

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

WEVERTON DE OLIVEIRA SILVA

UMA REFLEXÃO SOBRE PROVA ILÍCITO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

SÃO MATEUS
2020

WEVERTON DE OLIVEIRA SILVA

UMA REFLEXÃO SOBRE PROVA ILÍCITO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Me. Prof. Roberto Fanti de Resende.

SÃO MATEUS

2020

WEVERTON DE OLIVEIRA SILVA

UMA REFLEXÃO SOBRE PROVA ILÍCITO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2020

DEDICATÓRIA

A Deus, razão de minha existência.

Aos meus pais, Sivaldo dos Santos Silva e
Joselita de Oliveira Silva pelo carinho e
amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Me. Prof. Roberto Fanti de Resende pela competência e respeito com que conduziu este processo, do alvorecer da ideia até a sua síntese.

À Luzinete Duarte pela oportunidade ofertada para conclusão do curso de Direito na Faculdade Vale do Cricaré.

À Deus por me permitir concretizar os meus sonhos;

À Faculdade Vale do Cricaré pelo apoio na realização desta pesquisa.

EPÍGRAFE

“Depois de escalar uma grande montanha se descobre que existem muitas outras montanhas para escalar”

Nelson Mandela.

RESUMO

O presente estudo buscou refletir sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro não aceita a prova ilícita como instrumento probatório da inocência de um fato imputado como criminoso. Ademais, ressalta-se a importância da Constituição Federal do ano de 1988 e em especial a proteção das garantias fundamentais, em especial as individuais. É importante frisar que prova é todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência da veracidade dos fatos em uma persecução criminal, contudo, o artigo 157 do Código de Processo Penal regulamentou no sentido de que as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas dos autos do processo criminal. Diante da norma penal, observou-se ainda que a não aceitação da referida prova pelo ordenamento jurídico brasileiro poderá deixar em vulnerabilidade direitos fundamentais imputados a pessoa humana no território brasileiro. A base literária para o referido estudo será a Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 e o Código de Processo Penal Brasileiro. Justifica-se a pesquisa pela relevância do tema para a sociedade e para o legislador infraconstitucional. Diante do exposto, questiona-se será que o artigo 157 do Código de Processo Penal está colocando em risco direitos fundamentais imputados a pessoa humana no Brasil? As coletas das informações serão realizadas por meio de levantamento bibliográfico, como: artigos científicos, revista científica, dissertações, teses, e-book, livros, sites oficiais do governo entre outros. A análise e interpretação dos resultados foram feitas de forma qualitativa, utilizando a estatística descritiva que mostraram os seguintes resultados: O artigo 157 do CPP/1941, a doutrina, e os Tribunais Superiores entendem que a prova ilícita é inadmissível, sendo observado o princípio da prosperidade, considera-se que a referida prova fere os princípios e garantias fundamentais constitucionais imputados ao ser humano.

Palavras-chave: Processo; Penal; Prova; Ilícita.

ABSTRACT

The present study sought to reflect on the admissibility of unlawful evidence in Brazilian criminal proceedings, in view of the Brazilian legal system, and does not accept unlawful evidence as a probative instrument of the innocence of a fact imputed as criminal. Moreover, the importance of the Federal Constitution of 1988 and in particular the protection of fundamental guarantees, especially individual ones, is emphasized. It is important to emphasize that proof is every element by which it seeks to show the existence of the veracity of the facts in a criminal prosecution, however, Article 157 of the Code of Criminal Procedure regulated in the sense that illicit evidence is inadmissible, and should be disembowelled from the criminal proceedings. In view of the criminal norm, it was also observed that the non-acceptance of this evidence by the Brazilian legal system may leave in vulnerability fundamental rights imputed to the human person in The Brazilian territory. The literary basis for this study will be the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the Brazilian Code of Criminal Procedure. The research is justified for the relevance of the theme to society and to the infraconstitutional legislature. Given the foregoing, is it questioned is that Article 157 of the Code of Criminal Procedure is endangering fundamental rights imputed to the human person in Brazil? The information will be collected through a bibliographic survey, such as: scientific articles, scientific journal, dissertations, theses, e-book, books, official government websites, among others. The analysis and interpretation of the results were done qualitatively, using descriptive statistics that showed the following results: Article 157 of the CPP/1941, the doctrine, and the Higher Courts understand that the unlawful evidence is inadmissible, being observed the principle of prosperity, it is considered that this evidence hurts the fundamental constitutional principles and guarantees attributed to the human being.

Keywords: Process; Criminal; Proof; Illicit.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CONCEITO DE PROVA	12
2.1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	15
3 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS	24
3.1 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	29
4 ASPECTOS DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ...	32
4.2 ENTENDIMENTO DO STF SOBRE PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	37
5 PERCURSO METODOLÓGICO	42
6 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem como objetivo propor uma reflexão sobre prova ilícita no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, considerando que o Estado brasileiro para manter a ordem pública invoca o direito penal visando punir a pessoa humana que comete delito penal, atribuindo-a aplicação da pena de privação da liberdade, sendo observado o princípio da proporcionalidade previsto no direito penal. No entanto, considera-se ainda que a liberdade é um direito fundamental individual e indisponível previsto no artigo 5º e incisos da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

Ademais, é importante frisar que o entendimento sobre prova ilícita pode ser absoluto ou não no direito penal, depende da ofensa em relação aos direitos fundamentais imputados a pessoa humana, verifica-se que as pessoas humanas brasileira ou estrangeira residente no país, possuem a proteção das garantias fundamentais, como a indisponibilidade da vida, a segurança, a propriedade e sobretudo, a liberdade, podendo ser invocados a qualquer momento. Neste prisma percebe-se que os Tribunais Superiores em relação ao instituto prova ilícita segue na íntegra a Carta Magna do país, expressando que são inadmissíveis a prova ilícita no ordenamento jurídico penal Brasil. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) órgão judiciário e protetor da Constituição Federal, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm publicado decisões no sentido de proteger os direitos fundamentais indisponíveis.

Contudo, nota-se que a doutrina brasileira admite que diante da norma constitucional e do direito processual penal a prova originalmente ilícita pode se tornar lícita por derivação, de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores.

Diante do exposto, sente-se que há conflitos no ordenamento jurídico do país em relação a prova ilícita perante o processo penal brasileiro, entende-se que não são admissíveis a prova ilícita porque fere no que tange direitos fundamentais individuais indisponíveis, no entanto, o princípio da inocência, da ampla defesa e do contraditório é um direito fundamental e individual, e nesse pensar, podem não estar sendo observados pelas cortes superiores do país, tendo em vista a supremacia dos princípios fundamentais constitucionais.

Justifica-se o presente trabalho de pesquisa pela relevância do tema para a sociedade, legislador infraconstitucional e o poder judiciário. considerando que a prova é o instrumento mais importante para aqueles que estão ceifados da sua liberdade, pois, somente ela é capaz de produzir a veracidade sobre um fato imputado como crime, a prova é o único instrumento capaz de esclarecer, elucidar ou modificar uma decisão judicial ou administrativa.

A pesquisa busca refletir sobre as provas a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro sob a égide do entendimento dos Tribunais Superiores do país.

Para compreender a proposta do trabalho de pesquisa irá fazer um breve conceito sobre prova, buscando evidenciar o instituto provas no ordenamento jurídico penal brasileiro. A posteriori ressaltará os princípios fundamentais constitucionais, dando ênfase ao princípio da proporcionalidade. E para sedimentar o entendimento buscará ainda suscitar os aspectos das provas ilícitas no processo penal brasileiro, invocando os entendimentos dos Tribunais Superior do país.

Para o percurso metodológico adotou a pesquisa exploratória, justifica-se o tipo de pesquisa por esta possuir como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias. Neste ponto, considerou-se que o tema abordado visa suscitar uma reflexão sobre a admissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal, por essa razão se fez necessário fazer o chamamento da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código de Processo Penal, como bases literárias objetivando sedimentar a compreensão sobre a referida pesquisa.

A revisão de literatura terá ainda terá como bases as doutrinas de Robério Greco, Alexandre de Moraes e Renato Brasileiro Lima, as publicações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça entre outros.

O objetivo geral desta pesquisa é fornecer subsídios que colaborem com o entendimento sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro.

Os objetivos específicos são:

- Conhecer o conceito sobre prova;
- Demonstrar a relevância da prova ilícita no processo penal;

- Apresentar os princípios e garantias fundamentais, em especial o princípio da proporcionalidade;
- Refletir sobre o entendimento dos Tribunais sobre prova ilícita.

Considera-se que a proposta de estudo poderá contribuir para ratificar sobre o entendimento da prova ilícita e direitos e garantias fundamentais no direito processual penal brasileiro.

2 CONCEITO DE PROVA

A priori, prova é um instrumento de maior relevância para as pessoas que ingressam com uma ação no poder judiciário do país, pois, ele é o elemento que possui como premissa formar o convencimento do juiz e das partes envolvidas no processo.

Para Carvalho et al. (1971), a prova é a certeza que resulta da confirmação ou concordância entre as coisas ou operações confrontadas, e, contrariamente, a informação, invalidação ou desacordo entre as mesmas é indício de erro ou ineficácia, conforme o caso.

Os autores afirmam ainda que:

Primeiramente, em sentido lato, consiste na verificação de determinado evento, ou seja, de tudo o que demonstre a ocorrência de um fato, de suas características, na indagação, enfim, da verdade. De ordinário, propõe DELLEPIANE: prova é sinônimo de ensaio, experimentação, revisão, realizados com o fim de aquilatar da bondade, eficácia ou exatidão de algo, quer seja uma coisa material ou uma operação mental, traduzida ou não em atos, em resultados. Tal ocorre quando se põe em marcha na máquina para verificar se funciona bem, se satisfaz o seu fim, confrontando-se assim, em certo modo, a teoria com a realidade prática. Examinadas com mais vagar as coisas, descobre-se, no fundo de toda prova, o elemento que vimos de referir: a confrontação. "Toda prova reduz-se, em última análise, a uma comparação ou confrontação: a confrontação de uma coisa ou de uma operação de que se dúvida com outras coisas ou operações, afim de certificar. (CARVALHO, PERUCKER, 1971 apud DELLEPIANE).

Neste sentido, o Dicionário Melhoramento da língua portuguesa (2009, p. 238) conceitua a palavra prova como sendo "indício, mostra, sinal, exame, concurso, ensaio, experiência."

Contudo, Cagliari (2001, p. 1-2) conceitua prova na seguinte visão:

O vocábulo prova origina-se do latim probatio, que por sua vez emana do verbo probare, com o significado de demonstrar, reconhecer, formar juízo de. "Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado". A demonstração dos fatos em que se assenta a pretensão do autor, e daquilo que o réu alega em resistência a essa pretensão, é o que constitui a prova. Vê-se, para logo, que a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário.

Para Greco (2004), a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida, justificando que todos fazem uso cotidiano da prova para caracterizar a existência de fatos considerados verdadeiros, e que as vezes a vida exige a sua comprovação. Assim, quando esses fatos ameaçam a existência ou a eficácia de direitos subjetivos imputados ao ser humano previsto na Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988, a prova é o elemento que suscita a verdade absoluta do fato.

Figura 1 – Ilustração de um instrumento que busca da verdade



Fonte: gazetaarcadas.com, 2019.

O instrumento citado acima é utilizado na literatura brasileira por um investigador particular como forma de encontrar vestígios de prova de um fato imputado como típico que talvez seja antijurídico não sabendo ainda se é culpável, mas, com objetivo de trazer à tona a verdade real.

Nesse pensamento, Taborda (2012, p. 22-23) apud Bueno (2010, p. 261) diz que prova é:

Prova é a palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os

eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento [...] não se refere a provar qualquer fato mas, apenas e tão somente, os fatos que, direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar.

Sobretudo, Lima (2020, p. 657-658) tem convicção de que:

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

- 1) **Prova como atividade probatória:** consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento.² Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. Sob esse prisma, pode-se dizer que há, para as partes, um direito à prova (*right to evidence*, em inglês), que funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar à parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou de acusação. Conquanto constitucionalmente assegurado, esse direito à prova, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto. Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido pelo respeito aos direitos fundamentais e plantado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI);
- 2) **Prova como resultado:** caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. Por mais que não seja possível se atingir uma verdade irrefutável acerca dos acontecimentos ocorridos no passado, é possível atingir um conhecimento processualmente verdadeiro acerca dos fatos controversos inseridos no processo sempre que, por meio da atividade probatória desenvolvida, sejam obtidos elementos capazes de autorizar um determinado grau de certeza acerca da ocorrência daqueles mesmos fatos;
- 3) **Prova como meio:** são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática, cujo conceito será trabalhado com mais detalhes logo abaixo.

O código de processo Penal designa que a colheita de prova é para esclarecimento do fato e suas circunstanciais, esse entendimento possui previsão legal no artigo 6º, inciso III do referido Código, conforme a seguir:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias. (BRASIL, 1941).

Diante dos conceitos doutrinários e da previsão legal no Código de Processo Penal vigente no país, percebe-se que a palavra prova no ordenamento jurídico brasileiro é o instrumento utilizado pelas partes em um litígio judicial perante o poder judiciário com o objetivo de provar e comprovar a veracidade dos fatos alegados perante a autoridade judicial, visando formar o seu convencimento.

2.1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A priori, nota-se que para sedimentar o entendimento sobre prova no Direito Processual Penal brasileiro vigente, é necessário verificar o título VII do referido diploma legal, haja visto que a prova é todo elemento que serve para esclarecer um fato circunstancial que se refere a um fato.

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 buscou proteger a garantia dos direitos fundamentais individuais e coletivo, contudo, observa-se que de forma implícita o legislador constitucional introduziu o direito de se defender em juízo, conforme citação abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 1988).

E sobretudo,

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

Os referidos princípios acima expostos, ambos previstos no rol das garantias fundamentais individuais da Carta Magna de 1988, suscita a ideia de que a prova no Direito Penal é um elemento muito importante para provar a inocência, considerando que o Direito Penal objetiva a atividade punitiva estatal.

Contudo, não são admitidas no ordenamento jurídico penal brasileiro todos os meios de prova, por essa razão é necessário entender o elemento prova perante o Direito Processual do brasileiro.

Neste entendimento, o título VII do Código de Processo Penal apresenta aspectos relevantes dos meios de provas, conforme a seguirem:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL, 1941).

Lima (2020, p. 658-659) diz que provas cautelares e não repetíveis e antecipadas são:

a) Provas cautelares: são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica. Tal medida investigatória, que tem no elemento da surpresa verdadeiro pressuposto de sua eficácia, depende de prévia autorização judicial, sendo que o investigado só terá conhecimento de sua realização após a conclusão das diligências. Quando estamos diante de medidas cautelares *inaudita altera parte*, a parte contrária só poderá contraditá-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina de contraditório diferido, postergado ou adiado;

b) Prova não repetível: é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. O exame pericial levado a efeito imediatamente após a prática do delito dificilmente poderá ser realizado novamente, já que os vestígios deixados pela infração penal irão desaparecer. Ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, sua produção independe de prévia autorização judicial, podendo ser determinada pela própria autoridade policial imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa. Como dispõe o art. 6º, inciso VII, do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, dentre outras diligências, determinar que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias. Perceba-se que, nos mesmos moldes do que ocorre com as provas cautelares, o contraditório também será diferido em relação às provas não repetíveis. Para que possam ser utilizadas

no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade. Não há, todavia, necessidade de realizá-las novamente no curso do processo penal, até mesmo porque provavelmente isso não seria possível. Bom exemplo disso, aliás, é o quanto previsto no art. 159, § 5º, inciso I, do CPP, que permite às partes, durante o curso do processo judicial, requerer a oitiva dos peritos para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos;

c) provas antecipadas: são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo indispensável prévia autorização judicial. É o caso do denominado depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, previsto no art. 225 do CPP. Supondo-se que determinada testemunha presencial do delito esteja hospitalizada, em grave estado de saúde, afigura-se possível a colheita antecipada de seu depoimento, o que será feito com a presença do juiz, e com a participação das partes sob contraditório. Caso ainda não haja uma pessoa formalmente apontada como suspeita da prática do delito, deve o magistrado diligenciar para que a defesa técnica seja patrocinada por um advogado dativo. Nesse caso, o depoimento ficará integrado aos autos com o mesmo valor legal que teria caso fosse prestado no curso da instrução. Outro exemplo de prova antecipada é aquele constante do art. 366 do CPP, em que, determinada a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado por edital, não tenha comparecido nem constituído defensor, poderá ser determinada pelo juiz a produção antecipada de provas urgentes, nos termos do art. 225 do CPP. Nesse caso, para que se imponha a antecipação da prova urgente, deve a acusação justificá-la de maneira satisfatória (v.g., ofendido com idade avançada). Isso porque, na visão dos Tribunais Superiores, a inquirição de testemunha, por si só, não pode ser considerada prova urgente, e a mera referência aos limites da memória humana não é suficiente para determinar a medida excepcional. Sobre o assunto, dispõe a súmula nº 455 do STJ que “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, com vigência um ano depois de sua publicação oficial, também dispõe que o depoimento especial, assim compreendido o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária, deverá ser realizado uma única vez, sempre que possível, em sede de *produção antecipada de prova judicial*, garantida a ampla defesa do investigado (art. 11, *caput*). Aliás, consoante disposto em seu art. 11, §1º, o depoimento especial deverá seguir o rito cautelar de antecipação de prova: I – quando a criança ou adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II – em caso de violência sexual. O Código de Processo Penal silencia acerca do procedimento a ser adotado no caso de colheita dessa prova antecipada. Não obstante, com fundamento no art. 3º do CPP, queremos crer ser possível a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, que trata de maneira expressa da matéria nos arts. 381 a 383.

Nota-se que as provas cautelares não possuem urgência para sua coleta, considerando que as mesmas não irão se perder em detrimento do tempo. Contudo, as provas não repetíveis e as antecipadas não possuem aspecto de urgência para serem produzidas, caso contrário, poderão se perder no decorrer do tempo.

Ademais, verifica-se que o Código de Processo Penal entende que:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL, 1941).

No quesito provas no direito processual criminal entende que são meios de provas:

O exame de corpo delito possui previsão legal artigo 158, parágrafo único e incisos I e I e artigo 184 do CPP/1941, onde informa que:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018).

I - Violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018).

II - Violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018).

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. (BRASIL, 1941).

O interrogatório do acusado também possui previsão legal no artigo 185 § 1º e 2º do CPP/1941, atribuindo que:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009) (BRASIL, 1941).

A confissão é um meio de prova no direito processual penal e encontra previsão nos artigos 197, 198, 199 e 200 do CPP/1941, conforme texto a seguir:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e esta existe compatibilidade ou concordância.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto. (BRASIL, 1941).

O ofendido também poderá produzir provas, a sua previsão está explícita no artigo 201 e § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, § 5º e § 1º do CPP/1941:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

A testemunha é um outro meio de prova no Direito Processual Penal, está previsto nos artigos 202 e seguintes:

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. (BRASIL, 1941).

O reconhecimento de pessoas e das coisas poderão contribuir como meio de prova está disposto nos artigos 226, inciso I, II, III e IV e parágrafo único, e artigos 227 e 228, conforme abaixo:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - A pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - Se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - Do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. (BRASIL, 1941).

A acareação é também considerada um meio da prova e possui previsão no artigo 229, parágrafo único e artigo 230, demonstrando que:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a estas se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente. (BRASIL, 1941).

O documento é verdadeiramente um outro meio de prova perante o Código de Processo Penal, conforme artigos abaixo:

Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.

Art. 236. Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade.

Art. 237. As públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade.

Art. 238. Os documentos originais, juntos a processo findo, quando não exista motivo relevante que justifique a sua conservação nos autos, poderão, mediante requerimento, e ouvido o Ministério Público, ser entregues à parte que os produziu, ficando traslado nos autos. (BRASIL, 1941).

A busca e Apreensão é considerado um meio de prova a ser produzida, possui previsão nos artigos 240 § 1º, alínea a, b, c, d, e, f, g, h, do CPP/1941, conforme a seguir:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção. (BRASIL, 1941).

Sobretudo, verifica-se que o artigo 5º inciso LVI da Constituição da República do ano de 1988 traz como direito e garantia fundamental que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. ”

Neste entendimento, o Código de Processo Penal respeita a Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 como norma superior, quando versa que:

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)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

Diante do exposto, entende-se que o Código Penal Brasileiro está em consonância com a Constituição da República do Brasil do ano de 1988, quando entende que o elemento prova possui duas vertentes distintas no ordenamento jurídico penal brasileiro, a corrente, prova lícita admitida para formar o convencimento do juiz, e a segunda corrente a prova ilícita não admitida no ordenamento penal jurídico brasileiro, considerando que o referido meio de prova fere no que tange os princípios e os direitos fundamentais imputados a pessoa humana no Brasil.

3 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Antes de adentrar na matéria é preciso compreender que os princípios fundamentais constitucionais são a base protetora dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos perante o ordenamento jurídico penal brasileiro.

Neste entendimento, observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 na busca da referida proteção dispôs que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (BRASIL, 1988).

Figura 2 - Demonstra a forma como é tratado um investigado no Brasil.



Fonte: Costa (2019).

Extraí da imagem acima que a priori o acusado é culpado até que se prove a sua inocência, no entanto, o princípio da inocência regula que ninguém será culpado até o trânsito julgado da sentença, priorizando os princípios da ampla defesa e do contraditório e da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que a referida Constituição buscou harmonizar os princípios constitucionais imputados a pessoa humana com o Direito Penal Processual

brasileiro, considerando que o referido direito é instrumento jurídico utilizado pelo Estado brasileiro para punir o ser humano que comete infração penal no país.

Barbagalo (2015, p. 35) diz que:

O direito penal, por sua vez, somente se legitima pela aplicação das penas previstas para os infratores, punição esta que poderá ser implementada após regular atividade processual com observação procedimental da presunção de inocência e de todos os consectários do devido processo legal. Nesta linha, a presunção de inocência encerra direito fundamental, e qualquer processo que se pretenda legítimo deve respeitá-la. Contudo o processo penal deve atender à sua finalidade instrumental, efetivando em tempo adequado a proposta penal. Por ser uma intervenção estatal com claros reflexos sociais, a razão e a certeza devem presidir o processo penal.

Na visão de Oliveira (2020) a presunção de inocência é um forte indicador do quanto o ser humano é importante para o Estado e a sociedade. A garantia constitucional influencia decisivamente na forma de compreender e aplicar as normas processuais penais ao trazer regras sobre o ônus da prova e regras de tratamento.

Para Lima (2020) entende-se que o direito de defesa previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no art. 5º, inciso LV e o princípio da presunção de inocência previsto na CF/1988, art. 5º, inciso LVII devem preponderar no confronto com o direito de punir do Estado brasileiro, observando que, seria inadmissível que alguém fosse condenado injustamente pelo simples fato de sua inocência ter sido comprovada por meio de uma prova obtida por meios ilícitos. Em outro aspecto, ao Estado não pode interessar a punição de um inocente pelo simples fato da prova ser ilícita.

A Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988, salienta ainda que:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela EC n. 45/2004). (BRASIL, 1988).

No Brasil, o devido processo legal foi expressamente tratado na Constituição da República de 1988, e está disposto no seu artigo 5º, inciso LIV, bem como na sistematização com outros princípios também previstos na Constituição, princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, entre outros. Ainda que não expressamente previsto nas Cartas anteriores, parte da doutrina entende que o referido princípio estava nelas implícito, como reflexo proveniente dos direitos norte-americano e europeu. (POLI, 2014, p. 444 apud BONATO, 2003, p. 18).

Neste pensar, a dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos. Este é um de seus pilares. É da ética que se extrai o princípio de que os homens devem ter os seus interesses igualmente considerados, independentemente de raça, gênero, capacidade ou outras características individuais. (ANDRADE, 2003, p. 318).

Na opinião de Adams (2020), a Constituição garante o contraditório e a ampla defesa como elementos essenciais ao processo, mas, não obriga ao Juiz o dever fundamental de ouvir. No seu entendimento, o contraditório é normalizado no direito de peticionar, de recorrer e apresentar memoriais, mas a tudo isto não surge a obrigação essencial de prestar atenção aos argumentos.

O autor argumenta ainda que:

O juiz, ao selecionar os argumentos a serem apreciados, ignorando os demais, retira a possibilidade da refutação impugnar a conjectura no processo de conhecimento, já que a escolha passa ser arbitrada pelo conveniência de quem decide. Em outras palavras, ao Juiz escolher os argumentos que deseja para a sua sentença, sem necessidade de apreciar os demais apresentados, surge como resultado a afirmação da conjectura sem o exercício da refutação. Limitaríamos o conhecimento e, no nosso caso, a Justiça aos sábios de plantão, controladores da verdade dos fatos e do direito, tornando desnecessários qualquer sistema de justiça baseado em uma sociedade aberta.

Portanto, para um direito efetivo, na sua função civilizatório de implementar a Justiça, é essencial que o Juiz seja de forma efetiva comprometido em ouvir as partes (não apenas deixa-las falar) e endereçar todas as refutações apresentadas nos seus argumentos, inclusive para poder afirmar as que não sejam aplicáveis. Com isto cria-se um ambiente mais confiante e seguro em relação às decisões judiciais, em que seja possível dispensar o volume impressionante de recursos judiciais que povoam as nossas cortes e tribunais. (ADAMS, 2020, p.1).

Para Angelo (2020), um rapaz, ficou preso de 2017 a 2020, inicialmente provisoriamente aguardando julgamento e, depois, com a pena já devidamente fixada

em 14 anos de prisão. A sentença foi confirmada no ano de 2017 pelo TJ/PR. O caso ganhou notoriedade em maio de 2020, quando a Defensoria Pública passou a defender o réu. A instituição constatou que o Instituto Médico Legal, ao realizar na mulher o laudo da conjunção carnal, verificou a presença de sêmen, que foi colhido e armazenado. O próprio TJ/PR admitiu o uso do material como prova. Nesse momento, foi feito, então, um exame de vínculo genético, que constatou não haver correspondência entre o sêmen e o suposto autor do crime.

Contudo, Angelo (2020, p. 1) destaca as irregularidades do referido caso, conforme a seguir:

A apuração do caso foi marcada por uma série de irregularidades e inconsistências, tanto no que diz respeito aos objetos colhidos para provar a autoria delitiva, quanto à atuação dos policiais que efetuaram a prisão.

O homem foi detido por guardas municipais mais de uma hora depois do crime, a cerca de 2,4 km de onde ocorreu o estupro. Os agentes que efetuaram a prisão afirmaram em depoimento que decidiram proceder com a abordagem depois que ouviram uma descrição do suspeito via rádio.

De início, a vítima afirmou que o autor vestia calça de moletom clara, camisa de manga longa cinza e preta, boné preto e tinha barba. Já em juízo, disse que o homem usava calça de moletom preta, camisa preta, tinha cabelo grisalho, cara de velho e barba.

Também informou que o criminoso segurou a sua cabeça, de modo que ela não conseguisse ver o seu rosto, e que permaneceu o tempo todo sob a ameaça de uma faca. O homem levou um aparelho celular, uma carteira de cigarros, um espelho e R\$ 115 em espécie. Ao ser feita a abordagem, no entanto, os policiais não encontraram nenhum dos itens subtraídos.

Além disso, os agentes teriam encontrado uma faca na mochila do suspeito, tal como descrito pela vítima. Em depoimento, entretanto, um dos guardas municipais diz que o objeto era, na verdade, uma tesoura dividida pela metade.

Na mochila dele tinha uma arma branca, era uma tesoura que corta grama, com uma parte dela só, que eu lembro que era isso na bolsa dele; celular e cigarro, acho que não tinha", disse o agente.

O suspeito confirmou em seu depoimento que o item se tratava de uma tesoura que ele havia achado na rua. "Eles falaram que eu usei aquilo ali, sendo que nem faca era aquilo. É um objeto de metal que eu ia vender junto com umas latinhas que eu tinha em casa", afirmou em juízo.

O Judiciário também acabou empacando o caso. De início, por exemplo, o uso do sêmen colhido no exame feito na vítima não foi admitido como prova pela 4ª Câmara Criminal do TJ-PR.

A corte entendeu que a condenação deveria ser mantida porque a palavra da vítima sobre os fatos estava em harmonia com os demais elementos de prova. Por isso, na ocasião, sequer foi feito o exame de DNA que poderia ter antecipado a absolvição.

Angelo (2020, p. 1) acredita ainda que:

O reconhecimento do réu também foi feito de modo irregular. Isso porque artigo 226 do Código de Processo Penal dispõe que nesses procedimentos o suspeito deve ser colocado ao lado de outras pessoas com quem tem alguma semelhança. No caso em concreto, por outro lado, apenas o acusado foi colocado na frente da vítima. Isso foi atestado pelo depoimento de dois guardas municipais ouvidos nos autos do processo. Assim, a prisão e a condenação se deram quase exclusivamente com base em um reconhecimento irregular.

Na situação em análise, apesar da vítima ter sido a única pessoa que estava presente no momento do fato, tal condenação poderia ter sido evitada caso o procedimento pessoal respeitasse o previsto no CPP. O fato deste procedimento ter sido absolutamente violado pela autoridade policial e ser convalidado duas vezes pelo Poder Judiciário fez com que um inocente fosse condenado.

Diante do fato, percebe-se no caso narrado acima produz sentimento de incerteza em relação a aplicabilidade dos princípios constitucionais como base protetora dos direitos imputados à todas as pessoas no território brasileiro. Considerando que o TJ/PR entendeu que o indiciado já era culpado sem ter observado os princípios da inocência, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, o instituto das provas, e sobretudo, não deixou que o réu exercesse o direito de se defender, ferindo assim o princípio da pessoa humana.

Para Rocha (2009), a dignidade da pessoa humana é o mínimo existencial garantido pela Constituição da República Federal do ano de 1988. Ademais, o princípio da dignidade humana é um fundamento da República Federativa do Brasil, ressalto que o princípio da dignidade da pessoa humana não está apenas no direito. É importante frisar que o referido princípio não é reserva do direito e não é respeitado apenas porque está no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal do ano de 1988, mas, deriva da circunstância de termos uma norma constitucional. Ressalto que a Constituição é lei. Ela não é aviso, não é cartilha, não é proposta. A Constituição é uma lei com qualificação especial, da qual decorrem todas as outras. Aliás, o Brasil já teve constituição que nem nome de constituição tinha, mas era observada como se assim fosse na hierarquia das normas de mais alto escalão, como foi a Emenda nº 1. O Brasil também teve documento com nome de constituição, mas as leis não eram aplicadas, como o caso da Carta de 1937. Neste momento atual de democracia, a Constituição brasileira é a lei maior deste país. Ela é a lei que fundamenta a convivência democrática em sociedade.

É importante que fique entendido que somos humanos, como explica Rocha (2020) a Constituição é a lei maior, observa-se que o advento da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 tutelou a proteção constitucional por meio de princípios norteadores imputados ao ser humano. Não se pode admitir que os operadores da justiça entrem em contradição quando indisponibiliza um bem já tutelado pela lei maior do nosso país, é preciso que todos tomem conhecimento dos seus direitos, nesse momento, verifica-se que, de forma corriqueira pessoas inocentes estão sendo privadas do seu mínimo existencial, precisa-se que o Conselho Nacional de Justiça do Brasil impeça o progresso desse ideal de justiça e faça com que o Poder Judiciário do país respeite a Lei Maior.

3.1 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Tendo em vista a importância do princípio da proporcionalidade no processo penal, vem-se por meio deste estudo evidenciar os entendimentos relacionados ao tema, considerando que o princípio da proporcionalidade visa inicialmente dosar a pena imputada à um ser humano pelo Estado como forma de punir a infração penal.

Para Gomes (2003), o conceito de proporcionalidade em sentido estrito, encontra-se relacionado ao campo da verificação do significado de valores objetos e tutela do Estado, sendo que uma vez incriminada a conduta afrontosa ao bem jurídico digno de proteção penal, tem lugar a ulterioridade questão acerca da identificação da medida da resposta sancionatória ao delito praticado; o que há de ser verificado, nesta etapa, é a influencia que os limites derivados de princípios superiores geram na atividade legislativa consistente em eleger a medida penal proporcional ao delito praticado.

Na opinião de Moraes (2019), a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma que venha ferir o princípio da isonomia arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados

e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a constituição federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Na visão de Greco (2017), no que diz respeito especificamente à proporcionalidade em um caso concreto, ou seja, aquela conduta criminosa levada a efeito pelo juiz, para sua aferição não é tão tormentosa quanto aquela que deve ser realizada no plano abstrato.

Isso porque os artigos 59 e 68 do Código Penal, informam que:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias **atenuantes e agravantes**; por último, as causas de **diminuição e de aumento**. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL, 1940).

Segundo Greco (2017), ao implementar o critério trifásico (atenuantes, agravantes, diminuição ou aumento) de aplicação da pena, conforme artigo 68 já citado acima, forneceu ao julgador meios para que pudesse, no caso concreto, individualizar a pena do agente, encontrando, com isso, aquela proporcional ao fato por ele cometido. Assim, por exemplo, se depois de analisar, isoladamente, as circunstâncias judiciais o juiz concluir que todas são favoráveis ao agente, jamais poderá determinar pena-base na quantidade máxima cominada ao delito por ele cometido, o que levaria, ao final de todas as três fases, a aplicar uma pena desproporcional ao fato praticado.

Para Lima (2020), o princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa na Constituição Federal do ano de 1988. Contudo, não há como negar que está implícito na própria Carta Magna de 1988, estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal, permitindo 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 (privilegio contra a autoincriminação);
- 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. (LIMA, 2020, p. 84).

Ainda na opinião de Lima (2020), no sentido de conferir segurança e consistência à aplicação do princípio da proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência celebraram pressupostos e requisitos a serem atendidos para que o princípio possa ser aplicado de maneira coerente e legítima. O princípio da proporcionalidade tem como pressuposto formal o princípio da legalidade, e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica.

4 ASPECTOS DA PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No meio jurídico nota-se que de forma recorrente a prova é o instrumento legal para comprovar a veracidade dos fatos narrados em um determinado procedimento judicial ou entenhado nos autos de um processo judicial ou administrativo. Em contrapartida a prova ilícita não é tão comum assim. O artigo 5º inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil do ano 1988 expressa que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 1988).” O artigo 157 do Código de Processo Penal coaduna com a Carta Magna DE 1988 no sentido de informar que também “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” (BRASIL, 1941). Contudo, verifica-se para adentrar-se na matéria é preciso entender o que é prova ilícita.

Lima (2020, p. 685) diz que:

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc. Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Para Santiago (2007) não são consideradas provas ilícitas, aquelas admitidas quando o interessado consente na violação da garantia de direitos fundamentais individuais assegurados pela Carta Magna do ano de 1988 ou pela legislação ordinária, desde que sejam bens ou direitos disponíveis, como a entrada em residência com a permissão do morador.

Segundo Aguiar (2002) a vinculação entre prova ilícita e os direitos fundamentais imputados a pessoa humana sob a égide da Constituição da República

Federativa do Brasil do ano de 1988 estabelece relevante exercício da função da justiça na norma constitucional. À vedação Constitucional à admissibilidade da prova ilícita funciona como garantia dos direitos individuais, subtraindo a eficácia jurídica do ato assim perpetrado e conseqüentemente, retirando o interesse da sua obtenção.

Na visão de Fiorin e Campos (2012), na esfera penal as provas adquirem relevância maior, considerando que elas formam a base para o convencimento do magistrado no momento de proferir por meio de sentença a sua decisão, decisão essa que será fundamentada, considerando as provas entranhadas nos autos do processo judicial, caso não haja provas contundentes, restara à condenação ou a absolvição do acusado.

Os autores relevam ainda que:

A investigação do fato criminoso deve obedecer a uma série de regras preestabelecidas, seja de cunho processual ou material, observando a proteção em prol da defesa social, assim não aceita-se mais uma investida de aplicação da pena a qualquer modo, utilizando-se de provas que vão totalmente contra a moral e as Leis, pois na busca de uma verdade verídica, é necessário utilizar-se de métodos morais e legais para chegar-se a esta finalidade, especialmente na obtenção das provas, que serão a base da fundamentação judicial, neste sentido: “[...] o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo.” (FIORIN, CAMPOS, 2012, p. 570).

Segundo Fassarella e Dalto (2018) com a promulgação da Constituição Federal de 1988, veio também o entendimento sobre as provas ilícitas no Processo Penal que culminou em regra absoluta, sendo considerada premissa fundamental do Estado democrático de direito brasileiro.

Fassarella e Dalto (2018, p. 7) entende que:

No entanto, com o passar do tempo, essa regra de inadmissibilidade foi perdendo o absolutismo que a rodeava, haja vista novos posicionamentos seguindo os princípios da proporcionalidade e da adequabilidade. Presumisse que os princípios ora citados, são os pilares da admissibilidade das ilícitas. Destarte, é de fácil compreensão que ao se admitir deve-se observar com estrita cautela a conveniência junto a proporcionalidade e adequabilidade das provas, para que assim não gerem absurdos jurídicos desfavoráveis com relação as partes.

No processo penal, a prova tem seu valor, haja vista ser instrumento utilizado para demonstrar à verdade dos fatos nos autos, ou seja, busca descobrir o verdadeiro culpado para que o estado-juiz possa puni-lo com uma maior margem de possibilidade de certeza, lembrando-se que sempre o juiz punirá com uma maior proximidade de justiça, nunca de forma exata, haja vista o

direito não urgir exatidão dentro do direito, sendo este submetido com frequência à mudança conforme toda coletividade se moderniza.

A verdade real do juiz não precisa ficar adstrito às informações constantes nos autos, podendo usar de outros elementos para alcançar a verdade e descobrir assim quem de fato é o culpado. Data vênua surge à possibilidade/necessidade de o réu buscar nas provas ilícitas, em medida proporcional, sua inocência, pelo fato de não lhe sobrevier outro meio que não seja aderir às provas ilícitas para provar que não foi quem praticou determinado ilícito.

O ordenamento jurídico ainda suscita a prova ilícita por derivação, diante da matéria Lima (2020, p. 689) informa que:

De nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam. Com efeito, a admissibilidade no processo de provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, isto é, as partes poderiam sentir-se encorajadas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de se servir de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais. Figure-se, no exemplo de Avolio, o próprio policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma confissão extorquida, e, portanto, ilícita, propiciariam a colheita de novas provas, que poderiam ser introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo. Daí a importância do estudo da denominada prova ilícita por derivação.

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. A título de exemplo, suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a localização e apreensão de um cadáver. Apesar de a apreensão do cadáver ser aparentemente lícita, não há como negar que há um nexo causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.

O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso NARDONE v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos), ou *taint doctrine*.

O ápice dessa teoria foi atingido no famoso julgamento MIRANDA v. ARIZONA, de 1966, em que a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser

A, e a prova B documento apreendido mediante ordem judicial em local indicado pela prova A, percebe-se que essa prova também é considerada lícita, porque houve a autorização judicial para apreender o objeto indicado na prova A, resultando também em meio de prova por derivação.

Moraes (2019, p. 251) salienta que:

A Corte, posteriormente, consolidou o entendimento de que a prova ilícita originária *contamina* as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos *frutos da árvore envenenada*, posição essa que se mantém, afirmando que “qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária”, para concluir que “a exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal”, mantendo-se, porém, válidos “os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos”.

O STF, portanto, consagrou que “a doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore venenosa”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal”.

Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita.

Diante da doutrina, nota-se que diante do direito processual penal brasileiro a prova originalmente ilícita pode se tornar lícita por derivação, de acordo o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4.1 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE PROVA ILÍCITA

Inicialmente é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é a corte suprema do Brasil, tem como fundamento a proteção da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988. Já o Superior Tribunal de Justiça é a corte

responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. Neste entendimento, verifica-se que a jurisprudência produzida por esses tribunais em relação a prova ilícita reflete:

Jurisprudência STJ:

A Constituição Federal é expressa e inequívoca ao dispor que não são admitidas as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI, CF/88). O grande desafio, no campo da prova, consiste em encontrar um ponto de equilíbrio entre, de um lado, o dispositivo constitucional que inadmite a produção da prova ilícita e, de outro, a garantia a segurança do cidadão, sobretudo em face do aumento da criminalidade organizada, que exige, para seu combate, meios eficazes, aptos a fazer frente à sofisticação das organizações. Anota Thiago Pierobom de Ávila, que “o direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição”.

Nessa esteira, o STJ firmou a tese de que viola direitos e garantias fundamentais o exame pericial realizado em aparelhos de telefone celular diretamente após a apreensão pela polícia, sem a prévia autorização judicial (REsp 1.727.266/SC, j. 05/06/2018)

Disso decorre que a apreensão de um aparelho de telefone celular pode dar ensejo ao exame e à obtenção de dados e mensagens armazenadas se a autoridade policial providenciar a devida autorização judicial.

Ocorre que as diversas formas de comunicação que a tecnologia tem proporcionado podem levar a situações inusitadas, que escapam ao sistema legal de produção de provas. Uma dessas situações, envolvendo o próprio WhatsApp, foi recentemente apreciada pelo STJ, que concluiu pela ilicitude da prova colhida.

No caso, a polícia investigava o crime de tráfico de drogas e, durante diligências, efetuou a apreensão de um aparelho de telefone celular. A autoridade policial logo pediu autorização judicial para que os investigadores pudessem acompanhar a troca de mensagens no WhatsApp por meio do sistema “Web”, que permite a operação do aplicativo em um computador comum. A autorização foi concedida e o aparelho celular foi devolvido ao investigado, que, sem ter conhecimento do que ocorria, passou a ser monitorado e, em virtude das informações colhidas, teve a prisão preventiva decretada.

Julgando recurso em habeas corpus, o STJ considerou a prova ilícita por falta de previsão legal.

Segundo a ministra Laurita Vaz – relatora do recurso –, a medida decretada tem natureza híbrida, um misto entre interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados. Mas, considerando as características próprias do sistema interceptado e as consequências advindas da hibridez, a inexistência de disciplina legal impede que se admita este meio de prova.

Segundo o tribunal, não seria possível equiparar integralmente a medida à interceptação telefônica porque o acesso ao aplicativo permite não somente a

obtenção irrestrita de toda a comunicação anterior como também possibilita que o agente público interfira na comunicação entre os usuários – inclusive excluindo mensagens –, o que não é possível no monitoramento de conversas telefônicas, que são apenas ouvidas e gravadas. Esta possibilidade de interferência e de manipulação dificulta – quando não impossibilita – que o investigado exerça o contraditório sobre a prova colhida e demonstre, por exemplo, que não se trata de algo integral e que determinados trechos da comunicação foram retirados do contexto. Por isso, concluiu-se:

“Cumpre assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo”. (MEU JURÍDICO, 2018).

O Superior Tribunal de Justiça pública ainda que:

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que são ilegais as provas obtidas por meio de revista íntima realizada em presídio com base em elementos subjetivos ou meras suposições acerca da prática de crime. Para o colegiado, tal conduta contraria o direito à dignidade, à intimidade e à inviolabilidade corporal.

A decisão foi tomada em recurso interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça que absolveu uma ré do crime de tráfico de drogas por entender que a prova contra ela foi colhida em revista íntima realizada sem fundadas razões.

A corte gaúcha aplicou por analogia a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 603.616, no qual se concluiu que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial só é legítimo – a qualquer hora do dia ou da noite – quando houver fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem a ocorrência de flagrante delito no interior da residência.

A acusada foi flagrada com 45,2 gramas de maconha ao tentar ingressar no presídio para visitar seu companheiro. Segundo os autos, ela foi submetida a revista íntima porque um telefonema anônimo levantou a hipótese de que poderia estar traficando drogas.

Em seu voto, o relator do recurso na Sexta Turma, ministro Rogerio Schietti Cruz, lembrou que o procedimento de revista íntima – que por vezes é realizado de forma infundada, vexatória e humilhante – viola tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, além de contrariar recomendações de organismos internacionais.

“É inarredável a afirmação de que a revista íntima, eventualmente, constitui conduta atentatória à dignidade da pessoa humana (um dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito), em razão de, em certas ocasiões, violar brutalmente o direito à intimidade, à inviolabilidade corporal e à convivência familiar entre visitante e preso”, disse o ministro.

Schietti citou resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça, que exige que a revista pessoal seja feita com o uso de equipamentos eletrônicos (como detectores de metais, aparelhos de raios X e escâner corporal) e proíbe qualquer forma de revista que atente contra a integridade física ou psicológica dos visitantes.

Citou ainda a Lei Federal 13.271/2016, que proíbe revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambiente prisional.

O relator também lembrou que, por outro lado, o Estado tem o dever de preservar a segurança dos detentos e dos que precisam entrar nos estabelecimentos penais e, "em sentido mais amplo, o próprio direito social à segurança pública".

"Registro que a segurança nos presídios é um dever em relação ao qual o Estado não pode renunciar, devendo ele ser desempenhado com a eficiência indispensável e adequada à magnitude dos direitos envolvidos, tais como o da segurança pública", afirmou.

A falta de disciplina expressa na legislação federal acerca do tema, de acordo com o ministro, deixou aos estados a regulamentação das visitas íntimas em seus presídios, sendo que, em alguns, o procedimento foi proibido pelo próprio Poder Executivo, enquanto em outros foi vedado por decisões judiciais.

Schietti destacou também que a questão da ilicitude da prova obtida em revista íntima em presídio se encontra pendente de julgamento pelo STF (ARE 959.620, com repercussão geral).

Quanto à regulamentação no Rio Grande do Sul, o ministro ressaltou que há portaria determinando que "todos os visitantes, independentemente da idade, somente poderão ingressar nos estabelecimentos prisionais após serem submetidos a uma revista pessoal e minuciosa, e também a uma revista íntima, se necessário ou mediante fundada suspeita".

Diante da colisão entre dois direitos fundamentais – de um lado, a intimidade, a privacidade e a dignidade; de outro, a segurança –, o relator afirmou que a solução do caso requer o uso da técnica da ponderação, aliada ao princípio da proporcionalidade.

"O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a técnica da ponderação como instrumento de solução de conflitos de interesses embasados em proteção de nível constitucional. Já decidiu a Corte Suprema que a proporcionalidade é um método geral de solução de conflito entre princípios protegidos pela Constituição", declarou.

Ao analisar as circunstâncias da prisão, o relator concordou com o entendimento do tribunal de segunda instância, ressaltando que, após o telefonema anônimo às agentes penitenciárias, não foi realizada nenhuma diligência, e "não houve nenhum outro elemento suficiente o bastante para demonstrar a imprescindibilidade da revista".

Schietti assinalou que a denúncia anônima, por si só, não configura fundada razão para justificar a revista íntima. Diferentemente seria se a ré tivesse sido submetida a equipamento eletrônico capaz de identificar o porte de arma ou drogas.

"Ademais, esclareço que nem sequer houve registro documental dessa 'denúncia anônima' feita ao estabelecimento prisional (quando, por qual meio etc.), o que torna absolutamente impossível de controle a própria existência da notícia", concluiu. (STJ, 2019).

Além da limitação à prova quanto ao estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, do CPP), também não são admitidas as provas obtidas por meios ilícitos, consoante expressa vedação contida na Constituição da República (art. 5º, inc. LVI), cuja aplicação prática, irradiando seus efeitos, acarretou sensível alteração na apreciação do tema, a exigir especial atenção.

Preciosa, nesse aspecto, a observação de Grinover, Scarance e Magalhães, ao ensinarem que “a prova é *ilegal* toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será *ilegítima* (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será *ilicitamente obtida*” (*As nulidades no processo penal*, RT: São Paulo, 1995, p. 115). Poder-se-ia tomar, assim, a prova ilegal como gênero, das quais são espécies a prova ilegítima (que atenta contra norma processual) e a prova ilícita (que viola princípio constitucional).

O grande desafio que se coloca ao lidarmos com a produção de provas consiste em encontrar um ponto de equilíbrio entre, de um lado, o dispositivo constitucional que inadmite a produção da prova ilícita e, de outro, o que garante a segurança do cidadão, sobretudo em face do aumento da chamada criminalidade organizada, cujo combate exige meios eficazes, aptos a fazer frente à sofisticação dessas organizações. Anota Thiago Pierobom de Ávila, que “o direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição” (*Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 96).

Segundo decidiu o STF, a mera suspeita de que o conteúdo de determinada correspondência é ilícito não justifica a devassa sem o pressuposto da autorização judicial ou da presença de um dos interessados. A medida é desproporcional e fere não apenas garantias constitucionais, mas também tratados internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

No caso, um policial militar que exercia suas funções na Coordenadoria de Defesa Civil do Estado do Paraná despachou, no protocolo geral na sede do governo estadual, uma caixa que deveria ser remetida por meio do serviço de envio de correspondência da Administração Pública paranaense. Os funcionários responsáveis pela triagem das correspondências desconfiaram do peso da embalagem e decidiram abri-la para averiguar seu conteúdo, momento em que constataram haver ali trinta e seis frascos de ácido gama-hidroxibutírico e cetamina, substâncias sujeitas a controle especial.

O policial foi condenado a três anos de reclusão por tráfico de drogas cometido por militar em serviço. Em recurso, o Tribunal de Justiça do Paraná considerou a prova lícita e manteve a condenação, mas, no julgamento do RE 1.116.949 (com repercussão geral reconhecida), o STF anulou prova sob o argumento de que é incompatível com a garantia do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas.

Segundo a decisão, a Lei 6.538/78, que dispõe sobre os serviços postais, estabelece, no art. 10, inc. III, que não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta que apresente indícios de conter

valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos. Ocorre que o parágrafo único do mesmo dispositivo impõe que a abertura seja feita na presença do remetente ou do destinatário, o que não se cumpriu. Na falta de quem remeteu ou da pessoa a quem se dirigia a correspondência, apenas a autoridade judicial pode autorizar a abertura. A tese da repercussão geral foi fixada nos seguintes termos:

“Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo”. (MEU JURÍDICO, 2020).

É perceptível o entendimento dos Tribunais Superiores do país em relação a prova ilícita no processo penal brasileiro, devendo ser desentranhada dos autos do processo, independente da ocorrência do ilícito. Haja visto que os tribunais superiores são guardiões da Lei Maior do país, tem como pilar a proteção integral das garantias fundamentais individuais previstas na Carta Magna do ano de 1988, e inerentes a pessoa humana, no entanto, verifica-se que recentemente foi divulgada a audiência da Mariana Ferrer por meio de um vídeo que circulou nos noticiários da TV, em que a sua dignidade foi violentamente afrontada pelo advogado da parte contrária perante a autoridade judicial. Sobretudo, observa-se que a decisão dos tribunais em relação a dignidade da pessoa humana e a privacidade é uma, no entanto, nota-se que o poder judiciário de alguns estados, não tenha a mesma opinião.

5 PERCURSO METODOLÓGICO

Para o percurso metodológico adotou a pesquisa exploratória, justifica-se o tipo de pesquisa por esta possuir como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias.

As pesquisas exploratórias são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral sobre o tema, ou seja, uma aproximação da pesquisa, ela é aplicada especialmente quando o tema escolhido é pouco explorado, e torna-se difícil formular sobre ele uma hipótese. (GIL, 2008).

Neste ponto, considerou-se que o tema abordado visa suscitar uma reflexão sobre a admissibilidade das provas ilícitas no direito processual penal, por essa razão se fez necessário fazer o chamamento da Constituição da República Federativa do Brasil e do Código de Processo Penal, como base literária objetivando sedimentar a compreensão, considerando que há escassez de literatura sobre a matéria.

Neste sentido, a coleta de informação foi realizada por meio de levantamento bibliográfico na: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Código de Processo Penal, artigos científicos, monografias, dissertações, e-books, revista científica, sites do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), entre outros.

É importante frisar que se vive nos dias atuais uma pandemia, onde a orientação é o distanciamento social, sabe-se que o mecanismo de pesquisa utilizado no século XXI é a internet, e por essa razão utilizou-se a internet como meio de busca para as referências bibliográficas.

A pesquisa em tela ocorreu no período de 01 de outubro de 2020 à 21 de novembro de 2020.

A priori buscou conceituar a palavra prova visando ter conhecimento para desenvolver o tema proposto.

A posteriori ressaltar os princípios constitucionais fundamentais, evidenciando os princípios: da inocência, do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal e sobretudo da dignidade da pessoa humana. Logo em seguida, buscou apresentar o

princípio da proporcionalidade no direito penal, tendo como objetivo demonstrar a sua eficácia diante do tema abordado.

A pesquisa buscou ainda mostrar os aspectos das provas ilícitas no processo penal brasileiro, considerando que a vida é um direito indisponível no ordenamento jurídico brasileiro, e a prova ilícita pode ser o instrumento que poderá colocar em risco eminente um direito indisponível, e finalmente compreender o entendimento sobre prova ilícita no ordenamento jurídico sob a égide dos Tribunais Superiores do país. Para a análise dos dados foi utilizada a análise qualitativa para descrever melhor os dados coletados. (GIL, 2016, p. 175).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou trazer uma visão extrospectiva em relação ao entendimento dos Tribunais superiores sobre a inadmissibilidade da prova ilícita em face dos direitos e garantias fundamentais, considerando que todos são inocentes até sentença transitada em julgada, sendo garantido pela Carta Magna o direito à ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal. Nesse ponto, busca refletir sobre a hierarquia dos direitos fundamentais imputados a pessoa humana no Brasil, considerando que o princípio da dignidade humana é um fundamento da República e do outro lado o princípio da proporcionalidade previsto no direito processual penal complementa essa garantia, em outro prisma o direito de provar está impacto implicitamente no princípio da inocência e da ampla defesa, considerando que o direito processual penal tem como função privar a liberdade de quem comete delito penal.

Contudo, percebeu-se que os doutrinadores como Alexandre de Moraes e Renato Brasileiro de Lima reconhecem que diante da proteção constitucional não há admissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico penal brasileiro, no entanto, há previsão da aceitação da prova considerada ilícita por derivação, ou seja, a prova considerada ilícita continuará sendo ilícita, no entanto, a descoberta de uma nova por meio da prova ilícita poderá ser considerada lícita, esse é o entendimento dos Tribunais, conforme preceitua a doutrina.

No entanto, notou-se que ao passar dos anos novos entendimentos foram introduzidos no ordenamento jurídico penal brasileiro, considerando que se a prova ilícita for trazida aos autos do processo pela defesa do réu preso, pode, não quer dizer que deve, ser apreciada sob análise da hierarquia dos princípios, direitos e garantias fundamentais imputados à pessoa humana, considerando ainda que se a referida prova ilícita apresentar indícios da inocência do réu, fato considerado relevante para a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade. Entende-se que a violação de correspondência, de revista íntima, vídeo ou áudio sem autorização da justiça entre outros, não pode ser óbice para manter uma pessoa privada da sua liberdade, fato considerado moralmente desumano.

É neste momento, a importância da reflexão sobre o exercício da cidadania é importante que fique entendido que somos humanos. O advento da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988 tutelou a proteção constitucional por meio de princípios norteadores imputados ao ser humano. Não se pode admitir que os operadores da justiça entrem em contradição indisponibilizando um bem já tutelado pela lei maior do nosso país, é preciso que todos tomem conhecimento dos seus direitos, esse é o verdadeiro exercício da cidadania.

É preciso refletir sobre esse tema, considerando que de forma corriqueira pessoas inocentes estão sendo privadas do seu mínimo existencial, a sua dignidade.

Percebe-se que o princípio da inocência é da ampla defesa e do contraditório não estão sendo observados pelos Tribunais Regionais. No ano 2017 um homem foi preso acusado de estupro e roubo, a persecução penal foi realizada pela polícia municipal, ao prender o suspeito dos supostos crimes, a autoridade policial colocou-o na presença da vítima e pediu o seu reconhecimento, contrariando o procedimento padrão para o correto reconhecimento.

O referido caso ganhou notoriedade quando foi publicado na internet um artigo narrando o fato. Verificou-se que à época foi realizado o exame de corpo delito, o Instituto Médico legal recolheu o sêmen do agressor, mas, a autoridade judicial não aceitou aquela prova, pois, considerou o reconhecimento da vítima como meio de prova lícita, o homem preso é sobretudo, um ser humano, imputado de garantias fundamentais, no entanto, foi condenado à 14 anos de prisão, o sentimento em relação a essa condenação é que fraudaram os princípios da inocência e da ampla defesa.

Veja, após 3 (três) anos de reclusão, a defensoria pública tomou conhecimento do caso, e pediu o reexame, considerando que a prova do crime não havia sido exaurida pela autoridade judicial, pois, o sêmen do agressor ainda estava disponível no Instituto Médico legal. Neste diapasão, ao fazer o reexame da prova do sêmen encontrado na vítima, provou que não era o sêmen do já apenado, fato que compromete o entendimento dos Tribunais Superiores em relação aos direitos e garantias fundamentais em detrimento a prova lícita. Neste caso, ficou nítido que o interesse maior não foi proteger um bem jurídico tutela, ao contrário, foi punir um bem jurídico tutelado, com agravante, em tempos de pandemia Covid 19.

Ademais, é perceptível o entendimento dos Tribunais Superiores do país em relação a prova ilícita no processo penal brasileiro, devendo ser desentranhada dos autos do processo, independente da ocorrência do ilícito. Haja visto que os tribunais superiores são guardiões da Lei Maior do país, tem como pilar a proteção integral das garantias fundamentais individuais previstas na Carta Magna do ano de 1988, e inerentes a pessoa humana. No entanto, verificou-se ainda que recentemente foi divulgada a audiência da Mariana Ferrer por meio de um vídeo que circulou nos noticiários da TV, em que a sua dignidade foi violentamente afrontada pelo advogado da parte contrária, o juiz que presidia a sessão continuou inerte em relação ao fato caracterizador. Contudo, observa-se que violar correspondência, revista íntima, análise das conversas por WhatsApp, sem autorização judicial é ilícito, mas, ser humilhada, torturada diante da autoridade judiciária é lícito, notou-se a inversão de valores em relação dos Tribunais de Justiça Estaduais do país.

REFERÊNCIAS

ADAMS, L. I. Conjur. **A sentença e a importância do contraditório e a ampla defesa**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/publico-privado-sentenca-importancia-contraditorio-ampla-defesa>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

ANDRADE, A. G. C. Juíz de Direito do TJ/RJ. **O princípio fundamental da dignidade humana e a sua concretização judicial**. 2003. p. 318. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2020.

AGUIAR, F. M. A. Dissertação. **A admissibilidade de provas ilícitas por derivação no direito processual penal**. Universidade Federal de Pernambuco. Brasília. 2002, p. 77. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4615/1/arquivo6011_1.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

ANGELO, T. Conjur. **Homem condenado por estupro e roubo é inocentado após análise de material genético**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/homem-condenado-estupro-absolvido-exame-genetico>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BARBAGALO, F. B. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais. Escola de administração judiciária**. 2015, p. 35. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei, 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF**. 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 3 nov. 2020.

CAGLIARI, J. F. Revista Justitia. Promotor de Justiça de São Paulo. **Prova no Processo Penal**. 2001, p. 1-2. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

CARVALHO, D. A. P. et al. **Conceito de prova**. Brasília. 1971, p. 49. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35146/conceito%20de%20prova.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

COSTA, G. S. A presunção da inocência coo um direito. **Imagem culpado ou inocente**. 2019. Disponível em: <https://medium.com/youth-for-human-rights-brasil/youthhumanrights-presuncao-de-inocencia-84b960bac942>>. Acesso em: 8 nov. 2020.

DICIONÁRIO DA LINGUA PORTUGUES. Nova Ortografia. **Conceito de prova**. São Paulo: Editora Melhoramento, 2009, p. 283.

FASSARELLA, M; DALTO, L. F. B. **Das provas ilícitas no processo penal**. Cachoeira de Itapemirim. 2018, p. 7. Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/das-provas-ilicitas-no-processo-penal-2.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FIORIN, G. D.; CAMPOS, E. E. Revista eletrônica de iniciação científica. **A admissibilidade da prova ilícita no processo penal**. Univali. 2012, p. 570. Disponível em: https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/448/arquivo_34.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

GIL, A. C. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. reimpr. São Paulo: Atlas, 2016. p. 27 e 175.

GIL, R. L. **pesquisa exploratória**. 2008. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/ecb/files/2009/09/Tipos-de-Pesquisa.pdf>>. Acesso em 12 out. 2020.

GOMES, M. G. M. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2003, p. 155-156. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/123934/mod_resource/content/1/Mariangela%20-%20Proporcionalidade%20em%20sentido%20estrito.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

GRECO, L. Artigo Científico. **O conceito de prova**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV. N. 4 e Ano V. N. 5, 2003-2004, p. 215-2016. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/13.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume 1. 19 ed. Niterói, RJ: Impetros, 2017, p. 126.

IPPOLITO, V. Gazetaarcadas.com. **O sistema de provas no direito penal brasileiro: imagem a procura da verdade**. 2019. Disponível em: <<https://gazetaarcadas.com/2019/10/18/o-sistema-de-provas-no-direito-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

OLIVEIRA, A. L. A. **A Dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal**. 2020, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Presuncao_de_Inocencia.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2020.

POLI, M. C. Academia de Direito Constitucional. **O contraditório como elemento essencial do processo**. Curitiba. 2015, p. 444. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/contraditorioCamilin.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

LIMA, R. B. Manuel de Processo Penal Volume Único. **Teoria geral das provas**. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2020, p. 84, 657, 658, 659, 685, 689 e 707.

MEU JURÍDICO.COM.BR. Jurisprudência. STF. **STF: é ilícita a prova obtida por meio de abertura de correspondência sem autorização judicial**. <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/27/stf-e-ilicita-prova-obtida-por-meio-de-abertura-de-correspondencia-sem-autorizacao-judicial/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

MEU JURÍDICO.COM.BR. Jurisprudência. STJ. **STJ: é ilícita a interceptação de WhatsApp web após apreensão de aparelho celular**. <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/11/30/stj-e-ilicita-interceptacao-de-whatsapp-web-apos-apreensao-de-aparelho-celular/>> . Acesso em: 17 nov. 2020.

MORAES, A. **Direito Constitucional: proporcionalidade**. 36ª ed. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2019, p. 116, 251 e 252.

SANTIAGO, L. M. B. S. Monografia. **Prova ilícita no direito penal**. Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza. 2007. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/provas.ilicitas.no.processo.penal\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/provas.ilicitas.no.processo.penal[2007].pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2020.

TABORDA, T. Monografia. **Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual brasileiro: uma teoria para acompanhar a realidade da produção probatória do processo civil brasileiro**. Universidade Regional do

Nordeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí. 2012, p. 22-23. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1344/MONOGRAFIA%20TA%C3%8DS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

ROCHA, C. L. A. Ministra do Supremo Tribunal Federal. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.** 2009, p. 16. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7953/6819>>. Acesso em 4 nov. 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. Notícias. Decisão. **É ilícita a prova obtida em revista íntima fundada em critérios subjetivos.** 2019. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/E-ilicita-a-prova-obtida-em-revista-intima-fundada-em-criterios-subjetivos.aspx>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Atribuições.** 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Atribuicoes>>. Acesso em: 3 nov. 2020.