

DAS PROVAS ILEGAIS NO PROCESSO PENAL

OF ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

VÊNCIO, Laricy da Silva¹
SILVA, Werik Ramos da²
SILVA, Bruna Daniella de Souza³

RESUMO

O artigo científico a ser trabalhado consistirá em abordar as limitações das provas no processo penal, sob a óptica das normas constitucionais e infraconstitucionais. Existem impasses existentes quanto ao uso das provas ilícitas no Processo Penal, no entanto, o tema é bastante atual e discutido no nosso ordenamento jurídico, com grandes debates perante nossos juristas, existindo divergências quanto a utilização das provas ilícitas, de quando as mesmas são permitidas ou não permitidas. É sabido que a Constituição Federal impede usar das provas obtidas por meios ilícitos, mas que, por outro lado, doutrinadores e juristas tem condicionado esses entendimentos com fundamentos no princípio da proporcionalidade que busca apresentar casos comuns na esfera judicial, em que a proibição do uso das provas ilícitas e diversos direitos fundamentais se esbarram. Também será abordado a respeito da atuação policial militar que diuturnamente encontram-se diante do local do crime na colheita provas, visto que estas são essenciais para embasar nas convicções dos juízes para uma futura condenação.

Palavras-chave: Prova ilegal. Interceptações telefônicas. Atuação policial militar.

ABSTRACT

The scientific article to be worked will be to address the limitations of evidence in criminal proceedings, from the perspective of constitutional and infraconstitutional norms. There are existing impasses regarding the use of illegal evidence in the Criminal Procedure, however, the subject is quite current and discussed in our legal system, with great debates before our jurists, there are differences as to the use of illegal evidence, when they are allowed It is well known that the Federal Constitution prevents the use of evidence obtained by means of illicit means, but that, on the other hand, jurists and jurists have conditioned these understandings based on the principle of proportionality that seeks to present common cases in the judicial sphere, in which the ban on the use of illicit evidence and various fundamental rights come up against it. It will also address the fight against military police crime that is in front of the crime scene in the taking of evidence, since these are important to support the convictions of the judges for a future conviction.

¹ Aluna do curso de formação de Praças, do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás - CAPM, laricyvencio@hotmail.com, Morrinhos-GO, Maio de 2018.

² Professor Orientador: Subcomandante da 10ª Companhia Independente da Polícia Militar de Morrinhos-CIPM, werikr@gmail.com, Morrinhos – Go, Maio de 2018.

³ Professora Orientadora: Doutora professora do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, brunadani.souza@gmail.com, Goiânia-GO, maio de 2018.

Keywords: Illegal evidence. Telephone interceptions. Military police action.

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna elenca alguns direitos fundamentais, dentre eles a expressa proibição da produção de provas no processo por meios ilícitos, conforme o artigo 5º, inciso LVI. A Lei nº 11.690/08 também trouxe consigo normas que vedam o uso das provas ilícitas, conforme caput do novo art.157, do Código de Processo Penal são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

A polícia militar tem papel fundamental na preservação e isolamento do local do crime, impedindo que as evidências sejam contaminadas ou introduzidas no local fazendo com que a eficácia na perícia criminal seja mais atuante e discriminada, evitando qualquer dano e também na forma importante no que tange chegar ao local do crime primeiramente.

A atuação policial militar no local do crime é de enorme importância para a proteção da cena e essa se inicia com o primeiro policial que chegar no evento, cuidando para que não sejam destruídos nem alterados as posições e localizações dos mesmos, isolando-o sempre e impedindo a entrada de pessoas, cuidando para que as evidências não sejam contaminadas ou introduzidas no local fazendo com que a eficácia na perícia criminal seja válida para que se evite qualquer dano as provas a serem colhidas.

A metodologia empregada para a realização desse trabalho, foram os métodos dedutivo e indutivo. Dedutivo, pois se norteia a partir de doutrinas conceituadas para interpretação das leis e indutivo, pois são baseados em casos particulares, destacados pelas mídias e em julgados dirimidos pelos tribunais. Durante o trabalho será apresentado a Teoria Geral da prova e seus Princípios norteadores, seguindo-se de aspectos mais específicos, como o desdobramento da prova, especialmente a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, escutas, gravações e interceptações telefônicas e, finalmente, entendimentos jurisprudenciais sobre assuntos que serão aqui tratados.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 TEORIA GERAL DA PROVA

A prova tem enorme valor no processo, pois é por meio dela que o juiz passa a conhecer os fatos e assim forma a convicção sobre os elementos necessários para a decisão da lide. Provar é arquitetar a existência da verdade, é a maneira de demonstrar a certeza do que se justifica ou argumenta para assim acontecer à devida condenação do réu, é preciso que sua criminalidade seja provada, isso acontece através das provas.

Prova vem do latim *probatio*, *proba*, de *probaree* é todo o elemento ou meio que tem por fim o convencimento do juiz sobre o que se procura alcançar em determinado processo. Com ela é possível demonstrar a existência ou inexistência de um fato e a veracidade do mesmo.

Afirma Tourinho Filho que prova é:

[...]antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelece-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *themaprobandum*. (FILHO, 2009 p. 522)

Como o juiz não está presente diante dos acontecimentos se faz necessário à juntada de provas no processo, para o devido conhecimento dos fatos do processo.

É o juiz quem vai dizer se 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 de que dispõe, reconstruir fatos passados. Assim, a finalidade das provas é mostrar para o julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real. (FILHO, 2013 p. 234)

Alguns estudiosos afirmam que o vocábulo prova possui três compreensões:

[...] a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de provas oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2008 p. 338)

Sendo assim prova é o procedimento, o sistema ou o modo pelo qual demonstra-se os acontecimentos de fatos dentro de um processo judicial.

De acordo com o atual entendimento doutrinário, se define que prova é a reunião de objetos pelas partes ou requisitados pelo juiz que visam formar convencimentos em relação a ações, casos e circunstâncias.

Guilherme de Souza Nucci menciona que “[...] o termo prova deriva do latim probatio, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 293).

Vejamos abaixo o conceito e finalidade da prova, nas palavras do Professor Norberto Avena:

Prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias. [...] No processo penal, a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo. Não se destina, portanto, às partes que a produzem ou requerem, mas ao magistrado, possibilitando, destarte, o julgamento de procedência ou improcedência da ação penal. (AVENA, 2015. p. 456).

Observa neste sentido, o mencionado pelo Professor Mirabete em sua obra:

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

Entende-se que para as partes existe um direito à prova. Portanto, esse direito é aplicado como um desenrolamento do direito de ação, não se limitando o direito de propor ou de se ver praticados os meios de prova, mas de fato intervir no convencimento do julgador.

O artigo 5º, da Constituição Federal determina regras e princípios objetivando à proteção dos direitos fundamentais, neste sentido, frisa-se à proibição ao uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Objetivando adequar o Código de Processo penal de 1941 a esta normatização ditada pela Carta Magna, tal proibição foi introduzida pela Lei nº 11.690/2008 no artigo 157, caput, do CPP, passando a estabelecer que sejam inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas.

Seguindo a orientação dos autores clássicos, entendem-se como ilícitas as provas obtidas por meio de violação de normas que possuam natureza material, sendo preciso, ainda, que essa violação provoque, direta ou indiretamente, afronta a garantia ou a princípio constitucional.

A dúvida que se levanta é saber se essa característica da ilicitude, como vício relacionado à ofensa direta ou indireta à Constituição Federal, ainda subsiste no ordenamento jurídico atual, visto que o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, alterado pela referida lei nº 11.690/2008, preceituou que ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

O Professor Norberto Avena discorre a respeito:

[...] compreendendo que o mencionado art. 157 do CPP não pode ser interpretado literalmente, sob pena de ocorrerem verdadeiros paradoxos processuais. Imagine-se, pois, que ao inquirir uma testemunha isenta, esqueça-se o magistrado de compromissá-la. Ao assim proceder, terá ele violado o disposto no art. 203 do CPP, que o obriga a tal providência. Ora, tal circunstância caracteriza uma mera irregularidade, ou, na pior das hipóteses, uma nulidade relativa sujeita à demonstração do prejuízo pela parte interessada. Se, contudo, entendermos que a violação a qualquer lei infraconstitucional conduz à ilicitude da prova, resultará que o depoimento assim prestado deverá ser considerado ilícito e, via de consequência, desentranhado dos autos e inutilizado, *ex vi*, do que estabelece o art. 157, *caput* e seu § 3º, do CPP, procedimento este que nos parece inconcebível diante da ausência absoluta de gravidade da omissão judicial. (AVENA, 2015. p. 476).

E continua, ainda, o Professor Norberto Avena em sua linha de raciocínio:

Por tudo isso, não temos a menor dúvida de que persiste a definição clássica de prova ilícita como aquela obtida em violação direta ou indireta a garantias ou preceitos de índole constitucional. Quanto à referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas em *violação a normas constitucionais ou legais*, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso “ou legais” como hipóteses de violação indireta à Magna Carta, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional. (AVENA, 2015. p. 477).

As provas ilícitas são as provas adquiridas com desobediência direta ou indireta de normas ou princípios ditados pela Constituição Federal.

Como a prova ilícita é considerada subespécie do gênero compreendido pelas provas ilegais, não pode, evidentemente, ser utilizada no processo criminal como motivo de convicção do juiz.

Traduz-se, enfim, como uma limitação de índole constitucional (art. 5º, LVI) ao sistema do livre convencimento estabelecido no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal, sistema este do qual decorre a regra no sentido de que não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado convencer-se a partir de qualquer prova, ainda que atípica (sem regulamentação expressa no texto legal).

No que se analisa essa proibição constitucional, a doutrina e a jurisprudência majoritárias tem um bom período que declara a possibilidade de se utilizar provas ilícitas em favor do réu, na hipótese de ser a única maneira de absolvê-lo ou de comprovar um fato relevante à sua defesa.

Entretanto, se aplica o princípio da proporcionalidade, que também recebe o nome de sopesamento, que diante do raciocínio da compreensão de que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 228), possibilita que se possa analisar, diante da possibilidade de confronto de direitos fundamentais, que diz qual de fato deve ser amparado pelo Estado.

Vejamos um exemplo apresentado pelo Professor Norberto Avena:

[...] imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente (conduta criminosa, conforme reza o art. 10, da Lei nº 9.296/1996, em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, *fine*, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado. De um lado, há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, há o *caput* do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, entre outros, o direito à liberdade. No balanceamento comparativo entre esses dois fatores do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida. (AVENA, 2015. p. 484).

Seguindo o raciocínio do Professor Norberto Avena, acima descrito, seria possível utilizar em favor do réu, sendo a única forma de inocentá-lo, uma prova obtida mediante tortura? A resposta é não, pois essa prova não possui a menor confiabilidade.

Diferente é a situação da interceptação telefônica clandestina pelo fato de que uma conversa telefônica registrada por terceiro, ainda que sem ordem judicial, apesar de ser um meio ilícito de prova e apesar de sua captação constituir crime, é susceptível de ser considerado fidedigno, podendo o juiz utilizá-lo em prol do réu.

Contrário é a prova obtida mediante tortura, que, adquirida mediante o sofrimento alheio, não permitirá ao julgador, em nenhuma possibilidade, por razões óbvias, presumi-lo verdadeiro.

Todavia, o uso da prova ilícita pro societate diante do princípio da proporcionalidade é vedada pela maioria doutrinária e jurisprudencial, embora se relacione do único elemento de prova conduzido aos autos suscetível de conduzir a punição do condenado.

Verifica-se que o processo penal tem como finalidade o descobrimento da verdade. Portanto, é preciso que se recomponham os fatos de maneira a se descobrir, como, realmente, decorreram.

Nessa recomposição, o princípio, deve ser a licitude da prova e livremente disto, a precisão de estabelecer-se a predominância da segurança da sociedade, que está assegurada no art. 5º, caput, da Constituição Federal, que faz com que deva ser permitida contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, cessando assim, a impunidade de criminosos.

A Constituição Federal estabelece através do artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, desde que haja autorização judicial para que as mesmas sejam alcançadas.

O Professor Norberto Avena, discorre sobre a classificação das interceptações telefônicas, conforme abaixo se verifica:

A expressão interceptação telefônica *lato sensu* corresponde a um gênero, que se subdivide em três espécies distintas, a saber: a) interceptação telefônica *stricto sensu*, hipótese na qual um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, registrando ou não os diálogos mantidos, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento da presença do agente violador; b) escuta telefônica, situação na qual um terceiro viola a conversa telefônica mantida entre duas ou mais pessoas, havendo a ciência de um ou alguns dos interlocutores de que os diálogos estão sendo captados; e, c) gravação telefônica, aqui não há a figura de terceiro, um dos interlocutores, simplesmente, registra a conversa que mantém com o outro. Não há, propriamente, uma violação de conversa telefônica, já que o registro está sendo feito por um dos indivíduos que mantém o diálogo. (AVENA, 2015. p. 488).

Temos como conceito de interceptação, sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, a conduta de alcançar a comunicação telefônica de outrem, tendo informação do conteúdo de tal comunicação. É da descoberta da interceptação a participação de outrem, que se passa a ter conhecimento do objeto de uma comunicação realizada.

Não se pode equivocar sobre os conceitos de interceptação com escuta telefônica, muito menos com gravação telefônica. A interceptação acontece sem a ciência dos interlocutores, ou seja, nenhum dos indivíduos tem conhecimento de que o conteúdo da comunicação está sendo

descoberto por um terceiro. Na escuta telefônica, um dos interlocutores tem ciência da intervenção de um terceiro na comunicação, sendo que na gravação telefônica a descoberta é feita por um dos comunicadores, sem a interferência de terceiro.

Prevalece nos dias atuais, o entendimento quase que definitivo na doutrina e jurisprudência, a posição de que as gravações telefônicas não amparadas pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal são, como regra, meios lícitos de prova, mesmo que elas sejam realizadas sem ordem judicial prévia.

Nas palavras do Professor Norberto Avena:

[...] para as gravações, a regra é a licitude, ainda que não haja autorização judicial prévia. Entretanto, se obtidas com violação de confiança, nesse caso serão ilícitas as gravações realizadas não por afronta ao inciso XII, mas sim ao inciso X, do artigo 5º, da CF, pouco importando haja ou não, neste último caso, ordem judicial, visto que o inciso X, ao contrário do inciso XII, não ressalva a autorização do Juiz como permissivo para as condutas que afrontem a privacidade. (AVENA, 2015. p. 489).

Verifica-se, portanto, que em relação às gravações telefônicas entre os interlocutores, possa existir um vínculo diferenciado de confiabilidade, o qual essa relação de confiabilidade para um dos interlocutores consista em motivo de imensa insatisfação, pois é como se ter violado sua intimidade que é legitimada pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Neste sentido, deve o Judiciário buscar respaldo no Princípio da Proporcionalidade, ainda recatado na esfera das provas, apreciando os direitos em divergência, afim de salvaguardar os bens de maior valor, ainda que expressamente inserido na Constituição, isso por que nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto.

2.2 PROVAS ILEGAIS

Prova ilegal se relaciona ao gênero, do qual fazem parte três espécies diferentes de provas: as provas ilícitas, as provas ilegítimas e as provas ilícitas por derivação, que serão apresentadas detalhadamente durante a elaboração deste trabalho.

Mas o grande questionamento é por que se vedar a utilização da prova ilegal no processo criminal? Pela visão de um indivíduo que é considerado leigo na área do Direito, soa absurdo

permitir-se a absolvição de um culpado pelo fato de a prova contra ele produzida ter sido alcançada por meios ilícitos.

No que pese tal visão, equivocada diga-se de passagem, para descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer custo. Mesmo diante de um prejuízo da apuração da verdade, em prol de um resultado maior que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa, não se admite utilizar em um processo com provas produzidas por meios ilícitos.

A eficiência do processo, entendida como o meio de funcionar os mecanismos processuais que tendem a alcançar o objetivo final do processo, que é apurar os fatos e as responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais sob pena de retirar a legitimação da punição estatal.

Nesse sentido, como destaca com propriedade o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, referindo-se às provas ilegais:

[...] a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *'due process of law'*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório, (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *'male captum, bene retentum'*. (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007. A expressão *male captum, bene retentum* significa “mal colhida, mas bem conservada”).

Ademais, seria contrário dizer que em um processo criminal, que tem a finalidade de apurar práticas ilegais, o Estado se vale de meios que violam direitos que comprometem toda a legítima seriedade do sistema, pois ele mesmo usa de ilícitos para almejar seus fins.

2.3 PROVAS ILÍCITAS

Embora a Carga Magna não tem em sua redação uma forma expressa de inadmitir a utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos, não consta em seu texto conceitos do que sejam provas ilícitas, e nem mesmo regras de consequências para o uso destas.

O artigo 5º, da Constituição Federal estabelece regras e princípios visando à proteção dos direitos fundamentais, neste sentido, sobressai a vedação ao uso de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Objetivando adequar o Código de Processo penal de 1941 a esta normatização ditada pela Carta Magna, tal proibição foi introduzida pela Lei nº 11.690/2008 no artigo 157, caput, do CPP, passando a estabelecer que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas.

Seguindo a orientação dos autores clássicos, entende-se como ilícitas provas que são alcançadas por violações de normas que contém conteúdo material, sendo preciso que essa violação provoque a ofensa a garantia ou a princípios constitucionais.

A dúvida que se levanta é saber se essa característica da ilicitude, como vício relacionado à ofensa direta ou indireta à Constituição Federal, ainda subsiste no ordenamento jurídica atual, visto que o artigo 157, caput, do Código de Processo Penal, alterado pela referida lei nº 11.690/2008, preceituou que ilícitas são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

O Professor Norberto Avena discorre a respeito:

[...] compreendendo que o mencionado art. 157 do CPP não pode ser interpretado literalmente, sob pena de ocorrerem verdadeiros paradoxos processuais. Imagine-se, pois, que ao inquirir uma testemunha isenta, esqueça-se o magistrado de compromissá-la. Ao assim proceder, terá ele violado o disposto no art. 203 do CPP, que o obriga a tal providência. Ora, tal circunstância caracteriza uma mera irregularidade, ou, na pior das hipóteses, uma nulidade relativa sujeita à demonstração do prejuízo pela parte interessada. Se, contudo, entendermos que a violação a qualquer lei infraconstitucional conduz à ilicitude da prova, resultará que o depoimento assim prestado deverá ser considerado ilícito e, via de consequência, desentranhado dos autos e inutilizado, *ex vi*, do que estabelece o art. 157, *caput* e seu § 3º, do CPP, procedimento este que nos parece inconcebível diante da ausência absoluta de gravidade da omissão judicial.” (AVENA, 2015. p. 476).

E continua, ainda, o Professor Norberto Avena em sua linha de raciocínio:

Por tudo isso, não temos a menor dúvida de que persiste a definição clássica de prova ilícita como aquela obtida em violação direta ou indireta a garantias ou preceitos de índole constitucional. Quanto à referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas em *violação a normas constitucionais ou legais*, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso “ou legais” como hipóteses de violação indireta à Magna Carta, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita em garantia constitucional. (AVENA, 2015. p. 477).

Neste sentido, são exemplos de provas ilícitas que decorrem de afronta ao texto constitucional em vigor: a) interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, o que relaciona a violação da garantia constitucional inserida no artigo 5º, XII, da CF; b) prova obtida mediante violação de correspondência lacrada, importando em violação direta da garantia constitucional inserida no artigo 5º, XII, da CF; c) busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, retiradas de situações de flagrante, desastre, socorro ou consentimento do morador, daí ocorrendo violação direta do artigo 5º, inciso X, da Carta Magna.

Outrossim, são exemplos de provas ilícitas decorrentes do afronta indireta da Carta Magna, ou seja, de dispositivos infraconstitucionais com conteúdo material, ainda que inseridos em diplomas processuais: a) interrogatório judicial do réu sem a presença de advogado, violando-se, diretamente, o artigo 185 do Código de Processo Penal e indiretamente o artigo 5º, LV, da CF; b) interrogatório judicial do réu sob coação, violando-se com isso, diretamente, o direito ao silêncio estatuído no artigo 186 do Código de Processo Penal e, indiretamente, o privilégio constitucional da não autoincriminação, que decorre, entre outros princípios, do artigo 5º, LXIII, da Carta Magna.

Analisa-se que, nestes dois últimos casos, ainda que tenha ocorrido violação direta a texto integrante de legislação processual (artigos 185 e 186 do Código de Processo Penal), tratava-se os dispositivos violados de regras que não possuíam um fim em si mesmas, mas, ao contrário, visavam ao cumprimento de garantia constitucional (contraditório, ampla defesa e direito ao silêncio).

Com a introdução da Lei nº 11.690/2008, foram alterados artigos do Código de Processo Penal, ficando estabelecido que provas ilícitas devem ser extraídas dos autos, uma vez esgotada a decisão para o desentranhamento da prova declarada como inadmissível, esta será invalidada por decisão judicial, sendo discricionário as partes acompanhar o incidente processual (artigo 157, § 3º, CPP).

O Código de Processo Penal tendeu-se a apreciar o direito das partes à obtenção, antes da sentença, de um pronunciamento judicial acerca de sua ilicitude ou não de prova que sejam acostadas aos autos, firmando na hipótese de reconhecimento dessa ilicitude, a obrigatória exclusão de provas tidas como inadmissíveis.

Embora, neste aspecto, inexistam qualquer inovação, dado que sempre houve a possibilidade de realizar o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, o exame da validade da

prova no curso do processo, a previsão legal é relevante, pois restringe a prática muito utilizada pelos juízes no sentido de relegar essa análise valorativa apenas na fase final da ação penal, momento este em que, indiscutivelmente, a prova eventualmente considerada ilícita, ainda que não usada como fundamento da sentença, acaba por interferir no convencimento íntimo do juiz.

Nas palavras do Professor Norberto Avena:

[...] como a ilicitude é questão que envolve violação direta ou indireta da Constituição Federal, não há tempo certo para a sua arguição. Destarte, nada impede até mesmo por uma questão de estratégia processual, que somente na fase recursal ou após o trânsito em julgado de sentença condenatória venha a ser sustentado pelo interessado o vício da prova, buscando a reforma dessa decisão ou, dependendo do caso concreto, a própria anulação do processo ou da decisão nela proferida. (AVENA, 2015. p. 478).

No que pese a inexistência de previsão legal expressa, a decisão que reconhece a ilicitude da prova é recorrível, sendo que o recurso cabível é o recurso em sentido estrito, por interpretação extensiva do artigo 581, XIII, do Código de Processo Penal. Afinal, o reconhecimento da ilicitude de uma prova não deixa de ser uma forma de anulação parcial da instrução, justificando-se a interposição do recurso em sentido estrito.

2.4 PROVAS ILEGÍTIMAS

Partindo-se do princípio de que entende-se por provas ilícitas apenas aquelas que violam normas de conteúdo material com reflexo constitucional, devem-se considerar como ilegítimas aquelas realizadas por violação de regras de natureza processual.

Vejamos o que informa o Professor Renato Brasileiro:

De seu turno, a prova será considerada ilegítima quando obtida mediante violação à norma de direito processual. A título de exemplo, suponha-se que, ao ouvir determinada testemunha, o magistrado se esqueça de compromissá-la. Assim o fazendo, incorreu em violação à regra do art. 203 do CPP, dispositivo este que obriga o juiz a compromissar a testemunha. Em outro exemplo, no curso de audiência uma de instrução e julgamento, o magistrado pede à vítima que realize o reconhecimento do acusado. A vítima, então, olhando para trás, aponta o acusado com o suposto autor do delito, o que fica registrado na ata da audiência. Como se vê, tal reconhecimento foi feito ao arpejo do art. 226 do CPP, que traça o procedimento a ser observado na hipótese de reconhecimento de pessoas e coisas. Em ambas as situações, temos exemplos de provas obtidas por meios ilegítimos, porquanto colidas com violação à regra de direito processual. (LIMA, 2015. p. 608).

Dentre outras características das provas obtidas por meios ilegítimos podemos elencar sobre o momento em que é produzida que em regra é no curso do processo.

No caso de nulidade absoluta, esta poderá ser alegada a qualquer tempo, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da decisão. Se a nulidade for relativa, todavia, o seu questionamento deve ser feito no momento oportuno, sob pena de preclusão, o qual é preciso comprovar o prejuízo.

Vejamos o que diz o Professor Norberto Avena, neste sentido:

Como se vê, diversamente do que ocorre com a ilicitude, na ilegitimidade é possível imaginar a norma violada com disposição oposta à que contem, sem que, com isso, nela se vislumbre qualquer inconstitucionalidade. (AVENA, 2015. p. 481).

2.5 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Provas ilícitas por derivação são as lícitas em sua essência, mas que derivam de uma outra prova ilícita, ou de uma situação de ilegalidade, que também são contaminadas.

Trata-se, enfim, da aplicação da teoria norte-americana dos Frutos da Árvores Envenenada, segundo o qual o defeito existente no tronco contamina os frutos.

A admissibilidade no processo de provas ilicitamente derivadas poderiam objetivar de situações que contornem as proibições probatórias do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, isto é, as partes teriam a sensação de coragem para recorrer a situações de ilícitos objetivando servir de elementos de prova até então inalcançáveis por vias legais.

Vejamos o conceito de provas ilícitas por derivação nas palavras do Professor Renato Brasileiro:

Provas ilícitas por derivação são, portanto, os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. A título de exemplo, suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Indubitavelmente, essa confissão deverá ser declarada ilícita. Pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a obtenção de uma prova aparentemente lícita (v.g. localização e apreensão de um cadáver). Apesar da apreensão do cadáver ser aparentemente lícita, percebe-se que há um nexó causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Em outras palavras, não fosse a prova ilícita originária, jamais teria sido possível a prova que dela derivou. Nessa linha de pensamento, é possível concluir que a ilicitude da prova originária transmite-se, por

repercussão, a todos os dados probatórios que nela se apoiem, ou dela derivem, nela encontrem o seu fundamento causal. (LIMA, 2015. p. 612).

Atualmente, com as alterações da Lei nº 11.690/2008, o Processo Penal, em relação a vedação à prova ilícita por derivação está presente no artigo 157, § 1º, do CPP, dispondo que: “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (artigo 157, § 1º, do Código de Processo penal).

É preciso agir com cuidados para fiel aplicação dessa exceção, para que não se fraude a proibição da valoração das provas ilícitas por derivação, relatando, pois se tratar de fonte independente. Para a teoria da fonte independente seja empregada, exige que seja demonstrado de fato e de forma inequívoca que a prova que está sendo avaliada pelo juiz seja proveniente de fonte autônoma. No caso de não ser demonstrado essa ausência de qualquer nexos causal, vale-se a teoria da prova ilícita por derivação.

O fato de existir uma fonte independente que seja eficiente para direcionar o objeto da prova não é a única exceção à teoria da prova ilícita por derivação. Existem ainda, dois outros fenômenos que também permitem o uso da prova, mesmo que está, na sua origem anterior, decorra de uma prova que contenha vícios.

Vejamos quais são os mesmos nas palavras do Professor Norberto Avena:

1) O fenômeno da limitação da contaminação expurgada, também conhecido como limitação da conexão atenuada. Trata-se da hipótese em que, apesar de estar contaminado, um determinado meio de prova em face da ilicitude da prova ou da ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento posterior expurga esta contaminação, permitindo-se o aproveitamento da prova. É importante observar que, na contaminação expurgada, existe nexos de causalidade entre a situação de ilegalidade e a prova que se quer utilizar. Contudo, este nexos é abrandado ou atenuado pela interferência de um acontecimento posterior; 2) O fenômeno da descoberta inevitável, isto é, hipótese na qual a prova será considerada admissível se evidenciado que ela seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais. (AVENA, 2015. p. 482).

Um exemplo é quando a polícia realiza a prisão de um indivíduo de forma ilegal, sem situação de flagrante e sem ordem escrita do juiz. Durante o trâmite dessa prisão ilegal, se o indivíduo se sentir coagido e vier a confessar o crime de que está sendo investigado, no entanto a confissão é uma prova ilícita por derivação, pois obtida durante o período em que se encontrava o mesmo ilegalmente preso. Contudo se futuramente for ouvido em juízo, o indivíduo venha a confessar ao juiz seu envolvimento, e confirme o que ocorreu na fase policial,

essa nova confissão será validada, pois depura a contaminação determinada pela confissão antes relatada no âmbito da delegacia.

Agora, em relação ao segundo fenômeno, podemos apresentar o segundo exemplo: a autoridade policial, mediante tortura, obtém de um indivíduo a confissão de que, efetivamente, matou determinada pessoa, depositando o corpo em um terreno baldio existente nas proximidades de sua casa. Dirigindo-se ao local, o corpo é localizado. Nesse caso, o contexto probatório formado pela descoberta do corpo no local indicado pelo indivíduo não poderá ser utilizado contra ele, pois obtido ilicitamente, a partir de tortura. Imagine-se, contudo, que, independentemente da forma criminosa como obtida a confissão do indivíduo, quando se deslocou ao lugar por ele indicado, tivesse o delegado se deparado com um grupo de parentes da vítima fazendo buscas, já se encontrando bastante próximos do lugar onde estava o corpo, ficando claro, com isto, que o cadáver seria inevitavelmente descoberto. Ora, em tal hipótese, ainda que haja nexos entre a ilegalidade e a prova, a localização do cadáver poderá ser validada sob o fundamento de que o local em que se achava o corpo seria inevitavelmente descoberto.

3 PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

As provas ilícitas são as provas obtidas com infringência direta ou indireta de normas ou princípios ditados pela Constituição Federal, e como ela é considerada subespécie do gênero compreendido pelas provas ilegais, não pode, evidentemente, ser utilizada no processo criminal como fator de convicção do juiz. Traduz-se, enfim, como uma limitação de índole constitucional (art. 5º, LVI) ao sistema do livre convencimento estabelecido no artigo 155, caput, do Código de Processo Penal, sistema este do qual decorre a regra no sentido de que não há hierarquia entre as provas, podendo o magistrado convencer-se a partir de qualquer prova, ainda que atípica.

No que pese essa proibição determinada, a doutrina e a jurisprudência vem considerando o uso das provas ilícitas em favor do réu quando esta for a única maneira de absolvê-lo ou de comprovar um fato que venha a ser relevante à sua defesa. Portanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade que retrata que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 228), assegura a análise de choque entre direitos fundamentais, e qual será defendido e assegurado pelo Estado.

Vejam os um exemplo apresentado pelo Professor Norberto Avena:

[...] imagine-se uma prova obtida mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente (conduta criminosa, conforme reza o art. 10, da Lei nº 9.296/1996, em franca violação à intimidade de alguém e em total desacordo com a regra do art. 5º, *fine*, da Constituição Federal, mas que seja capaz de provar a inocência do acusado. De um lado, há essa prova, flagrantemente ilícita em razão do afrontamento direto à Magna Carta. De outro, há o *caput* do mesmo dispositivo constitucional assegurando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, entre outros, o direito à liberdade. No balanceamento comparativo entre esses dois fatores do que o direito à intimidade violada, releva o direito à liberdade do réu, que não poderá sofrer uma condenação injusta. Por isso, em seu favor, tem-se considerado razoável e proporcional utilizar a prova ilicitamente obtida. (AVENA, 2015. p. 484).

A utilização da prova ilícita pro societate diante do princípio da proporcionalidade é vedada pela maioria doutrinária e jurisprudencial, ainda que seja o único meio de prova fixado aos autos que sejam passíveis de condenar o réu.

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

Não se trata de considerar lícita a prova ilícita apenas porque usada em favor do réu. No entanto, não se pode afixar a alguém a imperfeição da condenação quando existem provas, mesmo que sejam ilícitas, pois se entende que se decorrer da prática do crime, da ação de organizações especializadas, não se pode extremar o princípio da proporcionalidade a ponto de concentrá-lo, ao interesse do réu.

Neste sentido, vejamos outro exemplo do Professor Norberto Avena:

Imagine-se, por exemplo, a hipótese de que um agente policial, infiltrado em organização criminosa voltada ao tráfico de drogas (crime de mal coletivo), valendo-se da confiança nele depositada pelo líder da associação e do fato de ter acesso às dependências de sua residência em razão dessa confiança, venha a conseguir registrar, a partir de equipamento eletrônico clandestinamente acoplado em dita casa, a prova capaz de comprovar seu envolvimento na prática de crimes. Ora não há dúvidas de que, considerada a letra fria do texto constitucional, essa prova importaria em violação à intimidade e no conseqüente afrontamento da regra inscrita no art. 5º, X, da CF, pouco importando se há ou não há a ordem judicial prevista no art. 10, *caput*, da Lei nº 12.850/2013 (que regulamenta os procedimentos de investigação do crime organizado, pois, afinal, a proteção constitucional à intimidade prevista no rotulado inciso X não é ressalvada pela possibilidade de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII da CF). a despeito dessa ilicitude que se afigura, contrariando a posição jurisprudencial dominante, não vemos razão plausível para que tal prova não possa ser usada visando a condenação do traficante, possibilitando sua segregação como forma de preservar o

interesse público maior, qual seja o de evitar a disseminação do uso de drogas em decorrência das ações por ele perpetradas. (AVENA, 2015. p. 485).

Verifica-se, portanto, que o processo penal possui como alcance descobrir a verdade. Mas para isso, é necessário que se restabeçam os fatos de forma a se descobrir, como elas realmente ocorreram, e precisa estabelecer a necessidade que prevaleça a segurança da sociedade, assegurada pela Constituição que faz com que seja admitida contra o réu, evitando que os criminosos fiquem impunes.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A Constituição Federal, estabelece, através do artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, desde que haja autorização judicial para que as mesmas sejam captadas.

Norberto Avena, discorre sobre a classificação das interceptações telefônicas, conforme abaixo se verifica:

A expressão interceptação telefônica *lato sensu* corresponde a um gênero, que se subdivide em três espécies distintas, a saber: a) interceptação telefônica *stricto sensu*, hipótese na qual um terceiro viola a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, registrando ou não os diálogos mantidos, sem que nenhum dos interlocutores tenha conhecimento da presença do agente violador; b) escuta telefônica, situação na qual um terceiro viola a conversa telefônica mantida entre duas ou mais pessoas, havendo a ciência de um ou alguns dos interlocutores de que os diálogos estão sendo captados; e, c) gravação telefônica, aqui não há a figura de terceiro, um dos interlocutores, simplesmente, registra a conversa que mantém com o outro. Não há, propriamente, uma violação de conversa telefônica, já que o registro está sendo feito por um dos indivíduos que mantém o diálogo. (AVENA, 2015. p. 488).

Temos como conceito de interceptação, sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, o ato de violar a comunicação telefônica de outrem. Como dito alhures, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XII, estabelece que são invioláveis as comunicações telefônicas, salvo ordem judicial. Tal artigo foi interpretado de maneira errada, pois permite se concluir que apenas diante de ordem judicial são violáveis as comunicações telefônicas.

Predomina, na atualidade, o entendimento quase absoluto de que as gravações telefônicas não protegidas pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, são lícitas mesmo que elas sejam conseguidas sem ordem judicial.

Nas palavras do Professor Norberto Avena:

[...] para as gravações, a regra é a licitude, ainda que não haja autorização judicial prévia. Entretanto, se obtidas com violação de confiança, nesse caso serão ilícitas as gravações realizadas não por afronta ao inciso XII, mas sim ao inciso X, do artigo 5º, da CF, pouco importando haja ou não, neste último caso, ordem judicial, visto que o inciso X, ao contrário do inciso XII, não ressalva a autorização do Juiz como permissivo para as condutas que afrontem a privacidade. (AVENA, 2015. p. 489).

Verifica-se, portanto, em relação às gravações telefônicas, a existência de uma exceção, qual seja, se entre os interlocutores, tiver relação de confiança, essa relação de confiança, mesmo que para um deles constitua decepção, nesse caso considera-se violada a intimidade que é assegurada pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Nesse sentido, o STJ ao considerar ilícita a prova decorrente da amásia que gravara a conversa mantida com o parceiro em relação a crime por este cometido, em decorrência, obviamente, da violação de confiança e, conseqüentemente, da violação à intimidade:

É certo que o STF entende que a licitude da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser examinada caso a caso. Na hipótese, a gravação deu-se pela amásia do réu tão somente para responsabilizá-lo pelo homicídio perpetrado contra a vítima, com quem ela mantinha envolvimento amoroso. [...] destarte, a prova aqui é ilícita, colhida que foi com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF/1988), porque não foi colhida como meio de defesa ou em razão de uma investida criminosa. (STJ, HC 57.961/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21/06/2007).

Por último, deve-se ressaltar que não se considera interceptação telefônica a simples quebra de dados telefônicos, que são considerados os registros existentes na empresa de telefonia em relação a ligações, como os dados cadastrais, datas de ligações, horários, números de telefones, duração de chamadas, dentre outras informações relativas as ligações realizadas.

Destarte, esses dados podem ser autorizados judicialmente com vista a apuração de qualquer infração penal (mesmo aquelas não sujeitas à pena de reclusão), bem como para instrução de procedimentos que não possuam natureza criminal.

Neste sentido:

A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei nº 9.296/96 (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal) e ressalvadas constitucionalmente tão somente na investigação criminal ou instrução processual penal. (STJ, EDcl no RMS 17.732/MT, DJ 19/09/2005).

Contudo, gravação clandestina não se mistura com interceptação, pois é lícita a prova que consiste no assunto da gravação de conversa feita por um dos interlocutores, sem o aval do

outro, se não há motivo legal relacionado ao sigilo ou reserva de conversa, principalmente quando se destina a fazer prova a favor de quem a gravou.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente, observamos que a prova tem fundamental função no processo, pois é por meio dela que se busca conhecer a realidade dos fatos, necessária à aplicação da norma jurídica. Diferente do que ocorre no Processo Civil, no âmbito penal o magistrado não se contenta com fatos alegados pelas partes, requerendo sempre diligências que achar convenientes para completar vazios e dirimir dúvidas que possam existir.

Contudo, essa verdade não se satisfaz com a alegação dos fatos, o alegado deve ser provado pelas partes, portanto por esse motivo se conclui que a prova é o instrumento principal e indispensável para se firmar a convicção do Juiz que analisará a lide.

No entanto, na audiência o juiz observa as normas estabelecidas pelo sistema jurídico, e não são elas somente as positivas, todavia, essa regra não é engessada, neste sentido, o Judiciário deve buscar apoio no princípio da proporcionalidade, que ainda é pouco abrangido no âmbito das provas, buscando sempre o direito de maior valor, pois nenhum direito ou garantia fundamental, é absoluto devendo ser analisado caso a caso.

Em relação às interceptações, escutas e gravações telefônicas, não há que se questionar qualquer ilegalidade no que tange especificamente as gravações, vista que seria feita por uma das partes, mesmo que com o desconhecimento da outra parte, com a exceção de se violar a confiança, no caso de assunto relacionado à confidência da outra parte; quanto às interceptações e escutas, apenas com autorização judicial, e se não for observado o que dita a lei, cominará não só em nulidade, mas também em responsabilização criminal dos que não se atentarem ao que diz a lei.

Diante dos incontáveis julgados que acabam por se opor a prisão em flagrante e ao trabalho da equipe policial na captura de provas para validar sua voz de prisão, esse instituto se faz elementar para o conhecimento de todos os profissionais de segurança pública que atuam diuturnamente na colheita das tais provas, essenciais para subsidiar os magistrados em suas convicções absolutórias e, principalmente, nas condenatórias.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689/41. Código de Processo Penal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Dje-018 17/05/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 57.961/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Dje-018 21/06/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no RMS 17.732/MT, DJ 19/09/2005.

FILHO, Tourinho. Processo Penal, volume 2, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato. Manual de processo penal. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MIRABETE, Júlio. Código penal interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme. Código penal comentado. 7. ed. rev. atual e. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Pacelli. Curso de processo penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.