

A POSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NA SEGUNDA FASE DA PERSECUÇÃO PENAL

THE POSSIBILITY OF ACCEPTANCE OF ILLEGAL PROOF IN THE SECOND PHASE OF CRIMINAL PERSECUTION

ALVES, Raul Victor Pereira Silva¹
PEREIRA, Jacó Santos²

RESUMO

Essa pesquisa se inicia com o estudo sobre as provas processuais. Onde o objetivo é analisar as possibilidades em que as provas ilícitas poderiam ser utilizadas na segunda fase da persecução penal. A importância desse artigo é para orientar a tropa quando em atividade policial se deparar com este tipo de situação, estar preparada e agir com consciência dentro da legalidade. Para tanto, o alcance destes dados se deu através de pesquisas baseadas em livros de doutrinadores modernos respeitados no âmbito de processo penal. Doutrinadores estes que explanam o conceito e as classificações da prova, para posteriormente descrever três teorias sobre a admissibilidade de provas ilícitas no curso do processo. A terceira relativiza o uso das provas ilícitas, a primeira aceita plenamente toda prova viciada e a segunda restringe inteiramente a sua utilização. Assim, é exposto que a teoria que veda integralmente a aceitação da prova penal ilícita é mais comumente utilizada por doutrinadores, tribunais e processualistas.

Palavras-chave: Persecução penal. Prova processual. Prova ilegal. Prova ilícita.

ABSTRACT

This research begins with the study on procedural evidence. Where the objective is to analyze the possibilities in which illicit evidence could be used in the second phase of criminal prosecution. The importance that this article makes to guide the troop when in police activity is distinguished by this type of situation, being prepared and acting within the legality. In order to do so, the scope of these data was obtained through researches based on books of modern doctrinators respected in criminal proceedings. These doctrinators explain the concept and classifications of the

¹ Aluno do Curso de Soldado, Turma A Luziânia, do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, raul.victor@outlook.com;

² Professor orientador: Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Professor do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás – CAPM, jaco.santospereira@gmail.com, Luziânia-GO, Fevereiro de 2018.

evidence, and then describe three theories on the admissibility of illicit evidence in the course of the process. The third relates to the use of illicit evidence, the first fully accepts any vitiated evidence, and the second completely restricts its use. Thus, it is exposed that the theory that completely forbids the acceptance of illicit criminal evidence is more commonly used by lecturers, courts and processualists.

Keywords: Criminal prosecution. Procedural evidence. Illegal evidence. Illicit evidence.

1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho inicialmente remete a conceitos básicos de provas em processo penal, assim também trará definições sobre um tipo específico de prova, a prova ilícita.

Foram buscadas informações atuais sobre o tema, por estar em constante discussão o assunto. Livros e manuais de processo penal foram as principais fontes de pesquisa.

As provas são os elementos que dão convicção aos atos. É a partir delas que o juiz formará assim seu entendimento.

O interesse pelo tema se deu no momento em que se notou o quão essenciais são as provas no processo. Diante disto, a afinidade e o conhecimento mesmo que básico sobre o assunto também tiveram grande peso.

A partir desse ponto, é iniciado um estudo sobre o que seria estas provas ilícitas, sobretudo de forma principal direcionado à hipótese de sua aceitação em processos, na segunda fase da persecução penal, já que há uma grande divergência desse assunto entre doutrinadores e magistrados. Destacando assim o tema do trabalho a uma perspectiva de interesse funcional.

O intuito deste trabalho em primeiro momento seria definir o que de fato então seria as provas ilícitas, conceituando-a a fim de discorrer mais claramente seus sub tópicos. Logo após será visto sobre como se pode classifica-las, quem poderia utiliza-las, e por fim quando e quais delas poderão ser utilizadas no processo de modo que não o torne vicioso. Sendo este último o ponto principal da discussão do trabalho.

A principal fonte de pesquisa foram livros atualizados de grandes autores renomados no âmbito desse assunto, grande parte destes livros obtidos através da internet, já que hoje em dia o acesso a livros digitalizados se tornou maior graças a evolução da tecnologia. Porém também foram consultados livros físicos com a ajuda de estudantes da área. Além de livros também foram utilizadas outras fontes para melhor elucidação do assunto como: artigos científicos e teses. Para a elaboração da pesquisa se utilizou palavras chaves como: persecução penal, processo penal, prova processual, provas ilegítimas, ilícitas.

Este trabalho justifica sua importância para a PMGO a partir do momento em que em suas atividades rotineiras no dia a dia da atividade policial militar o PM se depara com ocorrências que se desmembram em ocorrências secundárias através de provas ilícitas. Servindo assim como uma instrução, um estudo, um alerta para o policial militar ter conhecimento sobre estes casos. Um bom exemplo seria as ocorrências em razão de invasão domiciliar sem fundadas suspeitas, onde as prisões em flagrante - em decorrências de provas obtidas através desse adentramento domiciliar ilegal – serão ilícitas. Outro exemplo são as interceptações telefônicas feitas pela PM, onde todas as prisões - salvo em caso de crime militar - feitas em decorrência delas serão prisões ilegais.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1. O EVENTO CRIMINOSO E A PERSECUÇÃO PENAL

Toda vez que alguém comete uma infração penal, a constituição e o código penal confere ao estado o direito de puni-lo. Todavia, o Estado não pode puni-lo à seu modo, existe um rito, um procedimento, que deve ser seguido, e o modo como será conduzida esta punição é chamado de persecução penal.

Pode-se dividir a persecução penal em duas fases: A investigação criminal e o processo penal.

A primeira fase é a investigação criminal (inquérito penal). Etapa essa onde se investiga a materialidade do crime e sua autoria. Fase inquisitorial responsável pelo recolhimento de provas.

Já a segunda fase é denominada de processo penal, ação penal. Esta fase que estará inserida no tema do trabalho. É a fase jurisdicional que analisa as provas, dando ao juiz convicção sobre a valoração da sentença (condenação ou absolvição do julgado).

2.2. A PROVA NO PROCESSO PENAL

A palavra *prova* na sua etimologia advém do latim: *probatio* que quer dizer ensaio, exame. Trazendo para o significado direto com conceitos de dicionários destacamos: evidência, comprovação, aquilo que demonstra afirmação ou confirma um fato verdadeiro.

Nucci (2016), em uma de suas obras elucida o termo da palavra prova que advém da palavra *probatio*, oriunda do latim, que teria como sinônimos: inspeção, verificação, argumentação, confirmação, aprovação, dentre outros. E assim em suas respectivas formas verbais: verificar, ensaiar, persuadir, comprovar.

Levando mais para o aspecto jurídico haverá um conceito mais direcionado do que seria uma prova.

Nucci (2002) diz que “prova é conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias.”.

Entende-se então por prova todo elemento gerado perante o páblio do contraditório e ampla defesa. Tudo aquilo de que algum modo possa contribuir para a valoração do juiz, afirmando ou negando, abrindo assim debate para seu valor.

Inerente a esse conceito de prova dispõe também sua finalidade e objeto juntos, complementando-se.

Tourinho Filho (2009) em sua obra diz que “A Finalidade da prova é formar a convicção de Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa.”.

Roberto Avena (2017) entende por objeto de prova seriam “todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam alguma comprovação.”.

Sua finalidade então é influenciar no convencimento daquilo que se é pautado, enquanto o objeto é aquilo que se quer demonstrar.

Prado (2009) em seu conceito dicotômico de finalidade diz que “diz que são duas as principais finalidades da prova: formar o convencimento do juiz sobre o que

se alega e embasar a decisão final da demanda perante a coletividade”. Ou seja, como se não fosse o bastante as provas sugerirem a convicção, é atribuída também a finalidade de fundamentar essa convicção induzida.

As provas são classificadas quanto:

- Seu objeto
- Seu valor
- Ao sujeito
- Ao procedimento

Quanto ao seu objeto:

Entende-se que dentro desta, a prova poderá ser ou definida por “prova direta” ou por “prova indireta”. Segue a definição:

Por Norberto (2016) entende-se que “as provas diretas serão aquelas que sozinhas já apresentam o próprio fato da investigação. Diferentemente da prova indireta que não apresenta o fato diretamente e sim se põe a deduzir a partir de uma lógica inegável.”

Discordando de grande parte dos autores temos uma explanação de Aury Lopes Jr (2014) que em uma de suas obras entende que essa divisão em provas diretas e indiretas nas palavras dele é um “desacerto”, pois todas as provas seriam indiretas, ressalvando apenas os crimes praticados na própria sala de audiência.

Quanto ao valor:

Neste caso a prova será ou categorizada como plena ou dada como não plena. Mais uma vez Noberto Avena expõe uma definição clara do que seria esta classificação.

Provas plenas: são aquelas que permitem um juízo de certeza quanto ao fato investigado, podendo ser utilizadas como elemento principal na formação do convencimento do juízo acerca da responsabilidade penal do acusado. *Exemplos:* prova documental, prova testemunhal, prova pericial etc.

Provas não plenas: são aquelas que, inseridas na condição de provas circunstanciais, podem reforçar a convicção do magistrado quanto a determinado fato, não podendo, porém, ser consideradas como o fundamento principal do ato decisório. *Exemplos:* O indício (art. 239 do CPP). (NOBERTO AVENA, 2017 pág. 316)

Quanto ao sujeito:

Seguindo as classificações há agora quanto ao sujeito, que possui uma das mais básicas e fáceis definições, sendo ela Real ou Pessoal.

Doutrinadores atuais têm facilitado concepções e conceitos dos assuntos analisados para maior entendimento daqueles que se interessa por suas obras.

De uma forma bastante clara, Nestor Tavora e Rosmar Rodrigues (2016) diz que “a prova será real quando for emergente do fato. Ex: fotografias, pegadas, cadáver. E que será de natureza pessoal quando decorrer do conhecimento de alguém em razão do *thema probandum*. Ex: confissão, testemunha...”

Quanto ao procedimento:

Para finalizar, a classificação quanto ao procedimento, que pode ser tanto nominada – dividida ainda entre típica e atípica - quanto inominada.

- a) Nominada: a legislação prevê o meio de prova (com a indicação do seu nomen juris), podendo deixar ou não em aberto a forma de sua produção. A prova nominada pode ainda ser:
- a.1) Típica: a doutrina assim classifica a prova que além de nominada, tem seu modo de produção expressamente previsto pela legislação, tal como ocorre com a prova testemunhal que tanto é prevista no CPP, quanto tem seu rito delineado pelo mesmo diploma legal, com indicação da ordem de perguntas (prova nominada típica).
- a.2) Atípica: é a prova nominada que não tem seu procedimento especificado pela legislação, embora haja indicação de seu nomen juris. Em outras palavras, a lei a prevê, mas não diz o modo como ela deve ser produzida, ou seja, sua forma de produção é livre. Ex.: reprodução simulada dos fatos (há previsão legal gizada no art. 7º, CPP, mas a forma de constituição dessa prova é amplo: prova nominada atípica).
- b) Inominada: como vigora no nosso sistema, a liberdade probatória, trata-se de prova que não é vedada por lei ou pelos bons costumes, embora não haja forma legal expressa, tal como se dá com as certidões de oficiais de justiça que declaram fato (não são provas testemunhais, mas são informações que não é proibida por lei, nem ofende os bons costumes, podendo haver sua utilização se não implicar violação ou abreviação do rito procedimental). (Tavorá, Alencar, 2016 pág. 836).

Há varias outras classificações de provas, porém foram detalhadas essas primeiras por serem entendidas pelos autores como as principais.

2.3. O USO RESIDUAL DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º LVI veda totalmente a prova que vier a ser obtida de forma ilícita. Porém no que diz respeito ao que vem a ser uma prova ilícita a constituição é omissa, muito menos diz como será sua admissibilidade nos processos.

Diante disto abre-se espaço para diversas e divergentes teorias sobre o tema. Essa discursão será abordada posteriormente quando se falar da concessão das provas ilícitas.

Para tanto, devemos primeiro pontuar a diferença de prova ilícita e prova ilegítima.

Em seguida poderá se observar um conceito em que se pode ter uma ideia clara dessa distinção, exemplificando o significado de prova ilegítima.

Prova que viole o direito material (chamada de ilícita *stricto sensu*), como, por exemplo, interceptar uma ligação telefônica sem ordem judicial, e a que viole apenas o procedimento de sua produção (chamada de ilegítima), como, por exemplo, realizar um reconhecimento de uma pessoa sem outras semelhantes ao lado. (Brito; Fabretti; Lima, 2015 pág. 206)

Assim, prova ilegítima é considerada aquela prova que vai contra a norma processual, ou seja, ela viola as normas do Código de Processo Penal. Um exemplo sempre explanado pela maioria dos doutrinadores é o caso da prova pericial. Em caso hipotético de a prova pericial ser realizada por apenas 1 (um) perito oficial, sendo na lei obrigatoriamente por no mínimo 2 (dois). Neste caso, o conteúdo da prova não há como se atestar verdadeiro uma vez que o resultado infringiu norma processual.

Alguns doutrinadores sintetizam bem o conceito transcrito acima. Um deles é Renato Brasileiro (2016) que resumidamente pontua o conceito de prova ilegítima, ilustrando ainda com um exemplo.

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. (Brasileiro, 2016 pág. 836)

O intuito é abranger até chegar ao ápice do trabalho que é a discursão sobre a sua admissibilidade nos processos. Mas para isto se faz necessário entender primeiramente quando a prova será ilícita.

Para comentar sobre provas ilícitas é preciso ver previamente o seu significado, o seu conceito. Foi visto anteriormente o significado da palavra “prova”. Agora será analisada a etimologia e o significado jurídico da palavra “ilícita”.

Ilícito advém do latim (*illicitus = il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. (NUCCI, 2008 pág. 301)

Para o mundo jurídico provas ilícitas em uma definição bem simples serão todas aquelas que ferirem as regras de direito material. Ex: normas constitucionais e legais.

A prova será considerada ilícita toda vez que for alcançada de por meio ilícito, ou seja, para conseguir a prova foi violado princípios constitucionais, direito material. Como na prova ilegítima fere as normas do Código de processo penal, aqui na prova ilícita o dano as normas causados são do CP, Código penal.

Para fixar, com outras palavras Renato Brasileiro (2016) expressa que:

a prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material(penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. (Brasileiro, 2016 pág. 836)

Neste caso o que vem em desacordo com as normas é sua produção, o modo de obtenção e não seu conteúdo. Sintetizando, o conteúdo da prova é verdadeiro porém pra conseguir esse conteúdo valido foi utilizado métodos que vão contra a norma penal.

Um exemplo muito utilizado por doutrinadores para ilustrar a prova ilícita é o agente que emprega como meio a tortura para gravar confissão de um criminoso, ou até mesmo escutas telefônicas não autorizadas. Nesse caso a confissão do meliante pode até ser real, porém o meio utilizado para se obter essa prova foi contra a lei, assim essa prova será desentranhada do processo, não podendo ser utilizada, se tornando assim uma prova ilícita.

Em vista disso, o que distingue a prova ilícita da ilegítima é que aquisição da primeira feriu norma de direito material, ou seja, fora do processo; já as provas ilegítimas, foram alcançadas violando o direito processual, dentro do curso do processo.

Outra distinção é a consequência de quando a prova sendo ilegítima for apontada no curso do processo, ela será definida como nula, e logo após a prova deverá ser desentranhada do processo logo que reconhecida a ilicitude para que não interfira na convicção. Já a prova ilícita, além de ser desentranhada do processo, ainda poderá obter sanções de natureza civil, administrativa e/ou penal, dada a violação de norma material.

3 RESULTADOS E DISCURSÕES

3.1 PROVA POR DERIVAÇÃO

Mesmo com suas distinções, o caput do artigo 157 do CPP diz que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Logo, traz tanto a prova ilegítima quanto a prova ilícita nulas para o processo, não fazendo diferenciação entre elas, ou seja, não importa que uma produza violação de norma material e a outra de norma processual, pois ambas irão gerar a ilicitude da prova.

Mas não só essa vedação é expressa na redação do art 157 do CPP. No seu 1º§, em regra, a norma também veda a hipótese da utilização de provas derivadas de outras provas ilícitas.

Essa seria a regra geral, mas como quase todas as disposições de normas, há exceções à regra, situações em que as provas por derivação serão aceitas no processo. No mesmo parágrafo a redação do texto apresenta duas hipóteses.

No Código de processo penal, em seu Art 157 §1º diz que:

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.

Primeiramente se deve entender o que seria uma prova derivada de prova ilícita. Pois bem, o nome é sugestivo e auto explicativo. Prova derivada nada mais é que uma prova lícita, porém conseguida através de uma ilícita. Assim surgiu a teoria dos frutos da árvore envenenada, que ilustra que o fruto (prova lícita) vindo de uma árvore envenenada (prova ilícita) será envenenado (ilícita) também.

Diante do conceito de Reis e Gonçalves (2016) em seu livro de processo penal esquematizado, é possível observar que o entendimento deles é o estrito transcrito em lei. Ou seja, que conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário já pacificado aquelas provas obtidas de modo ilícito atinge as provas posteriores que se originam delas, mesmo que concebidas por meio lícito.

Entretanto como dito anteriormente, quase todos os regulamentos de lei possuem ressalvas. Voltando então ao transcrito no §1º do artigo já citado acima, observa-se que em sua redação o texto trouxe duas brechas. A primeira seria possível utilizar a prova derivada quando não houver nexo de causalidade entre a prova lícita e ilícita. Nessa hipótese mencionada há uma observação de Capez (2016) que é unânime e diz que uma vez que a prova lícita não possui liame com a ilícita, não há nem o que se falar em derivação, pois ela foi alcançada por uma fonte autônoma.

Um segundo momento ressalvado é quando a prova por derivação puder ser obtida de outra forma distinta da ilícita, ou seja, essa prova seria alcançada por uma fonte independente de qualquer forma, mesmo sem o auxílio da prova originária ilícita.

O §2º do artigo 157 traz a definição de fonte independente sendo “aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Neste caso, não haverá prova por derivação, não haverá ilicitude, não haverá contaminação da prova quando não possuir nexo de causalidade entre a prova ilícita e lícita e também quando a lícita puder ser alcançada de outro modo legal, por uma fonte independente, outro caminho que não seja através da prova ilícita.

3.2 A POSSIBILIDADE DO USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO

No ponto central da discussão do trabalho, que é a admissibilidade de provas ilícitas no processo, irá se estender por três correntes doutrinárias: uma que admite amplamente o uso de provas ilícitas; outra que já veda completamente sua utilização; e por último, uma outra corrente que aceita as provas ilícitas no processo porém com algumas ressalvas. Serão abordados seus argumentos e teorias.

A primeira teoria explanada será a teoria que admite extensivamente a utilização das provas ilícitas.

Sua base fundamental que sustenta esta teoria é a verdade absoluta. Prevalendo o interesse do Estado e a busca pela verdade.

A não aceitação destas provas provocaria injustiças e impunidades, por apenas um “mero detalhe”. Ou seja, para defensores desta tese, o Juiz ouvir uma confissão de um homicídio e não poder prender o homicida visto que essa confissão é fruto de uma interceptação telefônica ilegal, seria como ir contra o progresso e a justiça. A prova é ilícita, porém ela traz a verdade sobre o ocorrido e poderia sim ser base para fundamentação no veredito do magistrado.

Aqui se faz uma observação, pois essa corrente não defende que todos possam se valer de formas ilícitas para obter provas, mas sim de que as provas que assim obtidas e que possam contribuir para o esclarecimento dos fatos, deverão ser analisadas e aceitas no processo. E ainda, aqueles que usarem de meios ilícitos para produzirem provas também serão responsabilizados por seus atos.

Um adepto dessa corrente é Silva (1997) que diz:

A corrente que defende em qualquer caso a possibilidade do emprego de provas obtidas por meios ilegítimos, afirma que a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Assim, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de um adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido de comprovar em juízo o adultério, através da prova por tal forma obtida; e nem teria sentido, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério, demonstrado por meio dessa prova criminosamente obtida, devesse julgá-lo não provado e improcedente a ação de separação nele fundada. (SILVA, 1997 pág. 300)

Por ser uma corrente extremista, tem pouca força jurídica, sendo a menos aceita pela doutrina.

A segunda corrente doutrinária veda completamente o uso de provas viciadas no processo. Seguindo a norma constitucional a risca, sem admitir nenhuma exceção.

Por muito tempo essa teoria foi quase unânime entre boa parte dos processualistas, e ainda hoje é considerada por doutrina e jurisprudência a corrente majoritária. Porém com o passar do tempo vem perdendo força, mas segue presente no meio.

O substrato desta teoria pode ser exemplificado por um dito popular de conhecimento de quase todos, que é: “o seu direito acaba quando começa o do outro”. Assim alguém não pode se beneficiar prejudicando outra pessoa. Neste caso, toda prova clandestina será de imediato desentranhada do processo não servindo para a valoração do magistrado.

Com a Constituição Federal de 1988, entre os direitos e garantias individuais, estabeleceu-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Logo, a sanção processual cominada para a ilicitude da prova é a sua inadmissibilidade. Não se trata de nulidade da prova, mas de sua não aceitação nos autos do processo. Nessa linha, aliás, consoante a nova redação dada ao art. 157, § 3º, do CPP, “*preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente*”. Esse direito de exclusão também se aplica às provas ilícitas e ilegítimas, simultaneamente. Portanto, pode-se dizer que, no ordenamento pátrio, por mais relevantes que sejam os fatos apurados por meio de provas obtidas por meios ilícitos, estas não podem ser admitidas no processo. Se, mesmo assim, uma prova ilícita for juntada ao processo, surge o direito de exclusão, a ser materializado através do desentranhamento da referida prova dos autos.(Brasileiro, 2016 pág. 840)

A terceira corrente é a que adota o princípio da proporcionalidade para mediar direitos conflitados conferidos a cada cidadão. Balanceando um direito sobre o outro.

Em nossa constituição vigente se tem diversos bens tutelados protegidos por seus dispositivos. Protegidos principalmente por uma série de princípios como o princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre outros.

Ao mesmo tempo em que um dispositivo constitucional não se sobrepõe a outro, nenhum direito garantido pela carta magna é absoluto. Feito assim um sistema de contrapesos pelo princípio da proporcionalidade.

Utilizando essa balança se nota que o direito a liberdade, o direito a dignidade de pessoa humana se sobressai ao direito de utilização de uma prova ilícita. Ou seja, se deve pesar se é cabível uma pessoa tendo como única maneira de provar sua inocência, ferir um direito outorgado a outra pessoa a fim de proteger o seu direito de permanecer ou se colocar livre se utilizando de uma prova ilícita (escuta telefônica ilegal). Nesse caso da escuta ilegal, se valendo do princípio da proporcionalidade a inadmissibilidade do uso de provas ilícitas é ignorado, no entendimento dessa corrente, sendo admissível o uso, pois a violação do bem

jurídico tutelado pela inviolabilidade do sigilo de comunicações é inferior ao direito de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Um dos principais adotantes desta teoria é também a processualista pioneira em matéria de provas ilícitas, Ada Pellegrini Grinover. Grinover (1992) diz que:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeit prinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (GRINOVER, 1992)

Diante de todo o apanhado de informações nota-se que todas as três teorias já foram utilizadas em alguma ocasião isolada, porém a corrente majoritária utilizada por doutrinadores e jurisprudência nos dias atuais é a teoria que defende a vedação integralmente a utilização das provas ilícitas na persecução penal.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa abordou o tema da admissibilidade da prova ilícita no processo penal, tendo como objetivo descobrir em quais hipóteses elas poderão ser utilizadas.

Primeiramente a pesquisa fez um breve resumo do que seria de fato as provas processuais, assim, as provas processuais são elementos indispensáveis que contribuem para a composição do juízo do magistrado. Elas também possuem classificações que as atribuem características específicas.

Entretanto, a formação, o surgimento destas provas é o objeto deste artigo. Foi analisado se o servidor público policial para alcançar essa prova violou algum direito alheio, seja direito material ou direito formal. Caso tenha ferido norma jurídica para obter tal prova, ela será invalidada pelo juiz e de imediato desentranhada do processo.

Foram três as teorias analisadas na discussão do trabalho para discutir a admissibilidade das evidências nesse caso. A primeira trouxe argumentos no sentido de amplamente permitir a uso de prova ilícita uma vez que o direito um dos direitos

mais importantes que é o direito de liberdade não pode ser restringido por outro direito de bem jurídico de valor inferior a este, essa teoria não é aceita no ordenamento jurídico. Posteriormente foi vista uma segunda teoria que veda completamente a utilização destas evidências, teoria esta comumente utilizada por tribunais, assim não se observa seus efeitos, mas sim sua legalidade. E por fim uma terceira corrente foi analisada, essa por sua vez relativiza o uso de provas ilegais, uma vez que deve ser observado caso a caso, porém não é recepcionada pelos tribunais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal 9ª ed** ver. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Decreto n. 3.689, de 3 de out. de 1941**. Código de processo penal, Brasília,DF, out 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRITO, FABRETTI, LIMA. **Processo penal brasileiro** / Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti, Marco Antônio Ferreira Lima. – 3. ed. – São Paulo : Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal** / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único – 4. ed. rev., ampl. e atual.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014

NUCCI, Guilherme De Souza. **Processo penal comentado 15ª ed.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Código de Processo penal comentado 2ª ed.** São Paulo: RT, 2002.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Código de Processo penal comentado 8ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal – 21ª ed. rev., atual. e ampl. –** São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas – teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2 ed.** – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

REIS, GONÇALVES. Alexandre Cebrian Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Direito processual penal esquematizado; coordenador Pedro Lenza. – 5ª ed. –** São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista. **Curso de processo civil. v. 1.** São Paulo: RT, 1997.

TAVORÁ, ROSMAR. Nestor Tavorá e Rodrigues Alencar Rosmar. **Curso de direito processual penal 11ª ed. rev., ampl. e atual.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. **Manual de processo penal, 11 ed. rev. e atual.** – São Paulo: Saraiva, 2009.