes.

Analisando os recentes julgados, observa-se uma tendência de eliminar dos autos as provas que tenham “erros processuais”, ainda que não seja evidenciado o prejuízo ao réu. Ou seja, adotando-se a classificação alhures descrita, provas ilegítimas, por si só, já tornam as demais contaminadas. A título exemplificativo, cite-se um recente (em

2022) julgado emblemático, que anulou uma condenação de um condenado por tráfico de drogas, vejamos:

HABEAS CORPUS Nº 695.980 - GO (2021/0307924-1)
HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA DO ACUSADO. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.

2. No caso em tela, a violação de domicílio teve como justificativa o comportamento suspeito do acusado – que empreendeu fuga ao ver a viatura policial –, circunstância fática que não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial.

3. Ademais, a alegação de que a entrada dos policiais teria sido autorizada pelo agente não merece acolhimento. Isso, porque não há outro elemento probatório no mesmo sentido, salvo o depoimento dos policiais que realizaram o flagrante, tendo tal autorização sido negada em juízo pelo réu.

4. “Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador” (HC n. 685.593/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 19/10/2021).

5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio e, por conseguinte, absolver o paciente.

Ora, anular uma condenação por entender que houve violação de domicílio, considerando ser ilícita a prova produzida diante do comportamento do suspeito, frise-se, que empreendeu fuga ao visualizar uma viatura policial, que, lógico, instiga a - justificada - entrada na residência do investigado, sem mandado judicial, ainda mais, quando nesta foram encontradas e apreendidas drogas, data vênia, não aplica a lei segundo o fim social e as exigências do bem comum (Lei de Introdução Às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º).

Como dito, a melhor solução jurídica poderia ser valoração da prova vedada, utilizando-se da proporcionalidade no caso concreto, pois não houve a violação ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

Ademais, nestes casos, há o flagrante delito, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou conteúdo variado, justificando a entrada no domicílio. Neste sentido, data máxima vênia, mostra-se totalmente fora do contexto uma anulação de ação penal, e conseqüente sentença condenatória por tráfico de suspeito que correu ao avistar a polícia para “fortaleza sagrada”, que, novamente, instiga os agentes de segurança pública a entrarem na residência do suspeito, e lá encontraram “quilos e mais quilos de drogas” no “castelo do tráfico”:

HABEAS CORPUS No 668062 - RS (2021/0154830-6)
HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.
SENTENÇA. NULIDADE. INGRESSO DE POLICIAIS
NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE
JUSTA CAUSA OU DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.
COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE
DELITIVA. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE
DE DROGA (37,717 KG DE MACONHA, 2,268 KG DE
COCAÍNA E 10,532 KG DE CRACK). ÔNUS DA PROVA.
ESTADO ACUSADOR. PROVAS OBTIDAS EIVADAS DE
VÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.

1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou, ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

2. Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador.

3. Ao que se observa, o fato de o indivíduo correr com uma mochila nas costas, mesmo após evadir-se da presença policial, não configura a fundada razão da ocorrência de crime (estado de flagrância) que justifique afastar a garantia da inviolabilidade do domicílio, estabelecida no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato.

Ante o exposto, notório que se fosse aplicada a tese aqui defendida, estes - e outros - traficantes de drogas

seriam condenados pelo Poder Judiciário, efetivando os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade livre justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e promovendo o bem de todos (Constituição Federal, art. 3º, I, II e IV).

Afinal, a prova produzida, diante da busca em apreensão no domicílio destes traficantes, que ao nosso sentir fora prova lícita pela situação do flagrante delito, ainda que se considerasse como ilícita, poderia/deveria ser valorada pelo julgador, considerando o princípio da proporcionalidade, eis que a prova fora produzida sem qualquer violação da dignidade humana - tortura, por exemplo, com o fito de evitar uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais dos demais cidadãos que não cometem ilícitos e apenas querem viver em paz!

CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil é constituída em Estado Democrático de Direito, e cada vez mais se buscam meios positivos para que os direitos e garantias individuais e coletivos sejam efetivados pelo ordenamento jurídico.

Todo ato estatal deve-se basear na legalidade, isto é, na lei. Desta forma, não pode o Estado punir o indivíduo de maneira arbitrária, unilateral, valendo-se do seu poder de império, ferindo, assim, seus direitos e garantias fundamentais.

Com base nestas premissas o constituinte originário instituiu os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, para que a ação estatal seja limitada e, sobretudo, legítima.

Pois bem, sabe-se o crime é inerente ao meio social. Viver em sociedade leva, naturalmente, alguns indivíduos a cometer atos ilícitos. E, desta forma, o Estado poderá/deverá aplicar o *jus puniendi*, que se traduz em um dever de punir, mas deve-se pautar nos limites legais.

O recurso eleito para a apuração destes fatos contrários ao ordenamento, e aplicação de punições aos infratores é por meio do processo penal. Este, regido pelos princípios insculpidos na constituição e nas normas infra-constitucionais.

Dentre as diversas finalidades do Estado Democrático de Direito, destaca-se como ponto central de todo

ordenamento jurídico a prevalência da dignidade da pessoa humana. Em decorrência deste fundamento, surgem diversos direitos, como o direito à vida, liberdade, intimidade, privacidade, segurança, igualdade, propriedade, devido processo legal, dentre outros, muitos destes repousados no art. 5º da Constituição Federal.

Garantiu-se a condição de se realizar no processo “provas”, bem como a possibilidade de contraditá-las. Porém, esta produção é restrita, isto é, não é ilimitada. Seu termo é determinado pela lei, e ressalte-se que a Constituição, art. 5º, LVI, determinou serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A prova ilícita é sem dúvida um tema de muita celeuma doutrinária e jurisprudencial. Há quem aceite, há quem rejeite.

Entrementes, certo que a prova ilícita, por maior relevância que possa parecer no caso concreto, não pode ser aceita quando violar a dignidade da pessoa humana, do investigado, quando torturado, por exemplo. Mas, caso contrário, deverá ser analisada caso a caso para a descoberta da realidade fática.

Alguns afirmam que não pode um inocente ser preso injustamente, e mesmo diante de uma prova ilícita, caso esta prove a inocência do acusado, deverá o julgador absolver o réu, valorando a prova vedada.

Contudo, seria possível um criminoso pode ficar impune em razão de a prova ser colhida de forma errada ao ordenamento jurídico, sem violação de sua dignidade como pessoa humana? Expondo toda a sociedade a risco?

Penso que não.

O interesse social deve prevalecer para a consecução de um bem comum, qual seja, a paz social.

Ora, como se afirmou, o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade, para que se possa sustentar e fundamentar eventual absolvição ou condenação do réu. Assim, é aceitável que uma prova obtida ilicitamente, sem qualquer violação da dignidade da pessoa humana, mas, que demonstre de forma clara a verdade dos fatos, seja valorada pelo magistrado para condenação.

Destarte, por tudo que fora exposto, entendo que ser legítima a aplicação da prova ilícita em favor do réu ou da sociedade, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana investigada, e amparada tal aplicação no princípio da proporcionalidade, quando a prova ilícita for a única forma para absolver ou condenar o réu, sempre amparada pelos demais elementos informativos do processo.

Portanto, não aprova a aplicação desta tese de forma “livre”. O bem jurídico advindo da prova ilícita deve ser de maior interesse que o bem individual, do réu, isto é, deve o interesse público se sobrepor ao interesse privado, em razão da sua extrema e imprescindível necessidade.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal descomplicado*. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999.

BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 09 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus*. *Processo Penal*. Recurso em Habeas Corpus nº 18.106 - RJ (2005/0120878-5). Relator: Min. Paulo Medina. Brasília, DF, julgado em 28/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=2345428&num_registro=200501208785&data=20060502&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. Reforma agrária. Mandado de Segurança nº 22.164/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, julgado em 30/10/1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>.

asp?s1= %28MS%24%2ESCLA%2E+E+ 22164%2ENUME%2E%29+ OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+22164%2EACMS%2E%29&base= baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/afuob5c>. Acesso em: 05 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. Limitações constitucionais. Mandado de Segurança nº MS 23.452/RJ. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, julgado em 16/09/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23452%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aesmotc>>. Acesso em: 07 maio 2013.*

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. RE 587.008, rel. min. Dias Toffoli, j. 2-2-2011, P, DJE de 6-5-2011, Tema 107. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622600>>. Acesso em: 08 março 2023.*

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1998.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Ângela C. Cangiano. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009, v. 8.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. 1. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ISHIDA, Válter Kenji. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 8^a. ed. São Paulo: Método, 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012, v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1^ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilícitamente obtidas*. Dantas Pimentel. Disponível em: <<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5138.htm>>. Acesso em 10 set. 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 1. ed. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso e processo penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal* 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RANGEL, Paulo. *Direito processo penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal: principalmente em face da Constituição de 5.10.1988*. 13^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3.

WIKIPÉDIA. Ordália. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ord%C3%A1lia#cite_note-Houaiss-0>. Acesso em 02 maio 2013.

GABRIEL SALVINO CHAGAS
DO NASCIMENTO,
Promotor de Justiça do
Estado do Amazonas.
Pós-graduado em Direito
Constitucional pela
Universidade Anhanguera-
Uniderp. Pós-graduado
em Direito Processual
Moderno pela Universidade
Anhanguera-Uniderp.
Graduado em Direito pela
Universidade Tiradentes.