

USO DAS PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO USO DE PROVA ILÍCITA NA FASE INQUISITÓRIA

USE OF THE PROOFS IN THE PENAL PROCEDURAL BRAZILIAN USE OF ILLICIT PROOF IN THE FASE INQUISITORIA

SOUZA, Tiago da Silva ¹
SOUZA, Danilo Victor Nunes de ²

RESUMO

A prova ilícita pode contaminar todo o processo, conforme preceitua o artigo 157 do Código de Processo penal, vejamos: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Desta forma, o presente trabalho visa estudar a prova quando obtida ilicitamente durante inquérito, tendo em vista não se tratar de fase processual e sim, inquisitória. Mesmo diante da independência funcional da autoridade policial, ela está vinculada ao Poder Judiciário. A etapa de persecução criminal está sujeita a legalidade e garantias constitucionais.

Palavras-chave: Inquérito. Persecução Criminal. Provas Ilícitas.

ABSTRACT

The illicit proof can contaminate the whole process, as it sets down the article 157 of the Code of penal Process, let us see: Inadmissible Saint, should be eviscerated of the process, the illicit proofs, understood like this them obtained in violation to constitutional norms or you delegate. This way, the present work seeks to study the proof when obtained illicitly during inquiry, tends in view if he/she doesn't treat of procedural phase. Even due to the authority policeman's functional independence, she is linked to the Judiciary Power. The stage of criminal percussion is subject the legality and constitutional warranties.

Keywords: Scientific Article. Methodology. Standards.

1. INTRODUÇÃO

¹ Aluno do Curso de Formação de Praças da Polícia Militar de Goiás - CAPM, tiago_silvajj@hotmail.com; Ceres – Go, Maio de 2018.

² Professor orientador Professor do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, depolpcgo10924@gmail.com; Ceres – Go, Maio de 2018.

Este trabalho abordará as provas colhidas na fase inquisitória, as quais são fundamentais para o processo, e que, no entanto, não podem ser adquiridas de qualquer forma, tendo em vista que a maneira em que a prova for obtida pode trazer nulidade para certos atos ou até mesmo para o processo em si.

A pesquisa em questão se limitará as principais referências sobre o assunto expostas no Código de Processo Penal. Insta salientar que não pretende analisar aspectos sociais, psicológicos ou políticos dos envolvidos, mas tão somente o aspecto jurídico, o qual nos interessa. O objetivo é responder o seguinte questionamento: A prova ilícita contamina o processo desde o inquérito? No que tange as provas ilícitas no processo adentrar-se-á, principalmente, no contexto da prova ilícita colhida no momento da abordagem da polícia militar.

A prova é instrumento de grande relevância para o processo penal, pois através dela, inclusive, o réu pode ser condenado ou inocentando. A análise que se faz é sobre as provas ilícitas colhidas na fase inquisitorial, o seu poder de contaminar, tonar nulo ou não o processo. Deste modo, o presente estudo visa investigar sobre a validade de tais provas quando obtidas, principalmente pela polícia militar, ilicitamente no inquérito.

É importante fazer uma rápida abordagem sobre prova ilícita para que o leitor possa compreender em primeiro momento este instituto para que posteriormente sejam abordadas as provas que são colhidas ilicitamente no inquérito.

Observa-se que a autoridade policial possui autoridade funcional, ou seja, podem controlar suas atividades sem que haja intervenção do poder judiciário, especialmente quanto à abordagem feita pela Polícia Militar.

De acordo com o artigo 4º, CPP, a polícia tem por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria, devendo para tanto, dotarem dos instrumentos necessários, e reforçando essa mesma ideia, o artigo 6º, inciso III, deste mesmo código, explicita que cabe à autoridade policial colher todas as provas que servirem para o esclarecimento das circunstâncias e do fato.

Após o colhimento das provas que julgarem importantes para esclarecimento do fato, a autoridade policial encaminha o inquérito ao juízo competente, será então distribuído para o Promotor de Justiça que poderá oferecer ou não a denúncia.

Assim, oferecendo a denúncia, o juiz analisará as provas e poderá ou não usá-las no processo penal. Havendo indícios de provas obtidas ilicitamente, caberá ao juízo tomar providências, sendo este o foco do presente trabalho, onde será analisado a aplicação das provas obtidas ilicitamente na fase inquisitorial e o Princípio da Proporcionalidade admitido no Processo Penal Brasileiro.

Deste modo, verificar-se-á se é possível a utilização de prova ilícita por derivação e as possibilidades de aplicação do Princípio da Proporcionalidade mesmo quando a prova ilícita ocorrer na fase inquisitorial. Foi relevante para a elaboração deste projeto pesquisas em doutrinas e jurisprudências sobre o tema tratado, com o intuito de clarear o que está disposto na lei e o entendimento jurisprudencial sobre o assunto. Foi utilizado o método hipotético dedutivo baseando-se em hipóteses a fim de que surjam respostas ao problema suscitado. Foram empregadas algumas técnicas de pesquisas importantes para o desenvolvimento do trabalho, que aprimora o manuseio correto para empregar o conhecimento colhido de outros lugares, para a devida importação a esse trabalho acadêmico.

A título de aprimoramento, a pesquisa se dará pela utilização de compilação, consistindo na exposição de pensamentos de vários autores acerca do tema, através de pesquisa documental e bibliográfica em documentação indireta, tais como artigos, livros, leis e outros.

2. BREVE CONCEITUAÇÃO DE PROVA ILÍCITA

Provas ilícitas são aquelas que foram adquiridas de modo ilegal, ou seja, forma diversa do que permite a lei. Para entendermos quando as provas que são ilícitas é necessário analisar o que diz a Constituição Federal e o Código de Processo Penal sobre o tema.

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVI, diz que não serão admitidas no processo provas adquiridas de forma ilícita, desta forma, observamos que a Carta Magna rejeita qualquer tipo de prova ilícita, vejamos:

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, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

O Código de Processo penal também abrange o tema, acrescentando ainda que as provas que forem derivadas das ilícitas também não serão admitidas. Ou seja, mesmo que tenham sido adquiridas de forma legalizada, se a prova deriva de outra que foi obtida de forma ilícita é proibido o seu uso no processo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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 (BRASIL, 1941).

A doutrina também traz entendimento sobre o assunto, vejamos o ensinamento de Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico (MORAES, 1999, pág. 114).

Observa-se que o autor conceitua a prova ilícita e assegura que tal instituto é obtido desrespeitando a lei processual penal e que tal espécie de prova é derivada das chamadas provas ilegais. As provas colhidas na fase inquisitória é atividade da polícia representando neste ato o próprio Estado.

O Estado quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido (MARQUES, 1959, pág. 76).

O clássico autor aduz que a investigação é um exercício do Estado na luta contra o crime, desta forma, é dever do Estado, através da polícia, buscar na fase inquisitorial provas para instruir o processo. No entanto, existe a possibilidade de que estas provas tenham sido colhidas de forma ilícita, como por exemplo, interceptação telefônica sem ordem judicial.

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 e aquelas que afrontem princípios constitucionais. Essas provas não serão admitidas no Processo Penal (CAPEZ, 2012).

Após conceituação de prova ilícita, verifica-se que esta ilicitude pode ocorrer no inquérito policial, caso ocorra a ilicitude na fase inquisitória o processo poderá ser todo contaminado, observa-se o entendimento doutrinário:

Uma sentença pode ter como juízo de valoração ato administrativo nulo? É admissível um ato jurídico, independentemente de sua natureza jurídica, estar imunizado ou blindado contra a declaração de invalidade jurídica? A resposta é, obviamente, negativa para as duas, impondo a conclusão de que uma sentença somente pode valorar atos administrativos válidos e que nenhum ato jurídico está imune ao filtro de legalidade. E, mais do que isso, um ato nulo/ilícito está submetido ao instituto da causalidade e da contaminação, de modo que vai contaminar os que dele derivarem, sendo evidente que a nulidade de um inquérito policial não apenas deverá ser reconhecida e declarada pelo magistrado, como também irá atingir a ação penal e conseqüente processo penal decorrente dessa invalidade originária (GLOECKNER, p. 339,2014).

De acordo com autor supracitado a prova ilícita obtida no inquérito é capaz de contaminar todo processo e caberá ao juiz competente declarar a nulidade do inquérito. No entanto, mesmo que as provas colhidas de forma ilícita venham a contaminar o processo, diante do princípio da proporcionalidade é necessário analisar a proporção do dano causado e o bem jurídico envolvido, deste modo, a

depender do entendimento do magistrado, poderá vir a anular apenas alguns atos do processo e não o processo em um todo.

2.1 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA

Prova ilícita por derivação é aquela que mesmo sendo produzida licitamente derivou de uma prova ilícita, ou seja, se a prova ilícita não existisse, a derivada mesmo sendo lícita, não existiria. Para melhor compreensão do tema, vejamos os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico (MORAES, 1999, p. 114).

Deste modo, verifica-se que o autor faz uma distinção entre prova ilícita e ilegítima, no entanto, analisar-se-á aqui as provas derivadas das provas ilícitas, ou seja, aquelas que foram adquiridas através de uma prova que infringiu o direito material, neste caso o Código Penal Brasileiro. Cabe frisar, que o Estado em tese não pode condenar alguém com base em provas que foram adquiridas ilicitamente, mas existe uma exceção à regra, que permite em alguns casos, analisando as provas ilícitas por derivação, que o agente seja condenado pelo crime. Vejamos:

Especificamente, a teoria dos frutos envenenados repõe a obtenção de provas ilícitas por derivação. Esta prova contamina as provas subsequentes, por efeito de repercussão causal, o efeito é a nulidade do processo penal, eis que jamais se admite condenar o agente da infração penal sem observar as garantias constitucionais (GOMES, 2010).

Percebe-se que quando existe a contaminação de uma prova, as demais segundo a doutrina passam a ser também ilícitas, e trazendo como consequência a

nulidade processual. A jurisprudência pátria, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, compartilha do mesmo entendimento:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA DE FOGO. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO ACOLHIDA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. Apreensão de entorpecente e arma de fogo realizada no curso de busca domiciliar não autorizada e sem indicação da situação de flagrância constitui prova material ilícita. Ilícitude da prova reconhecida, com conseqüente absolvição. Os eminentes Ministros do Pretório Excelso, no julgamento do RE 603616, fixaram a tese jurídica assinalando a impossibilidade da configuração de justa causa para a entrada dos agentes de polícia no interior de domicílio decorrente de elementos desprovidos de valor probatório, do qual a notitia criminis anônima é exemplo. Além disso, deve ser verificado previamente pelos agentes policiais que o acusado se encontrava em "atitude suspeita", para o fim de caracterizar a situação de flagrância. Todavia, a mera fuga para o interior da residência, sem que demais circunstâncias, salvo os relatos apócrifos, pudessem indicar a possível prática de algum ato ilícito, não deve ser utilizada para tal finalidade. Dessa sorte, a ausência de elementos objetiváveis e concretos a justificar a ação de ingresso no domicílio, encontra-se configurada a violação da garantia fundamental da inviolabilidade do domicílio, impondo-se o reconhecimento da nulidade das provas ali colhidas, mediante aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, e da conseqüente absolvição do réu. Precedentes do STF e STJ. PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70074986928, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 13/12/2017) (BRASIL, 2017).

Neste caso, verifica-se que houve invasão de domicílio no intuito de caracterizar a flagrância do suspeito. Contudo, consoante disposição da Constituição Federal é ilegal ingressar em domicílio alheio sem prévia autorização judicial, deste modo, nota-se que a prova colhida nestas circunstâncias, foram ilícitas, não podendo ser utilizadas no processo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais compartilha do mesmo entendimento:

Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez

Data de Julgamento: 07/11/2017

Data da publicação da súmula: 17/11/2017

Ementa:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E TORTURA - PRELIMINAR DE

NULIDADE - FLAGRANTE - PROVAS ILÍCITAS - OFENSA AO ART. 302 DO CPP - NULIDADE DE TODAS AS PROVAS DECORRENTES POR DERIVAÇÃO - APLICAÇÃO DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - IMPOSSIBILIDADE - INÉPCIA DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - PEÇA QUE ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41 DO CPP E POSSIBILITA O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MÉRITO - DESPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL POPULAR - DECOTE DAS QUALIFICADORAS - POSSIBILIDADE QUANTO AO MEIO CRUEL - DECOTE DO MOTIVO TORPE E DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA - INVIABILIDADE - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 64 DESTA CORTE - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES - RECURSOS DEFENSIVOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS - INCONFORMISMO MINISTERIAL - CRIME CONEXO - TORTURA - INCLUSÃO NA PRONÚNCIA - POSSIBILIDADE. Constatando-se que os acusados foram surpreendidos no local com objetos utilizados para a prática criminosa, a situação amolda-se à hipótese prevista no art. 302, IV do CPP, que possibilita a invasão do local no qual os objetos utilizados para a prática da infração penal se encontrem, sem ordem judicial e independente do horário. As garantias constitucionais previstas nos incisos XI e LXI do art. 5º de nossa Carta Magna, bem como as regras infraconstitucionais que as disciplinam, não são absolutas, conforme se extrai de seus próprios textos, pois excepcionam a situação de flagrante delito. O inquérito policial consiste em procedimento investigatório meramente informativo para a propositura da ação penal. Sua função precípua é a colheita de dados hábeis à formação da opinio delicti do Órgão Ministerial. Neste sentido, eventuais irregularidades ou quaisquer outros vícios na fase investigativa não afetam ou fulminam a ação penal subsequente. A constatação de máculas no inquérito poderia, quando muito, enfraquecer o valor probante dos elementos coligidos pela polícia no curso das investigações ou autorizar a soltura dos agentes. Não há falar em nulidade do feito pela aplicação da teoria dos 'frutos da árvore envenenada' se não há sequer indícios da ilicitude das provas colhidas. Não há que se falar em inépcia da denúncia se a peça preenche a todos os requisitos exigidos no artigo 41 do Código de Processo Penal, contendo a qualificação dos acusados e a exposição dos fatos criminosos com todas as suas circunstâncias. Na fase do iudicium accusationis basta a demonstração da materialidade e a existência de meros indícios de autoria para a pronúncia. Havendo dúvida sobre a participação dos acusados no delito, cabe ao seu juiz natural dirimi-la. Incumbe ao corpo de jurados, como corolário da competência constitucional, a decisão acerca da configuração ou não das qualificadoras do homicídio (BRASIL, 2017).

No caso abaixo, o Tribunal afirma que a ilicitude no inquérito poderia enfraquecer o valor probatório do processo e afirma ainda que neste caso não há aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada por não haver indícios de ilicitude no inquérito:

Nestes termos, a rejeição, em sede de decisão de pronúncia, somente se mostra viável em caso de manifesta improcedência, ou seja, caso a imputação das circunstâncias qualificadoras seja absurda ou absolutamente destituída de embasamento nos autos. Estando evidenciado nos autos que os autores, antes de iniciarem a execução da tentativa de homicídio, impingiram sofrimento físico e mental à vítima, com o fim de obter confissão, deve ser incluída na pronúncia o crime conexo, previsto no art. 1º, I, 'a' da Lei 9.455/97 (BRASIL, 2017).

A prova ilícita está no artigo 157 do Código de Processo Penal e são inadmissíveis pela Constituição Federal, por este motivo os Tribunais Brasileiros vem reformando sentenças que condenam o indivíduo com base em uma prova ilícita ou provas dela derivadas, devendo-a ser desentranhada do processo, ou seja, retirada dos autos e será considerado como se aquela prova não estivesse existido. E caso haja falta de justa causa, por a prova ser ilícita, a denuncia não será recebida. Reconhecer a ilicitude da prova não quer dizer que o agente não poderá ser processado pelo crime que cometeu, mas sim que determinada prova não poderá ser utilizada.

Dois exemplos clássicos de provas ilícitas por derivação são a obtenção de informações ou confissões através da tortura e a interceptação de chamada telefônica sem a devida autorização judicial, aonde a autoridade judicial acaba por descobrir alguma testemunha do fato, ou o local do ato criminoso, que venha a determinar um suspeito através de tais ilegalidades. É observado que como tais provas viciadas comprometem os direitos fundamentais (integridade física, privacidade, etc.), a ilicitude irá contaminar tudo aquilo que dela vier à derivar e como consequência, não poderá ser admitidas no processo.

3. PROVA ILÍCITA NA FASE INQUISITORIAL

Após análise da fase ilícita no processo, passa-se a estudar aqui a prova concebida de forma ilícita no inquérito policial e busca-se compreender se tal prova contamina o processo e o inquérito policial.

A polícia tem o *ius puniend* sobre o ato do criminoso, fazendo assim com que o Estado exerça o seu dever/poder de punir. Deste modo, é necessário que a polícia vá em busca de fatos que provem que o agente tenha cometido o ilícito penal. No entanto, quando houver provas colhidas ilicitamente no inquérito, mesmo sendo na fase administrativa, estas podem contaminar todo o processo. Diante da grande importância das provas obtidas no inquérito, também deve seguir o que preceitua a Constituição de Federativa do Brasil. Vejamos:

A natureza administrativa do inquérito policial não o blindava contra as garantias processuais próprias do sistema processual penal constitucional brasileiro. (...) A não transmissibilidade de um vício do plano administrativo ao judicial (...) significaria que haveria um nível de proteção de direitos fundamentais diferente conforme se trate de um e outro plano jurídicos (...). A alusão de que o inquérito policial não se subsume ao controle de legalidade equivale a uma declaração de presunção absoluta de sua regularidade. (...) Imunizar esse ato contra qualquer declaração de invalidade é blindá-lo contra o exame de legalidade. Assim, o magistrado utilizaria os autos da investigação em sua sentença como elemento de motivação, mas paralelamente o acusado não poderia alegar sua invalidade (LOPES JUNIOR, 2013, p. p. 338-343).

O inquérito policial, quando analisado as provas que dele advém devem também ser submetidas à legalidade como todas as outras demais provas, pois este não é imune de invalidação.

Um dos grandes defensores dessa corrente é o Ministro Celso de Mello, que em recente julgamento no STF proferiu voto em defesa da imprestabilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Argumenta ele nesse voto que a “absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo

providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica (MELO, 2013).

O Ministro Celso de Mello partilha da opinião de que as provas que são colhidas com ilicitude possuem imprestabilidade no processo penal, ou seja, é inválida radicalmente, não se submetendo então à teoria da descoberta inevitável, que entende ser lícita a prova de mesmo não havendo nexos com a prova ilícita seria descoberta.

Neste tópico abordou-se o tema prova ilícita que é conquistada infringindo a lei. Para ser utilizada no processo, existe uma exceção, segundo o Princípio da Proporcionalidade. As provas ilícitas geram a nulidade do processo penal, o juiz não pode condenar o indivíduo baseando somente no inquérito policial e os fatos devem ser confirmados no processo.

Ocorre que no casos das cautelares, que serão deferidas com base no inquérito policial. As provas ilícitas sozinhas não geram a extinção do processo, que poderá continuar tendo como base as provas lícitas já existentes.

3.1 PROVA ILÍCITA NO ÂMBITO DE ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

A Polícia Militar diante do cumprimento de suas funções também pode colher provas de forma ilícita que posteriormente instruirão o inquérito e conseqüentemente um eventual processo. Um dos exemplos mais utilizados pela doutrina é a violação de domicílio, a CONSTITUIÇÃO FEDERAL em seu artigo 5º, inciso XI, preleciona que:

“A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

Caso seja haja necessidade que um policial militar adentre ao domicílio de um indivíduo é indispensável que haja uma autorização judicial, ou flagrante delito, havendo também as exceções no caso das excludentes trazidas pelo próprio artigo. Se um policial adentrar em domicílio alheio sem que haja situação de flagrância e sem determinação judicial e vier a encontrar alguma prova que incrimine o indivíduo, para o direito esta prova é considerada ilícita.

Os agentes públicos só podem agir diante do que está previsto em lei, conforme prevê o Princípio da Legalidade Pública. Com base nessa premissa, podemos afirmar que qualquer atividade realizada pela polícia militar que extrapole seu âmbito constitucional de atuação, especialmente no que se refere às atividades de polícia investigativa/judiciária, deve ser considerada inconstitucional.

Tendo em vista que a Polícia Militar não tem competência constitucional para a realização de atos de polícia investigativa, salvo nos caso de infração originalmente militar, qualquer atividade nesse sentido estará contrário ao que prevê o artigo 44 da CF. Haveria, no presente caso, uma clara contradição ao que aduz o direito material, o qual iria caracterizar a ilicitude das provas obtidas por esse meio.

Caberia, legalmente, ao Delegado de Polícia, como defensor primário dos direitos fundamentais dos indivíduos, constatar tal ilegalidade. Esse tipo de conduta por parte da Polícia Militar, causa à Justiça grandes riscos, pois poderá simplesmente, culminar na impunidade de um criminoso.

3.2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Diante da proteção do direito fundamental da prova da inocência, prevalece o Princípio da Proporcionalidade que somente será possível para beneficiar o réu a fim de que este promova a sua defesa.

As normas Constitucionais devem conviver harmonicamente, porque no Brasil não existe direito absoluto, um exemplo é o direito à vida que é, dentre outros, o princípio mais importante, mas que no caso de legítima defesa pode afastado desde que presente os critérios legais da causa excludente. No caso da prova ilícita em confronto ao direito e princípio legal, o direito a não utilização de prova ilícita e o direito à liberdade, sempre prevalecerá este.

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 um estudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2012; p. 369).

Como dito anteriormente, em casos de benefícios aos réus a doutrina e a jurisprudência permitem que as provas obtidas ilicitamente sejam utilizadas. No entanto, existe uma possibilidade de uso da teoria da proporcionalidade em desfavor do acusado, hipótese que ainda está sendo trabalhada pela doutrina e jurisprudência, trata-se de conflito entre o direito individual e o direito de toda a sociedade, nestes casos, aplica-se o princípio da proporcionalidade contra o réu.

Entende o autor que o policial diante do princípio das provas ilícitas, encontra-se freado em suas funções, pois perante uma prova colhida de forma diferente daquela que a lei determina será ilícita mesmo que os fatos sejam reais. Deste modo, a solução seria a análise da veracidade e importância das provas e sendo elas reais mesmo colhidas ilicitamente utilizadas nos processos, assim evitaria que a polícia "plantasse" provas e também que ficassem de mãos atadas no estrito cumprimento de seu dever.

Os resultados alcançados foram que as provas colhidas ilicitamente podem anular o processo, no entanto, existe o princípio da proporcionalidade que admite o uso da prova colhida de forma ilícita desde que seja com o intuito de beneficiar o réu.

4. RESULTADO E DISCUSSÃO

A Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVI diz que não serão admitidas no processo provas adquiridas de forma ilícita, assim, observamos que a Carta Magna rejeita qualquer tipo de prova ilícita, vejamos:

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, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

O Código de Processo penal também versa sobre o tema, acrescentando ainda que as provas que forem derivadas das ilícitas também não serão admitidas:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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 (BRASIL, 1941).

A doutrina também traz entendimento sobre o assunto, vejamos o ensinamento de MORAES:

"As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico"(MORAES, 1999, pág. 114).

Observa-se que o autor conceitua e assegura que a prova ilícita é obtido desrespeitando a lei processual penal e que tal espécie de prova é derivada das chamadas provas ilegais. As provas colhidas na fase inquisitória são atividades da polícia civil representando neste ato o próprio Estado, conforme preleciona MARQUES:

"O Estado quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido" (MARQUES, 1959, pág. 76).

O clássico autor aduz que a investigação é um exercício do Estado na luta contra o crime, desta forma, é dever do Estado através da polícia, buscar na fase inquisitorial provas para instruir o processo. No entanto, existe a possibilidade de que estas provas tenham sido colhidas de forma ilícita, nesse sentido segundo CAPEZ, há que se observar que:

“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 e aquelas que afrontem princípios constitucionais. Essas provas não serão admitidas no Processo Penal”. (CAPEZ, 2012)

Após toda a conceituação de prova ilícita, verifica-se que esta ilicitude pode ocorrer também no inquérito policial, tema do presente trabalho, e caso ocorra a ilicitude na fase inquisitória, há a investigação do processo para observar se este será todo contaminado, observa –se o entendimento doutrinário:

Uma sentença pode ter como juízo de valoração ato administrativo nulo? É admissível um ato jurídico, independentemente de sua natureza jurídica, estar imunizado ou blindado contra a declaração de invalidade jurídica? A resposta é, obviamente, negativa para as duas, impondo a conclusão de que uma sentença somente pode valorar atos administrativos válidos e que nenhum ato jurídico está imune ao filtro de legalidade. E, mais do que isso, um ato nulo/ilícito está submetido ao instituto da causalidade e da contaminação, de modo que vai contaminar os que dele derivarem, sendo evidente que a nulidade de um inquérito policial não apenas deverá ser reconhecida e declarada pelo magistrado, como também irá atingir a ação penal e conseqüente processo penal decorrente dessa invalidade originária (GLOECKNER, p. 339,2014).

De acordo com autor supracitado a prova ilícita obtida no inquérito é capaz de contaminar todo processo e deverá o juiz, diante de análise, declarar a nulidade do inquérito. No decorrer deste trabalho o tema foi analisado com mais profundidade.

Diante das pesquisas até aqui elaboradas pode-se dizer que as provas colhidas de forma ilícita podem sim contaminar todo um processo penal, mas que,

diante do princípio da proporcionalidade é necessário analisar a proporção do dano causado e o bem jurídico envolvido.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho abordou o tema prova ilícita na fase inquisitorial, com o intuito de responder o seguinte questionamento: as provas ilícitas obtidas na fase inquisitorial contaminam todo o processo? Após toda a análise jurisprudencial e doutrinária, percebe-se que as provas obtidas ilicitamente são capazes de contaminar todo o processo, mesmo o inquérito sendo um ato independente, tendo em vista sua grande relevância para a abertura do processo penal.

Nota-se que sem as provas colhidas no inquérito torna-se difícil a abertura do processo, tendo em vista que não é permitida a instauração processual sem que haja início de prova material. Todo o processo é guiado pelas provas obtidas através da investigação policial. Desta forma, uma ilegalidade nesta seara pode tornar todo o processo nulo.

Cabe ressaltar aqui que as provas ilícitas são aquelas que ofendem as disposições das leis e da própria Constituição Federativa do Brasil, assim sendo, pode-se dizer que a ilicitude é derivada da ofensa ao direito material. O presente estudo traz como afirmação da problemática suscitado à resposta de que a fase inquisitória é essencial para o bom andamento do processo e neste ínterim, afirma-se que as provas colhidas forma ilícita na fase inquisitória é capaz de contaminar todo o processo, podendo inclusive gerar sua nulidade.

Existem exceções para o tema, que através do princípio da proporcionalidade, que tem por intuito garantir que o réu se beneficie da prova colhida ilicitamente quando esta lhe for favorável. Este mesmo princípio possui uma exceção, que se trata da possibilidade do uso do mesmo princípio em prejuízo ao réu, quanto um direito de maior proporção for confrontado como, por exemplo, o direito individual versus o direito coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 27 de jan. de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 27 de jan. de 2018.

BRASIL. **Teoria do fruto da árvore envenenada**. Disponível em: www.tjrs.jus.br ,. Acesso em: 18 de fev. De 2018.

CAPEZ, Fernando – **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva.2012.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen e LOPES Jr. Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2ª ed. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Que se entende pela teoria dos frutos da árvore envenenada** - "fruits of the poisonous tree"? . Disponível em: www.lfg.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 20 de fev. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Apontamentos sobre Processo Criminal**, RT, 1959.

MELO, Celso de. Apelação 307 -3 . Disponível em: www.stf.jus.br . Acesso em: 10.02. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 5ª edição, ed. Atlas, 1999.

POLÍCIA **Militar e as atividades de polícia investigativa e judiciária**. Disponível em: <https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/121943693/policia-militar-e-as-atividades-de-policia-investigativa-e-judiciaria>>. Acesso em: 16 maio 2018.