

AS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E A PARTICIPAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

THE ILLICIT PROOFS IN LEGAL ORDINANCE AND THE PARTICIPATON OF THE MILITARY POLICE

SILVA, Naiara das Neves¹
RIBEIRO, Diomar Luciano²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os meios de obtenção das provas, bem como estas são acolhidas no ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro momento verifica-se a participação dos principais protagonistas para a realização da “*persecutio criminis*”, ou seja, para que se chegue ao autor da infração e para que este seja punido, deverá ter um conjunto probatório de caráter lícito, não podendo tal prova ser contaminada. Tal ilicitude será demonstrada a partir de posições doutrinárias e jurisprudências, através do método de pesquisas bibliográficos. Também deverá demonstrar a atuação e participação da polícia militar na coleta de tais provas, sendo os primeiros a chegarem no local do crime, ou a terem contato com os objetos do crime. Atualmente os principais protagonistas processuais, dependem dessas provas, bem como de sua preservação, pois são de grande importância, sendo daí que surgirá resposta estatal para aquele que cometeu o ilícito. Um dos principais métodos para chegar à conclusão da presente temática é basear na compilação de doutrinadores na área.

Palavras-chaves: Provas. Ilicitude. Policia Militar.

ABSTRACT

This article aims to analyze the means of obtaining evidence, as well as these are accepted in the Brazilian legal system. Firstly, the participation of the main protagonists in the pursuit of "persecutio criminis", that is, in order to reach the perpetrator of the offense and for the latter to be punished, must have a probative set of legal character, proves to be contaminated. Such illegality will be demonstrated from doctrinal positions and jurisprudence, through the method of bibliographic research. It should also demonstrate the involvement and participation of the military police in collecting such evidence, being the first to arrive at the scene of the crime, or to have contact with the objects of the crime. Nowadays, the main procedural protagonists depend on these tests, as well as on their preservation, since they are of great importance, and hence a state response will emerge for those who committed the offense. One of the main methods to come to the conclusion of this issue is to base the compilation of doctrinators in the field.

Keywords: Evidence. Unlawfulness. Military Police.

¹Aluna do Curso de Formação de Praças, Turma Echo Anápolis, do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, naiara.neves08@gmail.com;

²Professor orientador: Cabo do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, diomarluciano@hotmail.com, Anápolis – GO, Maio de 2018.

1 INTRODUÇÃO

A temática que será abordada no presente artigo é de grande importância doutrinária e jurisprudencial, apresentando uma pesquisa científica aprofundada na revisão de literatura que discute os limites em que determinada prova terá valor dentro de um processo pautado em um contraditório constitucional e justo, na qual a acusação e defesa são os principais personagens que buscam convencer um terceiro imparcial que é o magistrado.

O processo penal tem como objetivo fazer uma reconstrução de um fato através das provas, criando assim, condições para que o magistrado investido de jurisdição exerça sua atividade cognitiva em relação ao fato histórico, com isso exercerá o seu livre convencimento.

Porém, dentro de tal temática existe o entrave acerca da vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícitos que visa a proteção de direitos fundamentais insculpido na Constituição Federal em seu artigo 5º, LVI.

A norma constitucional, como será abordado no presente artigo é considerada como uma norma geral, pois menciona somente “processo”, não havendo nenhuma distinção entre processo civil e processo penal pela qual é exigida uma interpretação adequada a certos pontos específicos do processo penal.

A Lei nº 11.690/2008 trouxe para o nosso ordenamento a discussão da prova ilícita, ficando expressa no artigo 157 do Código de Processo Penal. Tal inserção normativa, como será demonstrada no presente artigo, para determinadas doutrinas é importante o estudo de prova “ilegal” como gênero, tendo como decorrência duas espécies: a prova ilícita e a prova ilegítima. Já para alguns doutrinadores tal divisão é desnecessária, devendo seguir a determinação constitucional.

Outro ponto importante é demonstrar o direito das partes a obtenção de um pronunciamento do órgão judicial acerca da ilicitude da prova juntada aos autos, devendo, assim, caso seja reconhecida a ilicitude da prova pelo magistrado, ser retirada de forma obrigatória dos autos, a qual será considerada inútil ao processo.

Será verificado que para alguns doutrinadores, a prova ilícita possuindo relevância de interesse público a ser preservado e protegido poderá ser admitida em

casos excepcionais e graves, sendo adotado um critério de proporcionalidade, evitando com isso as injustiças.

Um dos principais assuntos a ser abordado é prova ilícita por derivação. Uma vez considerada ilícita, determinada prova deverá ser verificada a contaminação que essa prova produziu em outros atos processuais e até mesmo em uma eventual sentença.

A questão da derivação das provas ilícitas ou contaminação, com o advento da Lei nº 11.690/08, foi regulamentada no Código de Processo Penal no artigo 157, §1º. Devendo observar a questão da fonte independente, ou seja, aquela que por si só seria capaz de conduzir o fato ao objeto da prova, não será contaminada.

Outras duas exceções acerca da teoria da prova ilícita por derivação devem ser analisadas, que são a “limitação da contaminação expurgada” e o “fenômeno da descoberta inevitável”. Verificando essas duas situações não há que se falar em contaminação de provas, sendo de grande valia verificar a sua aplicação doutrinária e jurisprudencial.

Portanto, para que haja um processo pautado em princípios constitucionais e infraconstitucionais, é necessário a observação de determinadas regras por parte de seus protagonistas, pelo qual convencerão o julgador através de provas de cunho lícito, cabendo àquele que a produz demonstrar a sua importância, bem como a participação da polícia militar que é a primeira a ter contato com a prova, e com isto é responsável pela preservação da prova e do local do crime.

Por isso, que o processo penal hoje é considerado um jogo, pois aquele que melhor usar sua peça do tabuleiro, com a produção probatória pertinente à sua alegação será vitorioso, observando sempre as regras do jogo, pouco importando se é “pro reo” ou “pro societate”.

Assim, verifica-se a grande importância de se verificar até que ponto uma prova poderá ser considerada lícita no curso de um processo, bem como esta poderá convencer o terceiro imparcial que deverá dar a solução, fazendo uma reconstrução histórica dos fatos através destas provas juntadas ao processo.

2 REVISÃO DE LITERATURA

O processo penal é constituído de controvérsias fáticas, ou seja, existe uma imputação de fatos penalmente relevante pelo Ministério Público ou pelo querelante e a negativa desses fatos pela defesa do acusado. Portanto, uma das grandes dificuldades do processo é proceder a reconstrução história dos acontecimentos fáticos, em conformidade com regras que decorrem de uma investigação, a admissão, a produção e a valoração das provas.

Para Badaró (2017, p. 386), a verdade processual é aquela que é traduzida em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não podendo ser considerada uma sentença justa aquela que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos.

Para compreensão de tal tema faz-se necessário demonstrar o significado de prova, bem como os limites de admissibilidade de tais, pois o direito fundamental a prova não é absoluto.

Portanto, os sujeitos processuais estão limitados a determinados tipos de provas. A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

A palavra prova é polissêmica e seu estudo vai além do Direito, englobando a Epistemologia, a Semiótica, a Psicologia e outras ciências. “Prova, em breve conceito, é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa” (AVOLIO, 2015, p. 33).

A prova ilícita, para a sua devida compreensão, é necessária a análise de dois sistemas: o pré-2008 e o pós-2008. Antes de 2008, apenas a Constituição Federal previa a prova ilícita, não trazendo sua definição, somente informando que são inadmissíveis.

A doutrina nacional, segundo Dezem (2017 *apud* NUVOLONE, p. 519), “distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas, sendo que ambas fazem parte do gênero prova vedada, também chamada de prova ilegal”, senão vejamos:

- a) Prova ilícita: é aquela obtida com violação as regras de direito penal. Como por exemplo, o depoimento obtido mediante tortura.
- b) Prova ilegítima: é aquela obtida com violação de regras de direito processual. Exemplo a leitura de documento em plenário que não foi juntado com três dias de antecedência havendo a nulidade da prova e

não ilicitude, pois violou norma processual contida no artigo 479 do Código de Processo Penal.

Existe relativo consenso na doutrina que o momento da ocorrência da prova ilícita ocorrerá quando for produzida em ato anterior ou não coincidente com o produzido em juízo, ou seja, obtida fora do processo com violação de norma material. Já a prova ilegítima é obtida no processo com violação de norma processual (DEZEM, 2017, p. 520).

Com a reforma processual ocorrida em 2008 a respeito da vedação da prova ilícita, não foi adotada a conceituação de prova ilícita conforme ditames doutrinários e jurisprudências que vinham sendo aceitos, a partir da distinção de prova ilícitas e provas ilegítimas (BADARÓ, 2017, p. 411).

Tal reforma trouxe nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal que passou a dispor que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Com tal texto verifica-se que não houve distinção entre a natureza da norma violada, se é de direito material ou de direito processual.

Em resumo, segundo Badaró (2017, p. 416), as provas ilícitas são aquelas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais. Os meios de provas obtidos de forma ilícita são inadmissíveis, e se no processo de alguma forma ingressarem, devem ser desentranhadas.

Já para Dezem (2017, p. 523), entende que a interpretação do artigo 157 do Código de Processo Penal deve ser lido conforme a definição de Nuvolone, ou seja, os institutos de prova ilícita e ilegítima devem ser diferenciados em relação aos seus efeitos ou formas de convalidação que são distintos.

A prova ilícita é inadmissível, deve ser desentranhada e inutilizada do processo. Enquanto a prova ilegítima é causa de nulidade, de forma que o ato deve ser feito permanecendo o ato nulo no processo.

Com a reforma de 2008 o artigo 157, § 1º, disciplinou a prova ilícita por derivação: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Segundo (BADARÓ, 2017, p. 417), “a prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”.

Brasileiro (2016, p. 833), vaticina que a doutrina norte americana foi a precursora da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Tal doutrinador conceitua prova ilícita por derivação da seguinte forma:

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 (BRASILEIRO, 2016, p. 835).

É fundamental que se entenda o fundamento da prova ilícita por derivação (“fruits of the poisonous tree theory”), que existe um nexo de causalidade entre a prova ilícita e todas as provas que dela derivam. É tal nexo de causalidade que acaba por contaminar a prova derivada, pois sem ele não há que se falar em derivação, cabe ao magistrado se manifestar sobre quais são as provas contaminadas pela prova ilícita e quais não são (DEZEM, 2017, p. 537).

A própria Suprema Corte Americana desenvolveu alguns mecanismos para atenuar ou afastar a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação, sendo eles os seguintes: Teoria da fonte independente, teoria do nexo causal atenuado e exceção da descoberta inevitável (DEZEM, 2017, p. 538).

A teoria da fonte independente (independent source) parte da premissa de que existindo duas fontes das quais pode ser obtida a prova, sendo uma admissível e outra ilícita, deve-se considerar como admissível e não contaminada a prova derivada.

Para a utilização de tal teoria que foi instituída no caso *Bynum vs. EUA* de 1960 pela Corte Norte Americana, segundo Brasileiro (2016, p. 839), relata o seguinte:

Há de se tomar extrema cautela com a aplicação da exceção da fonte independente, a fim de não se burlar a proibição da valoração das provas ilícitas por derivação, dizendo tratar-se de fonte independente. Para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita. Caso não se demonstre, inequivocamente, a ausência de qualquer nexo causal, fica valendo a teoria da prova ilícita por derivação. Em caso de dúvida, aplica-se o *in dubio pro reo*. (BRASILEIRO, 2016, p. 839).

Para Dezem (2017, p. 539) por mais que §1º do artigo 157 nos traga a visão de que tal teoria foi encorpada de forma escrita pelo nosso ordenamento, possui

posição contrária, sendo uma falsa visão, ou seja, que tal teoria não positivada, sendo, em verdade adotada a teoria da descoberta inevitável.

A segunda exceção à teoria da prova ilícita por derivação é a descoberta inevitável, também chamada de exceção da fonte hipotética independente, expõe que se a prova derivada seria descoberta de qualquer maneira, com ou sem prova ilícita, não há que se falar em contaminação da prova derivada.

Sobre a aplicação tal teoria Brasileiro (2016, p. 841), relata o seguinte:

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova. (BRASILEIRO, 2016, p. 841).

O STF já admitiu o emprego desta teoria na hipótese de prisão em flagrante e de busca e apreensão pessoal. Nestes julgados os policiais apreenderam o celular do preso e olharam o histórico de ligações sem autorização judicial e lá identificaram que havia sido feita chamada próxima ao momento do crime e identificaram se tratar do marido da vítima de homicídio (DEZEM, 2017, p. 542).

A terceira exceção de que trata parte das doutrinas sobre a prova derivada é a teoria do nexos causal atenuado, também chamada de teoria da contaminação expurgada ou vício diluído – segundo tal, quando a ligação entre a prova ilícita e a que dela deriva for de maneira tênue, não se fala em derivação da prova ilícita.

A reforma processual positivou tal teoria, ao dispôs no §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal que “é admissível a prova ilícita por derivação quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras” (DEZEM, 2017, p. 543).

Tal tema é vasto nas doutrinas e jurisprudências, sendo grandes instrumentos e peças principais para os atores dos processos, que com clareza e observando os limites legais poderão aplicar tanto em favor do réu quanto em favor da sociedade, deixando ressalvas que a doutrina majoritária trabalha com a perspectiva em favor daquele que está sendo acusado, porém já existem doutrinas que trabalham em favor da segurança da sociedade (*pro societate*).

2.1 INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES CLANDESTINAS

Existem diversas leis no ordenamento pelas quais exigem uma certa análise sobre como a colheita dessa prova será feita e principalmente como a mesma terá validade processual. Uma das mais importantes é a Lei nº 9296/96 (Lei de Interceptação Telefônica).

A constituição em seu artigo 5º, inciso XII, amparou a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e de comunicações, excetuando, se for por ordem judicial nas formas em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual.

Segundo Távora e Alencar (2017, p. 753), o sigilo referentes às comunicações telefônicas é submetido a uma cláusula de reserva jurisdicional, sendo assim, necessário a autorização do magistrado para sua produção, possuindo vigor pleno em caso de Estado de Defesa e Estado de Sítio, como preceitua a Constituição Federal.

Um questão de grande importância é conceituar “comunicações telefônicas”, e Gomes e Marçal (apud TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 753) destacam:

São as de qualquer natureza, vale dizer, toda aquela permitida pelo desenvolvimento tecnológico, podendo se dar por meio de fio, radioeletricidade (tal qual telefone celular), meios eletromagnéticos, ópticos, seja se valendo de informática ou não. (GOMES E MARÇAL APUD TÁVORA E ALENCAR, 2017, p. 753).

Os ditames que protegem o sigilo recaem sobre qualquer tipo de comunicação telefônica. O destinatário de tal ditame, aquele que se submete ao dever de guardar segredo é a operadora de telefonia ou a empresa responsável pela tecnologia que viabiliza as comunicações através dos diversos tipos de aparelhos (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 754).

A lei nº 9.296/96 conforme as doutrinas processuais, possibilitou a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas de qualquer naturezas, bem como o legislador segue a tendências de considerar a evolução da tecnologia, possuindo sua abrangência e proteção sobre a transmissão, envio, recepção de símbolos, imagens, caracteres, sinais, escritos, sons ou informações, que se dê por intermédio da telefonia pública ou particular, estática ou móvel (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 754).

Segundo Avolio (2015, p. 104) “a interceptação, ato ou efeito de interceptar, tem etimologicamente, entre outros, os sentidos de: Interromper no seu curso; deter

ou impedir na passagem; ou cortar, interromper: interceptar comunicações telefônicas”.

Grande debate nas doutrinas é acerca da natureza jurídica da interceptação telefônicas. Ada Pelegrini Grinover *apud* Távora e Alencar (2017, p. 755), diz que a interceptação é uma forma de coação processual real física, a qual está inserida no rol das medidas cautelares, sendo uma forma restritiva de direitos e um meio de busca de provas.

A interceptação é considerada física em virtude dos sinais sonoros apreendidos, sendo este conteúdo levado ao juiz, a qual é uma operação técnica colocada à disposição do julgador para materialização da comunicação telefônica.

Para melhor compreensão da temática Távora e Alencar (2017, p. 755) relatam:

Por intermédio de seu procedimento, são apreendidos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica, pelo qual se cuida de um meio de apreensão imprópria (não há propriamente apreensão, mas gravação que viabilizam sua fiel reprodução, possibilitando assim seu conhecimento). Nessa senda, o resultado da operação técnica de interceptação telefônica é fonte de prova, enquanto a gravação e as respectivas transcrições formam o documento, que uma vez inserido no processo, será meio de prova. (TÁVORA E ALENCAR, 2017, p. 755).

A interceptação dependendo da forma com que é feita pode ser lícita ou ilícita. É considerada lícita quando for autorizado pelo magistrado, de acordo com o que prevê a Lei nº 9.296/96. Em contrapartida, será ilícita quando não houver autorização judicial, indo contra a cláusula de reserva de jurisdição, bem como ir contra preceitos legais.

Para melhor destacar a validade da interceptação Távora e Alencar (2017, p. 757), destacam o seguinte:

Nesse contexto, interceptação telefônica é meio de prova consistente no seu deferimento judicial sem o conhecimento dos interlocutores, a partir de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial, na fase de investigação preliminar, ou a partir de requerimento do Ministério Público na fase processual penal, com o intuito de viabilizar a obtenção de prova ou de fonte de prova que se refiram ao objeto das investigações ou do processo. (TÁVORA E ALENCAR, 2017, p. 757).

Para a compreensão da sistemática é necessário firmar alguns conceitos necessários (BRASILEIRO, 2018, p. 321):

- a) Escuta telefônica: é a forma de captação telefônica realizada por um terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores, sendo que o outro desconhece.
- b) Interceptação telefônica em sentido estrito: é aquela que a captação da comunicação é feita por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores.
- c) Gravação telefônica ou gravação clandestina: é a gravação telefônica realizada por um dos comunicadores, via de regra sem o conhecimento do outro personagem.
- d) Comunicação ambiental: Diz respeito às conversas realizadas diretamente no ambiente, sem transmissão por meios físicos.
- e) Interceptação ambiental: é a captação sub-reptícia de uma comunicação realizada no próprio ambiente, realizada por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores.
- f) Escuta ambiental: é a forma de captação de determinada comunicação com o conhecimento de um dos interlocutores.
- g) Gravação ambiental: é a captação no ambiente feita por um dos personagens, como é o que acontece, por exemplo, com as câmeras ocultas ou até mesmo gravadores.

O grande debate é quais dessas situações a Lei nº 9.296/96 abrange. Para alguns doutrinadores o artigo primeiro da lei mencionada abrange tanto a interceptação telefônica quanto a escuta telefônica. O fundamento é porque ambas consistem em processo de captação de comunicação alheia.

Em contrapartida não estão abrangida pela lei de interceptação telefônica a gravação telefônica, a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação ambiental (BRASILEIRO, 2018, p. 322).

Importante destacar que a interceptação de comunicações telefônicas não se confunde com a quebra de sigilo telefônica. A primeira diz respeito a algo que está acontecendo, já a quebra de sigilo de dados relaciona-se com chamadas telefônicas pretéritas, já realizadas.

Segundo Brasileiro (2018, p. 337), acerca da temática da fundamentação da autoridade judiciária competente, é importante extrair o seguinte:

Adotou-se, assim, um sistema de controle judicial prévio da legalidade da referida medida (clausula de reserva de jurisdição), o que significa que, em nenhuma hipótese, poderá a autoridade policial ou o Ministério Público determinar a interceptação, submetendo-a posteriormente ao controle da legalidade. Essa autorização judicial será sempre necessária, independentemente da natureza do telefone: público ou particular. (BRASILEIRO, 2018, p. 337).

Note-se que para a prova ser válida no ordenamento está deverá seguir todos os requisitos legais. Destaque merece àquele que incumbido de provar, ou seja, a quem durante a *persecutio criminis*, possui o ônus da prova, que nesta situação pertencerá ao representante do Ministério Público.

Para a validade de tal prova, bem como para que haja a autorização do magistrado é necessário que haja indícios razoáveis de participação e de autoria em crimes.

Em virtude da natureza cautelar, para que ocorra a interceptação telefônica, está estará condicionada à presença de *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora* (BRASILEIRO, 2018, p. 340).

A primeira condição está relacionada ao caráter urgente de tal medida, o qual limitará o magistrado ao exercício de uma mera cognição sumária. Em relação à segunda condição deverá ser analisada a plausibilidade da medida requerida a partir de critérios de mera probabilidade e em cognição sumária dos elementos disponíveis no momento.

Importante mencionar que a interceptação poderá ocorrer somente em determinados tipos de delitos, conforme delineado no artigo 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/96, restringindo à possibilidade somente às infrações punidas com pena de reclusão (BRASILEIRO, 2018, p. 342).

A interceptação é um meio de prova de grande importância em determinadas investigações, devendo ser observado os requisitos já delineados. Destaque merece, no sigilo do profissional do advogado ao se comunicar com seus clientes, segundo Brasileiro (2018, p. 344):

Ao longo do período em que as comunicações telefônicas do investigado estão sob interceptação, é possível que as autoridades venham a se deparar com conversas firmadas entre o investigado e o seu advogado. Nessa hipótese, em virtude da indevassabilidade do sigilo profissional do advogado, tais elementos probatórios devem ser considerados inadmissíveis no processo. (BRASILEIRO, 2018, p. 344).

Até o estatuto da advocacia estabelece como direito do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, conforme vaticina o artigo 7, II, da Lei nº 8.906/94.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

É de grande importância, após toda a análise doutrinária, destacar a participação da polícia militar, bem como, para se chegar em uma conclusão hábil para a utilização ou não dessas provas.

Após a verificação do entendimento doutrinário, bem como o jurisprudencial, em consolidar o aceite em alguns caso de provas ilícitas em favor do réu, e outros que entendem que as provas podem ser aplicadas também em favor da sociedade, visando que se estabeleça a pacificação social.

As novas modalidades de obtenções de provas, diante da atual sistemática trazidas por leis especiais, para que assim se chegue ao resultado pretendi pelo presente artigo.

3.1 A PARTICIPAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR NA COLETA DE PROVAS

Um dos pontos primordiais é o surgimento e a conservação da prova que no transcorrer da perseguição do crime dará embasamento para a propositura de uma eventual ação penal, e até mesmo de uma condenação para o infrator.

O inquérito policial é um dos principais instrumentos para a coleta de elementos probatórios que serão levados à conhecimento do judiciário. É através da polícia judiciária, responsável pela primeira fase da *persecutio criminis*, que serão realizadas as coletas de tais provas de caráter técnico, como por exemplo, ocorre no exame de corpo delito.

Segundo Patente (1998, p. 15), que na defesa dos interesses da sociedade ao lado da polícia judiciária cabe grande destaque aos policiais militares, em virtude do aglomerado crescimento da criminalidade no país, pelo qual, sempre é esta que chega no local do crime em primeiro momento, quando está acontecendo ou minutos após o cometimento da infração.

Observando os princípios institucionais o policial militar, Patente (1998, p. 15) diz:

Em função disso, é sempre um homem da Polícia Militar o agente da autoridade que primeiramente entra em contato com o crime, redundando desse contato séria responsabilidade para a corporação, pois, das ações que passarem a ser desenvolvidas pelo policial pode resultar a preservação de importante realidade fática, capaz de influenciar positivamente na colheita dos elementos de convicção e fornecer ao Ministério Público, via do consequente inquérito policial, subsídios preciosos para o bom êxito da futura persecução penal. (PATENTE, 1998, p. 15).

Destaca-se que cabe ao policial militar na ocorrência do fato elaborar o Relatório de ocorrência, no qual demonstra quem é o autor do crime, bem como se refere às primeiras provas que tiveram contato, das quais colheram no local do crime, e ao final qualifica as pessoas que estavam envolvidas no caso.

A partir da elaboração de tais relatórios serão tidos como “*notitia criminis*”, pois são remetidos à conhecimento da autoridade policial competente para a instauração do inquérito policial, sendo tais situações de crimes de ação penal pública (PATENTE, 1998, p. 16).

Tal participação da polícia militar na coleta de provas ocasiona grande polêmica na esfera jurídica, principalmente quando a defesa martela vícios na prisão em flagrante, sendo até mesmo algumas formas consideradas nulas pelos tribunais superiores de nosso país.

Neste momento, por mais imparcial e clareza com que o policial militar desenvolve o seu trabalho em prol da sociedade, a defesa do infrator começa a questionar as provas que foram produzidas com a finalidade de deixar a prisão nula, do qual alegam que no momento da prisão tais provas foram alteradas, ou até mesmo criadas. As doutrinas e jurisprudências atuais denominam tais situações de flagrante provocado, flagrante esperado, flagrante forjado e flagrante retardado.

O flagrante provocado ocorre quando determinados agentes induzem, provocam determinada pessoa a cometer um suposto delito, tomando ao mesmo tempo determinadas situações que impossibilitem a consumação do crime (REIS, 2016, p. 456).

Nesses termos, existe a Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Já as provas em relação a um flagrante esperado devem ser consideradas válidas, pois este é uma forma em que os policiais cientes, através de uma notícia anônima, esperam que o sujeito consuma o crime para a efetivação da prisão e da coleta de todas as provas.

A grande problema gira em torno de uma prisão em flagrante forjada, pois para a doutrina e jurisprudência ocorrerá quando forem criadas provas de um crime inexistente para que seja efetiva a prisão, devendo tais provas serem consideradas nulas, bem como relaxada de imediato a prisão (REIS, 2016, p. 457).

É de praxe a defesa do infrator alegar tal situação, mas muito difícil de ser provado, em virtude de o policial possuir fé pública, bem como é atuante em prol da sociedade em busca da paz e harmonia social, ou seja, o policial militar sempre age com imparcialidade e dentro de suas atribuições institucionais.

Já em relação ao flagrante retardado, que foi inserido em nosso ordenamento pela 9.034/94, em seu artigo 2, II, o qual permitiu a polícia retardar o flagrante em caso de organização criminosa, estando presente também na atual lei de organização criminosa, conforme vaticina Reis (2016, p. 257):

Este instituto foi criado pelo art. 2º, II, da Lei n. 9.034/95, para permitir à polícia retardar a prisão em flagrante de crimes praticados por organizações criminosas, desde que as atividades dos agentes sejam mantidas sob observação e acompanhamento, a fim de que a prisão se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações. Está atualmente regulamentado no art. 8º da Lei n. 12.850/2013. (REIS, 2016, p. 257).

A participação da polícia militar e de grande relevância na sistemática de um crime, pois, conforme descrito é ela que tem o primeiro contato com o crime e a cena do crime, bem como também é incumbida de manter a preservação do local do crime quando for preciso pericias, devendo observar o que relata (PATENTE, 1998, p. 18):

Ao assim proceder, mantendo íntegro o local da ocorrência até o surgimento da autoridade da Polícia Judiciária, o policial militar estará ensejando a ela plena condição de satisfazer as determinações do inciso I do artigo 6.º do Código de Processo Penal, contribuindo, sobremaneira, para o bom êxito da perícia que se procederá.

Isso posto, definida a legalidade da participação da Polícia Militar na preservação do local de crime, pelo menos até a assunção formal pela Polícia Judiciária, há que se analisar o procedimento a ser seguido nas hipóteses de excessiva demora por parte desta, ou, ainda, na possibilidade de existirem no local do evento delituoso indícios probatórios passíveis de rápido

perecimento, ou quando houver necessidade de imediata remoção da vítima para atendimento médico. (PATENTE, 1998, p. 18).

Importante destacar, que qualquer crime que seja, a polícia militar terá participação direta na coleta das provas, sendo considerado um dos protagonistas em busca da *persecutio criminis*, bem como de estabelecer a pacificação social.

3.2 AS NOVAS MODALIDADES DE OBTENÇÃO DE PROVAS

Em fase de investigação existem novidades em face das Lei nº 12. 683/12 (Lei de Lavagem de Capitais) e Leis nº 12.694/12 e 12.850/13 (Organizações criminosas), com a flexibilidade de garantias constitucionais, que são em especial: (a) captação ambiental de sinais eletromagnéticos e ópticos; (b) agente infiltrado; e, (c) ação controlada (ROSA, 2017, p. 509).

A gravação ambiental, como já tratada, é aquela que invade a privacidade e a intimidade do investigado mediante a utilização de interceptação telefônica ou escuta ambiental, medida esta que está sujeita a reserva de jurisdição.

Em relação ao agente infiltrado, Rosa (2017, p. 512) relata:

A tática do agente infiltrado consiste na inserção de policial dentro da organização criminosa sob identidade modificada (por isso denominado, também, de agente encoberto), a fim de descobrir o *modus operandi* e informações sobre a estrutura e práticas relacionadas ao cometimento de infrações penais. (ROSA, 2017, p. 512).

A ação controlada segundo o artigo 8º, da lei 12.850/13, consiste em:

Artigo 8º: Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Em nossa atual sistemática, no jogo do processo penal, diversos são os meios, e, principalmente as diversas formas de coletar tais dados, inúmeros meios de provas são admitidos em nosso ordenamento, desde aquelas que em primeiro momento são colhidas pela polícia militar diante de seu relatório de ocorrência, bem como os elementos que são colhidos na fase inquisitiva, sem deixar de mencionar aquelas que serão tidas e validadas em fase de instrução processual.

Tais provas podem ser obtidas e questionadas por todos os protagonistas, que atuam cada um na sua seara e com sua função atribuída, como destaque tem-se a atuação da polícia com o primeiro contato com o crime e tudo que o envolve, para posteriormente ter-se a autoridade policial que vai coligir os elementos de autoria e materialidade para eventual ação penal.

As provas no processo penal poderão ser ínfimas, mas desde que não vá contra os preceito legais e constitucionais, e as vezes, como visto, provas de caráter ilícitos poderão ser validadas em prol do réu, vencerá no processo penal aquele que melhor souber lidar com o conjunto probatório constante deste.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo a análise da obtenção das provas e como estas são validadas no ordenamento, pelo qual foi demonstrado diversos tipos de provas, os protagonistas para obtenção, colheita e julgamento de tais.

Através de um método de pesquisa bibliográfica, com pesquisa em diversas doutrinas, jurisprudências e legislações, verifica-se que em primeiro momento ter-se a participação da polícia militar com o isolamento e contato com o crime, ambiente e criminoso, para posteriormente a autoridade policial competente para investigação começar a sua atuação.

É demonstrado que existem provas que não são admitidas em nosso ordenamento, quais sejam aquelas que são obtidas por meio ilícito, e segundo entendimentos doutrinários e jurisprudências, de uma forma consolidada, algumas prova ilícitas que são favoráveis ao réu, serão admitidas no processo penal.

O tema é de grande relevância, pois a participação da polícia militar na coleta e na proteção das provas em primeiro momento, até a chegada da polícia científica, é a principal para a manutenção e a não alteração das provas, sendo um tema que está começando a ser discutido por parte dos doutrinadores.

O processo penal, em busca de uma resposta estatal à sociedade imputando uma pena ao infrator necessita de um conjunto probatório, pelo qual não conste nenhum vício, merecendo grande destaque aqueles que irão produzir a prova em juízo, pois, como já dito, o processo penal, nada mais é do que um jogo, do qual

o que apresentar os melhores argumentos e as provas correspondentes, sairá como vitorioso.

Portanto, diante de uma nova forma de produção de provas, com a participação da polícia militar, da polícia científica, bem como dos protagonistas judiciais, novos modelos de provas estão sendo utilizados, principalmente quando se tratar de meios de interceptações telefônicas, de infiltração em organizações para obtenção de determinadas provas, bem como as provas cotidianas que necessitam sempre em primeiro momento da participação da polícia militar.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco T. **Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas, Ambientais e Gravações Clandestinas**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9296, de 24 de Julho de 1996. Interceptação de Comunicações Telefônicas, de Qualquer Natureza, para Prova em Investigação Criminal e em Instrução Processual Penal**. Brasília: Senado Federal, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9296.htm. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11690, de 9 de Julho de 2008. Código de Processo Penal, Relativos à Provas, e dá Outras Providências**. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12850, de 2 de Agosto de 2013. Define Organização Criminosa e Dispõe Sobre a Investigação Criminal, os Meios de Obtenção da Prova, Infrações Penais Correlatas e o Procedimento Criminal.** Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 08 fev. 2018.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Manual de Processo Penal.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 3. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos.** 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PATENTE, Antônio Francisco. **Preservação de Locais de Ocorrências e os Procedimentos da Polícia Militar.** Disponível em: <<http://revista.policiamilitar.mg.gov.br/periodicos/index.php/alferes/article/download/179/240>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.