



UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - ARTIGO
CIENTÍFICO

A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

João Kennedy Batista dos Santos
Orientador: Márcio César Fontes Silva

Aracaju
2019

JOÃO KENNEDY BATISTA DOS SANTOS

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO
PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso –
Artigo – apresentado ao Curso de Direito
da Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Márcio César Fontes
Silva

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

Professor Examinador
Universidade Tiradentes

A possibilidade de admissão da prova ilícita no processo penal.

The possibility of admitting the unlawful in the criminal proceedings.

João Kennedy Batista dos Santos

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de promover uma análise acerca da figura da prova ilícita no processo penal. Neste sentido, pretende-se esclarecer os princípios que regem a atividade probatória, suas classificações e ônus das partes de provar o alegado em juízo. A partir desta análise se destacam o princípio da inadmissibilidade da prova tida como ilícita, o instituto das provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada com suas exceções. Através de uma pesquisa bibliográfica, restou evidente a relevância da prova dentro do processo penal e a sua influência para motivação do órgão julgador na resolução da lide. Em razão deste protagonismo do instituto da prova, o legislador foi prudente em estabelecer regras e limites para a produção das mesmas. Numa ótica inerente ao estado democrático de direito, tais vedações possui o condão de proteger os direitos fundamentais elencados na constituição federal, resguardando a validade moral da persecução penal. Neste sentido, em atenção aos próprios direitos fundamentais, além das vedações, restaram destacadas também as hipóteses de admissibilidade das supostas provas proibidas como, em especial a teoria da proporcionalidade, e, deste modo, esta pesquisa se debruça a entender melhor como este tema tão relevante, é tratado pela doutrina brasileira.

Palavras-chaves: Admissibilidade. Processo penal. Proporcionalidade. Prova ilícita

ABSTRACT

This article aims to promote an analysis of the illicit evidence in criminal proceedings. In this sense, it is intended to clarify the principles governing the probative activity, its classifications and the burden of the parties to prove the alleg in court. From this analysis stande out the principle of inadmissibility of evidence considered illicit, the institute of illicit evidence by derivation and the theory of the fruit of the poisoned tree with its exceptions. Through a bibliographic research, it was evidente the relevance

of the evidence within the criminal process and its influence on the motivation of the judging body in the resolution of the dispute. Due to this protagonist of the institute of proof, the legislator was prudent in establishing rules and limits for their production. In a view inherent to the democratic rule of law, such prohibitions have the power to protect the fundamental rights listed in the federal constitution, safeguarding the moral validity of criminal prosecution. In this sense, in consideration of fundamental rights themselves, besides the prohibitions, the hypotheses of admissibility of the supposedly forbidden proofs, such as, in particular, the proportionality theory, were highlighted, and relevant, is treated by the Brazilian doctrine.

Keyword: Admissibility. Criminal proceedings. Proportionality. Illicit proof

INTRODUÇÃO

A prova ocupa um local de destaque quando nos referimos ao processo criminal. Utilizada para confirmar a existência de veracidade no que foi alegado em juízo e, a partir da sua amplitude e capacidade de influencia na resolução da lide em questão, este elemento processual trouxe ao legislador uma preocupação especial no tocante as suas formas e requisitos.

Submetidas a princípios próprios, classificadas e divididas na doutrina em varias espécies, as provas são subordinadas a mecanismos de garantia e controle pré-estabelecidos na constituição federal de 1988 que limitam a atividade probatória com a missão de garantir que direitos fundamentais estejam assegurados.

A partir deste filtro surge a figura da prova ilícita, sendo esta, a prova que não observou a regra processual ou a constituição no momento da sua produção. Tanto a lei processual quanto a própria constituição vedam a admissibilidade ou emprego da prova ilícita para convencimento do juízo em relação ao litigio em questão.

Neste ponto, surge um acalorado debate no meio jurídico e acadêmico acerca da relação de proximidade entre a prova ilícita e a verdade real, objetivo maior do processo penal. Muitos doutrinadores e juristas defendem uma excepcional admissibilidade especialmente nas hipóteses de a prova ilícita ser o único meio hábil disponível de se alcançar a verdade real e a justiça.

Deste modo, a presente pesquisa tem como objetivo analisar este instituto e com mais profundidade refletir sobre teorias adotadas pelos doutrinadores e tribunais como justificativa para o emprego ou não das provas ilícitas e como isto vem a influenciar no livre convencimento do juiz, na persecução penal à verdade real e a devida garantia de uma proteção aos direitos fundamentais.

2 DA PROVA

2.1 CONCEITO E FINALIDADE

A prova, em termos gerais, corresponde ao produto de um conjunto de ações que os sujeitos da relação litigiosa praticam em função de comprovar a veracidade dos fatos alegados na causa conforme conceitua Rangel (2015):

No campo jurídico, podemos conceituar a prova como sendo o meio instrumental de que se

valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

De mesmo modo, a prova tem como finalidade de formar a convicção do juiz, reconstruindo o evento passado com a maior fidelidade possível a fim de garantir que a sentença externada guarde a devida semelhança com os fatos em discussão, em outras palavras, Tourinho Filho (2013) explica:

“É o juiz quem vai dizer só o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu. Seu trabalho se equipara ao de um historiador que procura, com os meios que dispõe reconstruir os fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar ao julgador o que ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real”.

Na mesma linha Pacelli (2015) complementa:

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.”

Sendo assim, a finalidade da prova compreende a confirmar a veracidade de todas as variáveis possíveis e relevantes que podem interferir na atividade cognitiva do juiz e que influenciam na responsabilização penal destacada na posterior sentença.

Deste modo, Dezem (2017) destaca a relevância do instituto da prova dentro do processo penal uma vez que a suas consequências refletem de maneira severa na vida das pessoas se tornando essencial para busca da decisão mais justa, seja condenatória ou absolutória estando ligada diretamente a punição do próprio crime.

2.2 PRINCIPIOS GERAIS DA PROVA

As provas, em consequência de sua relevância, também trouxeram consigo seus princípios norteadores que ditam os ritmos deste instituto. Regulando sua produção e aplicabilidade, e com intuito de estabelecer um equilíbrio e a segurança jurídica em atenção principalmente com os direitos fundamentais. São exemplos deles:

2.2.1 Princípio da oralidade

Observando este princípio resta definido que, de um modo geral, as provas produzidas devem ser apresentadas na audiência de instrução e julgamento, de maneira oral e diante da autoridade judiciária competente.

2.2.2 Princípio do juiz natural

Neste contexto, há de se chamar a atenção a figura do juiz. Na medida em que determinado juiz preside um processo, este colhe as provas, ouve os depoimentos e testemunhos, e desta forma, adquire uma afinidade maior com o litígio favorecendo uma melhor compreensão da lide no sentido de formar sua convicção acerca da demanda.

Este princípio constitucional também tem o condão de garantir ao jurisdicionado imparcialidade e independência do julgador. Esta previsão legal define, antes do fato, qual juízo é competente para julgar o litígio. Desta forma resta esclarecido a correlação deste princípio com segurança jurídica, princípios norteadores e indispensáveis ao estado democrático de direito.

Este princípio, como os demais do estado democrático de direito também é passível de eventual relativização como explica Dezem (2017).

É preciso que se admita a flexibilização de algumas regras a se justificar a busca por justiça que o caso concreto requer, afastando-se a prestação jurisdicional

do modelo fordista de produção do direito e aproximando-a mais do processo do ourives, que dá a cada processo a atenção que suas peculiaridades exigem.

2.2.3 Princípio da audiência contraditória

Em atenção a este princípio resta estabelecido que toda prova produzida admitirá o contraditório, ou seja, a outra parte poderá se manifestar e até realizar uma contraprova ressalvando que não se admitirá prova apresentada sem o conhecimento da outra parte, percebendo, portanto, a paridade de armas tão evocada na seara processual penal.

Este princípio se traduz como o principal de todo o processo penal uma vez que se traduz, no direito de defesa, do devido processo legal preocupado sempre em garantir direitos fundamentais clássicos do estado democrático de direito.

2.2.4 Princípio da comunhão da prova

Observando este princípio, resta estabelecido que toda prova produzida em juízo é de interesse da justiça, deste modo, servem a ambas as partes e principalmente a formação da convicção do juiz na resolução da causa conforme ensina Rangel (2013):

“A palavra comunhão vem do latim *communione*, que significa ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, ideias ou interesses. Referindo-se à prova e, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por um deles”.

Aqui, como em todas as demais previsões legais acerca do processo penal, revela-se a persecução incansável de revelar verdade real. Uma vez que uma vez produzidas as provas estas se tornam indisponíveis aos interesses individuais servindo tão somente para solução da demanda processual em litígio.

2.2.5 Princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito

Tanto no texto constitucional quanto na lei processual penal é explícita a inadmissibilidade da prova tida como ilícita. Mais uma vez, buscando efetivar direitos fundamentais, este princípio, grosso modo, busca limitar a atividade probatória para atender padrões jurídicos estabelecidos em uma ordem democrática. Conforme Apresenta Paulo Rangel, (2015):

“No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. D contrário, estaríamos em um estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito” (cf. art. 1º da CFRB).

Ademais, é relevantíssimo lembrar que, como em todo ordenamento democrático, os princípios constitucionais são intrínsecos para sua efetivação embora estes não sejam absolutos. Em se tratando, por exemplo, no conflito de direitos fundamentais o julgador deve adotar uma relativização do princípio em choque com outro atendendo a requisitos de razoabilidade e proporcionalidade afim de assegurar decisões justas e a efetiva promoção dos direitos fundamentais

Este tema é a problemática central desta pesquisa e, portanto, abordaremos com maior ênfase logo mais a frente.

2.2.6 O princípio do livre convencimento motivado

A lei não possui norma reguladora no tocante ao valor probatório de cada prova, desta forma, o juiz possui a discricionariedade moral para admitir, valorar e determinar a influência da prova nos autos.

A livre apreciação da prova pelo magistrado resta limitada unicamente ao posto nos autos sendo vedado a este fundamentar decisões em elementos estranhos a este. Sua apreciação é balizada pela lógica, racionalidade e experiência trazendo em tese a melhor solução do litígio em atenção às peculiaridades de cada caso. O professor Aury Lopes Jr (2015) comenta:

“Ele se refere à não submissão do juiz a interesse políticos, econômicos ou mesma à vontade maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo” (LOPES JR, 2015).

Em síntese, analisando mais afundo o livre convencimento, este é mais vinculado que livre uma vez que o juiz em suas decisões jamais pode fugir da ideia do estado democrático de direito, da imparcialidade e de segurança jurídica sendo vedadas, portanto, decisões arbitrárias e discricionárias em desatenção a verdade real em que procura alcançar.

2.2.7 Princípio da autorresponsabilidade das partes

A prova enquanto um ônus as partes, estas devem se responsabilizar pela sua produção, inatividade e seus efeitos.

Explica Marcellus Polastri Lima: “Cada parte deverá suportar ou assumir as consequências de sua inatividade, erros, negligencia, uma vez que tem o ônus ou o encargo de demonstrar em juízo a prova ou comprovação do ato que lhe interesse”

2.3 CLASSIFICAÇÕES DAS PROVAS

Não há unanimidade na doutrina quanto a classificação das provas, aqui destacaremos quatro dos critérios mais usados para classificá-las, são eles:

- *Quanto ao objeto*: Mougnot (2009) classifica a prova quanto ao objeto entre direta e indireta. Direta será quando a prova demonstra o fato alegado de forma imediata. A indireta conforme Paulo Rangel (2015) é aquela em que se faz necessário uma

construção lógica, um raciocínio até que se chegue ao fato probando, estas se materializam especialmente na forma de indícios e presunções.

- *Quanto ao sujeito*: Quanto ao sujeito, Capez (2011) classifica a prova quanto ao sujeito em real ou pessoal. A prova real tem como meio algo alheio à própria pessoa, estas podem ser os objetos ou vestígios deixados local dos crimes. As pessoais surgem da pessoa, afirmações e declarações conscientes a respeito do que se sabe constituem provas pessoais que emanam das testemunhas ou o próprio depoimento do acusado, por exemplo.
- *Quanto a forma*: Para Capez (2011) quanto a forma ou aparência a prova se divide em testemunhal, documental ou material. A testemunhal como o próprio nome diz, é resultante de um depoimento prestado por terceiro alheio a lide sobre o que se sabe acerca do fato probando. A documental se materializa através dos próprios documentos que atestam a verdade real. As materiais nada mais são que as provas que são obtidas através de meios químicos, físicos ou biológicos que sirvam para construir uma convicção acerca da verdade real, como por exemplo: exames, corpo de delito, visórias.
- *Quanto ao valor ou efeito*: A prova perfeita é aquela a qual constrói convicção da verdade por si só. A imperfeita não possui mesmo valor uma vez que esta não produz por si só a íntima convicção do juiz, trazendo apenas indícios que verificam somente uma probabilidade acerca do alegado na lide.

2.4 ÔNUS DA PROVA

Segundo Julio Fabrini Mirabete (2008) numa perspectiva subjetiva, ônus de prova (*onus probandi*) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal.

Desta forma, em outras palavras, o ônus da prova desdobra-se na paridade de armas e do senso de justiça. Sendo assim, a imposição deste ônus deve se dar por um critério racional para a futura resolução da lide, seja do autor de comprovar a veracidade do seu direito ou ao réu acerca do seu direito de defesa.

Nesta linha CAPEZ (2011) explica, portanto, que cabe a necessidade de prova quem alegou, quem de alguma forma apresenta uma pretensão, assim

devendo apresentar os fatos constitutivos da sua demanda, no mesmo sentido, a quem apresenta uma exceção cumpre provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos.

Importante salientar ainda, que de acordo com CAPEZ (2011), a regra de ônus de prova de quem alega também não é absoluta. Em se tratando do processo criminal e sua busca pela verdade real o código de processo penal em seu art. 156, II, prevê que de maneira supletiva, fundada sua necessidade a possibilidade do juiz de também determinar diligências e produção de provas para dirimir dúvidas sob aspectos relevantes.

Em relação a estes poderes instrutórios do juiz, Nucci (2017) afirma:

“A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem a verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade.”

Por consequência Mirabete (2008) explica, que a autorização legal para a proatividade do juiz na produção de demais provas não confere a este um caráter puramente discricionário, onde de maneira arbitrária poderia expor terceiros a vexames e humilhações que não guardam qualquer vínculo com a causa e demais fatos dos autos.

3 PROVAS INADIMISSÍVEIS

Neste ponto, buscaremos analisar os limites da atividade probatória, expondo conceitos acerca das provas ilícitas e ilegítimas, e as teorias desenvolvidas pela doutrina acerca deste princípio.

3.1 PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

De acordo Mirabete (2008) a busca da verdade real e o sistema de livre convencimento do juiz, que conduzem ao princípio da liberdade probatória, levam também a doutrina a concluir que não se esgotam nos artigos 158 a 250 do CPP os meios de prova permitidos na nossa legislação. A previsão legal não é, portanto, exaustiva, mas exemplifica, sendo admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação. Entretanto, essa ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no artigo 155 CPP e em outros dispositivos da lei processual.

Ainda na visão de Mirabete (2008) seja ela de “prova ilícita”, “prova ilegitimamente admitida”, “prova ilegítima”, “prova obtida ilegalmente”, a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 244) referente à questão de provas ilícitas, temos:

(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral, a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.

Já na visão de Capez (2011) quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime

ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais. Tais provas não serão admitidas no processo penal.

No mesmo sentido, Lopes Jr (2015) diz que prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo).

Falando agora sobre a prova ilegítima, de acordo com Capez (2011) a prova ilegítima quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP), com a redação determinada pela Lei n. 11.689/2008; o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art.207 (CPP) (sigilo profissional) etc.

De acordo com Lopes Jr (2015) entende-se que a prova ilegítima ocorre a violação de uma regra de direito processual no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo.

3.1.1 Provas ilícitas por derivação e a teoria dos frutos da árvore envenenada

Fernando Capez (2011) ele diz que a doutrina e a jurisprudência, em regra, tendem também a repelir as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida.

Ada Pellegrine Grinover (2009, pg. 128) ilustra:

É o caso da confissão extorquida mediante tortura em que o acusado onde se encontra o produto do crime, que veio a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre um testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado.

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada”, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. (Capez, 2011, p.349)

Com base em Tourinho (2013, p.254): Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer que se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal, nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originalmente 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 tomar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originalmente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitam a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (Tourinho, 2013).

3.1.2 Teoria da fonte independente

É uma prova que pode ser alcançada de qualquer forma, ou seja, independente se ela foi obtida direta ou indiretamente. Essa prova ela tem existência própria, ela tem independência, concedida, e não interfere outra evidência diretamente pela sua juridicidade.

De acordo com Eugênio Pacelli (2015, p. 364):

Já a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de

causalidade ou de independência lógica, ou temporal (produção de prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais.

Deste modo, nem sempre as provas derivadas da ilícita, devem ser inadmissíveis. É necessária uma averiguação minuciosa para cada situação existente.

3.1.3 Exceção da descoberta inevitável

Nessa teoria existe apenas um meio de prova, a prova ilícita, mas a conjuntura do fato permite que através de um processo lógico dedutivo, perceber que a prova poderia ser colhida de maneira independente da prova ilícita por qualquer outro meio lícito.

O autor Thiago André Pierbom Ávila esclarece está teoria citando o caso *Nix v. Williams* (1984) em que foi aplicada:

“Nesse precedente, o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo; iniciado um processo de busca por 200 voluntários, os municípios vizinhos foram divididos em zona de busca; durante a busca, o acusado realizou uma confissão, obtida ilegalmente, na qual especificou o local onde se encontrava o corpo; foi paralisada a busca, que estava algumas horas de descobrir onde o corpo estava, dirigindo-se a polícia ao lugar indicado na confissão e apreendido o corpo. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a pressão do corpo era válida, pois sua descoberta era inevitável. Também se entendeu, pelo voto concorrente do Juiz Stevens, que o ônus da prova sobre conjectura da descoberta inevitável recai sobre a acusação”.

Desta forma, essa teoria se apresenta como uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que possibilita a admissão de uma prova que se deriva da ilícita, que em tese não estaria contaminada, pois seria inevitável sua descoberta.

4 ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em contrapartida ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas analisado anteriormente, aqui, podemos vislumbrar algumas hipóteses doutrinárias no que tange à eventual admissibilidade das provas ilícitas, excepcionalmente quando se encontrarem direitos fundamentais em contraste.

Deste modo, a doutrina desenvolveu teorias que fundamentassem a necessidade de se admitir uma prova ilícita, quando esta for indispensável para a devida efetivação de justiça e alcance da verdade real, objeto do processo criminal.

Como explica CAPEZ (2011), se entende não ser razoável a inflexibilidade de nunca ser admitida qualquer que seja a prova supostamente ilícita. Nas mais variadas situações, podemos perceber que os direitos a serem defendidos possuem maior relevância que uma eventual intimidade que se procure proteger.

O autor ainda exemplifica (2011, p.350) “Em outras palavras, o direito a liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito a intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas”.

4.1 A TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Esta teoria surgiu na Alemanha, logo após o período de guerra. Conforme explica Rangel (2015), esta teoria sugere nada mais que sejam colocados sob uma balança os bens jurídicos que estão em contraste para que desta forma possa se verificar qual tem maior relevância.

Em relação a admissibilidade da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade, Fernando Capez ensina da seguinte forma (2011, pag. 351-353):

Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. (...) No dilema entre não admitir a prova ilícita e privar alguém da sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmoniza no sentido de excepcionar a vedação da prova para permitir a absolvição. (...) A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações.

Ainda nesse sentido, Antônio Scarance Fernandes (2002) diz: “Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.” A proporcionalidade vale-se da “teoria do sacrifício”, segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante. (Castro, 1977, p.31-32)

No tocante ao princípio da proporcionalidade e a relativização dos direitos assegurados constitucionalmente para a aplicação da prova ilícita no processo penal, o autor Nilton César Antunes da Costa (2003, pag.1136) assegura:

“A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade somente pode ocorrer nas hipóteses em que a atividade probatória antijurídica justificasse para a garantia de outro direito fundamental individual ou social, em aparente conflito e, ainda, que haja lacuna no sistema judiciário vigente ou impossibilidade plausível que assegurem a atividade regular do sujeito na obtenção da prova”.

4.2 TEORIA PROPORCIONALIDADE *PRO REO*

Acerca desta teoria, Paulo Rangel (2015, pág. 487) diz que: “Surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito, e portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante”.

Esta teoria é vastamente aceita pela doutrina e jurisprudência, quando favorável ao réu, como, por exemplo, o réu é acusado de forma injusta, e sua única forma de prova é uma interceptação proibida, para então provar a sua inocência. Essa teoria se justifica no fato do princípio da vedação das provas ilícitas não poder ser utilizado como meio para se proferir injustas condenações, uma vez que seria mais aceitável admitir uma prova ilícita que se aproxima com a verdade real e do senso de justiça, objetivo da persecução penal, característica essencial do estado democrático de direito.

Com o balizamento dos direitos fundamentais em contraste, quando a prova supostamente ilícita for produzida pelo próprio acusado em defesa ao seu direito de liberdade, fica subentendido que a ilicitude seria excluída pelo que a doutrina nomeia como causas de justificação, ou seja, a motivação legal para produção da prova.

Neste sentido Eugenio Pacelli (2015) comenta que o réu quando em função da colheita de prova em razão sua defesa, atingir determinada inviolabilidade alheia para fim de provar sua inocência, ou de outrem, afastará a ilicitude da ação, devendo esta ser plenamente admissível no processo.

4.3 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE PRÓ SOCIETATE

Em contrario da teoria anterior, esta possui divergências doutrinarias acerca da sua aplicação. Entendemos que o processo penal é balizado pelo princípio do favor rei e, deste modo, as supostas provas ilícitas somente deverão ser admitidas em favor da defesa do acusado.

Destaca Fernando Capez (2015):

No que tange ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.

Nesta mesma linha, Norberto Avena (2013) explica:

(...) Permite-se, assim, a aplicação do supracitado princípio tão somente em favor do réu, sob o argumento de que o texto constitucional não se coaduna com erro do judiciário, razão pela qual é inaceitável que um inocente seja condenado apenas porque a prova que o inocente não foi obtida por meios lícitos.

Em um contraponto, Norberto Avena (2013) trata da possibilidade minoritária de se admitir a prova ilícita para sociedade quando a hipótese se tratar da elucidação de um crime caracterizado por efeito de mal coletivo. Somente nesta suposição, e observada as peculiaridades quanto a produção da prova que esta seria admitida em prol do interesse coletivo, embasada nas ideias de prevenção geral e especial

Entretanto, os juristas que são contra o emprego desta teoria, compreendem que a defesa da coletividade se perpetua justamente pela promoção, preservação dos próprios direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema prova possui uma enorme importância na matéria processual penal, uma vez que esta tem como objetivo de construir a convicção do órgão julgador com enorme influência no desfecho do litígio. Diante a sua sensibilidade no que se refere à atividade probatória, este instituto merece muita atenção no que diz respeito a sua aplicabilidade em relação não somente as normas processuais infraconstitucionais, mas também aos direitos fundamentais da constituição da federal.

Por isso, o legislador conferiu princípios e limites quanto a sua produção. Deste modo, toda a prova produzida em desatenção a preceitos constitucionais e as próprias regras processuais são denominadas provas proibidas conforme alguns doutrinadores, portanto, estas provas classificadas como ilícitas e ilegítimas, ferindo ou se opondo a determinados direitos fundamentais, são expressamente vedadas em atenção ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O princípio em destaque assegura exatamente os direitos fundamentais, uma vez que definem padrões que vedam práticas arbitrárias e atentatórias ao estado democrático de direito. Em contrapartida, com o mesmo objetivo de proteção, os doutrinadores apresentam as hipóteses de admissibilidade com destaque, em especial, a teoria da proporcionalidade ou razoabilidade que propõe uma relativização dos direitos fundamentais em contraste entre si no que diz respeito a produção de uma prova

Sendo assim, tanto nesta teoria como no próprio estado democrático, os princípios e os direitos não podem possuir um caráter absoluto, devendo haver um sobrepeso sempre que houver direitos em colisão. A grande problemática deste tema consiste na divergência doutrinária no que tange a aplicação desta teoria em favor do réu ou sociedade.

Após uma reflexão acerca desta pesquisa, restou esclarecido ser mais acertada a posição majoritária, entendendo que a teoria da proporcionalidade só deve ser empregada em favor do réu, se baseando no direito de defesa. Na hipótese de um indivíduo estar sendo acusado erroneamente, e este somente dispuser de uma prova ilícita que se prove sua inocência, esta deverá ser admitida em razão inclusive da persecução do processo penal, a verdade real.

A vedação das provas ilícitas jamais deve servir como meio para propagação de injustiças, uma vez que, se adotado com caráter absoluto este poderia privar um

acusado do seu direito de defesa ao inadmitir uma prova, que apesar de ilícita prove sua inocência.

Neste sentido, inerente ao estado democrático de direito, a relativização proporcional de direitos em relação a outros é plenamente aceito na doutrina, e jurisprudência dos tribunais como meio de justiça e de equilíbrio do ordenamento atendendo, com atenção, as peculiaridades de cada caso.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Proibição da prova ilícita no processo**. In: DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. 4ª edição. São Paulo: Millenium, 2017. P. 568.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª edição: Revista e atualizada até 31 de dezembro de 2005 – 6. Reimpr – São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Asisi. **Doutrinas Essenciais: Processo Penal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. p. 1109-1138. (Volume III). Processo em Geral III - prova.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14ª edição., rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.355.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19ª edição: Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da. **Processo Penal**. 35ª edição: Revista atualizada em 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.