

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

ILLEGAL PROOFS IN THE CRIMINAL PROCESS IN RESPECT OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

BUENO, João Antônio Mendes ¹

ROSA, Aline Hubaide ²

RESUMO

O presente trabalho retrata a aplicação das provas ilícitas no processo penal tendo por base o princípio da proporcionalidade, levando em consideração algumas ponderações com relação às decisões que envolvem os interesses da maioria, discorrendo assim, a inadmissibilidade das provas ilícitas com relação ao âmbito jurídico e sua possível mitigação por tal princípio. Analisando ainda a limitação pertinente a busca da verdade, baseada na proibição das provas ilícitas tendo um novo parecer a respeito da discussão existente com relação ao princípio da proporcionalidade, por ser um princípio regulador, prevendo a utilização da prova ilícita em casos de caráter excepcional ou de extrema gravidade. As provas ilícitas estão vedadas de maneira expressa no art. 5º, LVI, CF, sendo uma garantia processual as provas obtidas. Apesar de expressa essa proibição, busca-se fazer uma abordagem no que diz respeito a definição de provas, como sua função e também importância para o processo penal. Levando a discussão e provando como se deve proceder com relação às provas ilícitas e quais requisitos de validade presentes no ordenamento jurídico, devem ser observados para que não ocorram decisões injustas, por parte dos órgãos julgadores. Dessa forma, discorrer sobre as teorias existentes a respeito do tema através de exposições doutrinárias e jurisprudenciais, deixando em evidência a possibilidade da aplicação das provas ilícitas por meio do princípio da proporcionalidade.

Palavras-Chaves: Provas Ilícitas; Processo Penal; Busca da Verdade; Proibição; Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This paper presents the application of unlawful evidence in criminal proceedings based on the principle of proportionality, taking into account some considerations with regard to decisions involving the interests of the majority, thus disregarding the inadmissibility of the

¹ Aluno do Curso de Formação de Praças do Comando da Academia de Polícia Militar de Goiás-CAPM, joao.bueno@pm.go.gov.br; Pires do Rio – GO, Março de 2018.

² Professor orientador: Mestre, Professora do Programa de Pós-Graduação e Extensão do Comando da Academia da Polícia Militar de Goiás CAPM, alinehubaide@gmail.com, Catalão-GO, Maio de 2018.

unlawful evidence regarding the legal and its possible mitigation by such a principle. Further examining the relevant restriction on the search for truth, based on the prohibition of illegal evidence, having a new opinion on the existing discussion on the principle of proportionality, since it is a regulatory principle, providing for the use of unlawful evidence in exceptional cases or of extreme gravity. Illegal evidence is expressly prohibited in art. 5º, LVI, CF, being a procedural guarantee the evidence obtained. In spite of expressing this prohibition, an attempt is made to make an approach regarding the definition of evidence, as its function and also importance for the criminal process. Taking the discussion and proving how to proceed with regard to illegal evidence and what validity requirements in the legal system, should be observed so that there are no unfair decisions by the judging bodies. In this way, to discuss the existing theories on the subject through doctrinal and jurisprudential expositions, highlighting the possibility of applying the illicit evidence through the principle of proportionality.

Keywords: Ilicit Proofs; Criminal proceedings; Truth Seeking; Prohibition; Principle of proportionality.

1 INTRODUÇÃO

As produções de provas feitas pelas partes estão previstas no âmbito do processo penal. Tratando-se de matéria criminal, levando em conta a presunção de inocência do acusado, o ônus da prova cabe a quem acusa, não impedindo que a defesa também a produza.

A Lei 11.690/08 que alterou o artigo 516 do Código de Processo Penal, prevê também o pedido de provas por parte do juiz que as faz de ofício, como exemplo, ouvir uma testemunha fora do prazo legal, em busca da verdade real. As provas são levadas ao juiz como meio de convencimento, com relação a um determinado fato alegado, enquanto o mesmo se baseará nelas para tomar a decisão mais correta, buscando a verdade processual.

Apesar de ser um direito constitucional não se pode dizer que o direito a prova é absoluto, por possuir limitações com relação ao objeto, como os meios em que é produzida, ou seja, só passa a ser admitida através de uma caso ocorra uma valoração prévia, de maneira que possam fazer parte do processo, pois no processo penal a condenação só ocorre quando as provas realmente tiverem ligação do autor com o fato que está sendo acusado, devido ao princípio da verdade real, que é a busca da real verdade dos fatos, no qual os mesmos devem provar o fato criminoso, demonstrando o nexo de causalidade, autoria, materialidade e resultado.

Considerando que um dos objetivos do Processo Penal e a busca pela verdade, sem que ocorra distorções, como no caso das chamadas provas ilícitas. Claro que nessa

disponibilidade existe algumas vedações denominadas provas ilícitas, que estão expressas de forma taxativa e bem justificadas no ordenamento jurídico.

Referindo-se as provas ilícitas, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LVI traz o rol de direitos e garantias individuais, fazendo referência às provas ilícitas: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, por serem meios de provas que ferem a intimidade, a vida privada, entre outros direitos.

Sendo espécie de provas vedadas, por não serem aceitas em juízo e nem invocadas como fundamento de direito, existem as provas ilícitas por derivação por ter ocorrido de forma lícita, ou seja, ocorre através de um intermédio de informações extraídas de uma prova ilicitamente colhida. Assim configura-se provas ilícitas, aquelas que infringem o direito material e também o princípio da constitucionalidade como prática de tortura como meio de obter informação, a escuta telefônica ou uma quebra de sigilo bancário, sem que haja autorização judicial.

Esse meio de prova é definido pela teoria dos frutos da árvore envenenada, no qual, a prova ilícita está vinculada a prova ilícita derivada. Essa teoria está positivada no § 1º do art. 157, do CPP da seguinte forma: “são também inadmissíveis as provas derivadas das provas 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”.

Dessa forma, a prova ilícita será inadmitida, sem que ocorra prejuízo na continuidade regular do processo criminal, que contenha provas livres de ilicitude e que não foram contaminadas por aquela.

Existe uma segunda teoria também presente no Código de Processo Penal, no qual a prova autônoma, sendo a prova apta por fonte independente da qual se originou a ilícita, não correrá a aplicação da teoria acima mencionada.

Alguns doutrinadores e juízes, acreditam que deve ser usada, as provas ilícitas, em casos excepcionais, sendo uma maneira de proteger direitos mais importantes do que os violados na colheita de provas, sendo baseada no princípio da proporcionalidade.

O direito as provas é resultado de uma ampla possibilidade de poder usar os meios probatórios disponíveis, dessa forma, o princípio da proporcionalidade é usado para dar uma nova visão a respeito das provas consideradas ilícitas desde seu nascimento.

Diante disso, o juiz poderá usar o princípio da proporcionalidade para admitir uma prova ilícita analisando o caso concreto, no qual exista um inevitável conflito de

valores, o uso do princípio se faz imprescindível para salvaguardar um bem maior em detrimento de um menor, buscando a verdade e a justiça.

Pois é de total legalidade, o juiz, ao fazer a aplicação restrita da lei, no qual sua decisão ocasione absolvição dos culpados ou da proporcionalidade, pode analisar o caso concreto e as circunstâncias para a obtenção da prova em tese ilícita, desde que conduza a descoberta, dos fatos decisivos, para a percepção da verdade real

O método probatório segue regras de forma a garantir o direito das partes, através de uma prova ilegítima, sendo necessárias algumas limitações ao objeto da prova. Fato é que não existe um consenso doutrinário com relação ao tema, mas que quando ocorre em casos que houve uma leve lesão ao direito fundamental deve-se ceder, avaliando através do princípio da proporcionalidade, como forma de amenizar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, respeitando garantias de igual e superior relevância.

Afinal o objetivo do tema é analisar a admissibilidade do uso da prova ilícita no processo penal e como é feita a aplicação do princípio da proporcionalidade, deixando claro questões como o que vem a ser prova ilícita, como ocorre a prova ilícita por derivação e de que maneira é usada para beneficiar, e deste modo, auxiliando a polícia que muitas vezes é grande produtora de provas ilícitas por não saber lidar com precisão com questões processuais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Considerações Iniciais.

A presente pesquisa se reporta explicar os obstáculos do uso das Provas ilícitas no processo penal frente ao princípio da proporcionalidade, tendo por objetivo demonstrar a importância do tema não só para operadores do direito, mas para a sociedade em geral, trazendo julgados e doutrinadores renomados como Renato Brasileiro, Nestor Távora, Alexandre de Moraes, todos mencionados no trabalho em tela.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, pode explicar, por exemplo, em termos de propósito, já que a necessidade de explicação é lógica e não causal, cuja operacionalidade se dará por meio de procedimentos técnicos baseados na doutrina, legislação e jurisprudência nos casos concretos julgados pelos tribunais, que materializam a importância do tema proposto e na doutrina de metodologia do autor Marina de Andrade

Marconi (2014, p.25), traz o seguinte entendimento: “para a metodologia, é de vital importância compreender que, no modelo dedutivo, a necessidade de explicação não reside nas premissas, mas, ao contrário, na relação entre as premissas e a conclusão”.

Como método de procedimento, a pesquisa bibliográfica e pesquisa explicativa, através da opinião dos mencionados doutrinadores, além de outros que serão citados no decorrer do trabalho, terá fulcro na fundamentação, consubstanciando o texto acadêmico a ser produzido, em doutrinas, artigos científicos, e o próprio texto legal, de maneira a manter a objetividade do tema, com fatos verídicos e concretos.

A espécie de abordagem utilizada no mencionado trabalho será o qualitativo, como menciona Marina de Andrade Marconi conceituam a pesquisa qualitativa nos seguintes termos: “Na pesquisa qualitativa há um mínimo de estruturação prévia. Não se admitem regras precisas, como problemas, hipóteses e variáveis antecipadas, e as teorias aplicáveis deverão ser empregadas no decorrer da investigação”, visto que não busca a verdade real dos fatos, somente novos entendimentos necessários nas bancas julgadores e dos doutrinadores que apoiam o tema.

Afinal o estudo aborda quão importante se faz o tema exposto, o uso da prova ilícita frente ao princípio da proporcionalidade, deixando claro novos entendimentos a respeito desse tema.

2.2 Provas Ilícitas

Antes de iniciar as explicações sobre o que venha a ser prova ilícita, cabe explicar que o assunto prova não está vinculado apenas ao campo do direito processual, sendo assim, a mesma deve ser estudada sobre as diversas óticas da ciência.

Corroborando este entendimento MARINONI e ARENHART (2006, p. 265), afirmam que:

Cabe advertir, desde logo, que a palavra “prova” pode assumir diferentes conotações não apenas no processo civil, mas também em outras ciências. Assim é que, pode significar inicialmente os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível assim falar em prova documental, prova pericial etc. Também pode essa palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juiz; este é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica, celebrada pelo juiz, para o conhecimento dos fatos. E, finalmente tem-se como prova, ainda, o resultado da atividade lógica do conhecimento.

Destarte, a prova é moldada pela construção do convencimento do juiz, devido ao princípio probatório baseado na superação do dogma real, juntamente com os limites probatórios que acabam surgindo em decorrência da evolução do processo penal.

Para Santos (1983):

Seguindo o entendimento majoritário da doutrina, Moacyr Amaral Santos nos mostra que o sentido jurídico da palavra prova não se afasta muito do sentido comum e pode significar tanto a produção dos atos ou dos meios com as quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados, quanto o meio de prova considerado em si mesmo ou até o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. (SANTOS, 1983, p. 2).

Pois, o direito a prova como toda e qualquer direito fundamental, não possui natureza absoluta estando sujeito aos limites, por estar relacionado com outros direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico.

O artigo 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”, seguindo esse entendimento têm-se Britos (2011, p. 105), no qual cita: “provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico”.

Esses requisitos são tanto formais como materiais, se trata como formais a ilicitude, quando a prova ao ser introduzida, por um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material está baseada na emissão de um ato antagônico com relação ao direito, de maneira a conseguir um dado probatório, como exemplo a invasão domiciliar, constrangimento físico, psíquico, etc.

Concluindo assim por Toledo (1994), que: “Provas ilícitas são aquelas cuja evidência que não pode ser admitida nem valorada no processo, sendo a prova vedada ou proibida por meios ilícitos, em contrariedade a uma norma legal específica”. (TOLEDO, 1994, p. 38)

Apesar de parecer um meio justo, o Estado não possui a mesma visão a respeito do tema, por entender que provar a verdade não deva ser feita a qualquer preço, mesmo que ocorra num prejuízo da apuração da verdade.

Para garantir um processo justo, necessário se faz garantir os direitos e os fundamentos da pessoa humana, e para que isso ocorra, não se pode admitir que o processo seja conduzido por meios de provas obtidas de maneira ilícita.

A finalidade do processo acontece através da funcionalidade dos mecanismos processuais de forma a garantir a eficiência processual, importante fazer a apuração dos fatos

é de extrema responsabilidade que não ocorra nenhuma infração constitucional, sob pena de deslegitimação do sistema punitivo.

O Estado se vale da teoria que o processo criminal está destinado a apurar práticas de atos ilícitos penais, por isso a existência da admissão das provas ilícitas, sendo uma forma de controle a irregularidade, atuando como um fato inibidor para a doção de práticas probatórias ilegais.

Como defensor desse raciocínio, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, com relatório do Ministro Celso de Mello de (2012), ressalta que: “ 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 a garantia constitucional”. (Mins. Celso de Melo, 20/04/2012)

Ou seja, qualquer meio de obtenção de prova pelo poder público que sejam incompatíveis com os fundamentos que são postulados pela sociedade, repelindo qualquer violação ao direito material, e, até mesmo, o direito processual.

Não se esquecendo das limitações que são de suma importância as limitações constitucionais ao direito da prova, como: Direito de intimidade; Inviolabilidade do domicílio; Inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações; Além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

2.3 Prova ilegal, ilícita e ilegítima

Para melhor esclarecer, a prova ilegal é um gênero, no qual existe duas espécies, sendo a prova ilegítima e a ilícita. A Constituição Federal só deixa claro a inadmissibilidade na utilização da prova por meio ilícito, não mencionando nada a respeito de provas ilícitas nem eventuais consequências de sua utilização.

Diante disso algumas considerações devem ser feitas. Podemos caracterizar a prova ilegal como sendo aquela cuja obtenção ocorre através da violação de uma norma legal ou princípios gerais do nosso ordenamento que ferem a natureza material ou processual.

Tal prova é o gênero acoplado de duas espécies que são obtidas por meios ilícitos e por meios ilegítimos. Assim, a prova ilícita é a que vem a ser obtida pela violação de regras de direito material, seja penal ou constitucional, pois são colhidas em detrimento dos direitos do indivíduo, como exemplo as citadas pela Constituição, já mencionadas acima.

Geralmente são produzidas mediante a prática de um crime ou contravenção, pode não ser obtidas, por meio de uma infração penal, mas se torna ilícita pela afronta a um princípio constitucional. Essas provas estão previstas na Lei 11.690/08 no artigo 157 da seguinte maneira: “ são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais”. (Lei 11.690/08)

Lembrando que sua obtenção também ocorre de forma externa ao processo, pois ainda pode ocorrer em juízo como uma confissão obtida pelo magistrado, num interrogatório judicial, havendo assim a produção de uma prova ilícita no próprio processo.

E, por fim, considera-se ilegítima a prova quando a mesma é obtida mediante violação a norma de direito processual, ou seja, está ligada ao momento da produção no curso do processo, como exemplo a obtenção do depoimento da testemunha, sem que o juiz a diga do comprometimento, violando o art. 203 do CPP:

A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

De maneira a esclarecer melhor essa diferença das provas e sua obtenção, temos as súmulas 48, 49 e 50, esclarecendo por Rangel (2010, p. 210):

Súmula nº 48: – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula nº 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa

O fato da aceitação da prova com relação a sua inadmissibilidade no ordenamento jurídico, está intimamente ligado a busca ilimitada da verdade, envolvendo a preponderância do interesse público na persecução penal, incluindo o respeito aos direitos e garantias fundamentais, de acordo com uma visão ética do processo, mesmo que apuração da verdade venha a ser prejudicada.

Avolio (2003, p. 44): “O condicionamento aos dogmas do livre convencimento e da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse,

inequivocamente, em favor ao princípio da investigação da verdade, mesmo que baseada em meios ilícitos”.

Apesar de alguns entendimentos a prova mesmo sendo ilicitamente obtida e não infringindo as sanções civis, penais ou disciplinares aos responsáveis. Assim passou a se entender que ao se reconhecer a ilicitude de uma prova, não poderia ingressar no processo, mas acontecendo ocorreria o direito de exclusão, devendo ser desentranhada dos autos.

O art 157, §3º CPP, traz: “ preclusão a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultada às partes acompanhar o incidente”.

Assim, pôr mais relevante que os fatos trazidos, através das provas obtidas por meios ilícitos para o ordenamento pátrio, não podem ser admitidas, somente excluídas, e caso sejam reconhecidas em grau de recurso, que venha reconhecer a defesa, só ocorrerá sua apreciação pela acusação.

Deste modo, essa prova vindo a favorecer a acusação, não se usa falar em nulidade da sentença, pois a supressão da prova ilícita, levará a absolvição do acusado, mas se houver o contrário, estaríamos diante de uma reformatio in pejus que nada mais é do que a decisão proferida pelo tribunal que agrava a situação do acusado.

O fato é que a nulidade será mantida quando mesmo com a supressão da prova ilícita e ocorrendo a condenação, essas serão decretadas nulas pela sentença do tribunal.

2.4 Prova ilícita por derivação

A prova ilícita por derivação são os meios probatórios, que não são produzidos num momento posterior, sendo afetadas pelo vício da ilicitude originária, contaminando devido ao efeito da repercussão penal.

O entendimento presente é a respeito de tornar somente ilícita e inadmissível as provas obtidas por meio ilícito e deixando prevalecer as provas que se derivam por meio dela.

Em primeiro momento o STF, tendo como tese o conceito de que somente se consideraria inadmissíveis as provas ilícitas em si quando no processo, essas não são as que agregaram ao processo por meio das ilícitas, sendo denominadas como pistas.

Apesar de alguns julgados, ainda existe a ligação com a teoria dos frutos da árvore envenenada, ocorrendo um posicionamento favorável, não havendo por parte do

supremo qualquer ressalva a respeito, somente relatando mais tarda que as provas obtidas por meios ilícitos só contaminariam única e exclusivamente as que dela forem recorrentes. (Min. Mauricio Corrêa – STF).

A lei acabou esclarecendo o respeito ao comando constitucional, deixando claro e em evidência a inadmissibilidade das provas ilícitas, não fazendo qualquer diferença as provas que são produzidas com alguma violação as disposições materiais das realizadas com contrariedade as processuais.

Dessa forma, a teoria já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, esclarece o fato da prova autônoma, independente da prova ilícita que fora impugnada por força da não observância de uma formalidade, como exemplo, na execução do mandado de busca e apreensão.

2.4.1 Princípio da proporcionalidade

Nesta etapa, faz-se necessário explicar o que venha a ser o princípio da proporcionalidade, deste modo, este princípio encontra-se ligado a limitação do estado no que tange a utilização de seus poderes frente aos direitos individuais.

Assim, segundo Raimundo Amorim de Castro (2007, p. 109-110), este se posiciona, comparando este princípio a nossa Constituição:

é bem verdade que o princípio da proporcionalidade ainda não é um cânone expresso no texto constitucional, mas está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o sistema misto do controle jurisdicional da constitucionalidade (art. 102 e incs.); o sistema difuso em que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser declarada por um juiz a quo, somente gerando efeitos entre as partes; e o sistema concentrado em que a inconstitucionalidade de uma lei é declarada por um Tribunal Superior, gerando efeitos vinculados erga omnes.

Esse princípio está baseado na relevância do interesse público que deve ser preservado e protegido, abrandando o posicionamento de admitir a prova ilícita, quando ocorrer em casos excepcionais e graves, quando forem a única maneira possível de proteger valores fundamentais.

Para comprovar tal entendimento Moraes (2015, p. 250) salienta:

Que a doutrina tem adotado o princípio da proporcionalidade nos casos em que a vedação da prova ilícita se confronta com outra norma constitucional,

verificando, no caso concreto, qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro.

Ou seja, evitar resultados que sejam repugnantes e também injustos, sendo adotadas com reservas, principalmente, nos casos de direito de família e no direito penal, existe uma raridade, quando é adotado essa posição.

Este também é o entendimento dos ilustres doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho sobre o princípio da proporcionalidade:

o que releva dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.

Não se pode negar que adotar essa teoria é complicado, pois é constantemente manipulado e pode ser usado por qualquer pessoa, levando em consideração o entrelace do interesse público contra o interesse privado.

A doutrina e a jurisprudência têm utilizado a possibilidade da prova ilícita no processo, como meio de beneficiar o acusado, baseando no princípio da proporcionalidade, levando em consideração que o direito de defesa e o princípio da presunção de inocência, devem preponderar o confronto existente no direito de punir.

Apesar do Estado defender o interesse público, não se pode permitir o julgamento de um inocente, que seria acarretada pela impunidade da verdade, levando em consideração casos, como aqueles que o acusado pratica um ato ilícito para se defender, não sendo uma atuação ilícita (Grinover, 2005, p. 128).

Diante disso essa prova só poderá ser usada para absolver uma inocente e não para incriminar, por se tratar de uma prova ilícita, estando a doutrina e a jurisprudência uníssonas a essa possibilidade da prova favorável ao acusado.

3 RESULTADO E DISCUSSÃO

No decorrer da pesquisa pode-se notar a necessidade de respeitar os direitos fundamentais, processuais, materiais, com relação a utilização da prova ilícita, mesmo que dela dependa o desenrolar de um processo.

Dessa forma, importante se faz ressaltar alguns doutrinadores com relação ao presente trabalho, já que com base neles, pode entender e esclarecer o tema proposto. Assim para alguns doutrinadores as provas ilícitas não devem ser usadas, ou seja, deve ser eliminada por terem sido produzidas em discordância com o processo penal.

Doutrinadores como Renato Brasileiro, Nestor Tavorá e Rosmar Rodrigues, entendem que existe uma diferença entre as provas e as informações, já que as informações estão os dados colhidos sem a participação das partes.

Assim esclarecemos através de Capez (2000, p.33), que:

Provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo, tais como: a diligência de busca e apreensão sem prévia autorização judicial ou durante a noite; a confissão obtida mediante tortura; a interceptação telefônica sem autorização judicial; o emprego de detector de mentiras; as cartas particulares interceptadas por meios criminosos. Enquanto, provas ilegítimas são as produzidas com violação a regras de natureza meramente processual, como: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 475 CPP; os documentos juntados na fase do art. 406 CPP.

Existem algumas teorias a respeito do tema, como a teoria obstativa que consideram as provas ilícitas devem ser rejeitadas, não existindo nenhuma hipótese para sua utilização, tendo por base alguns doutrinadores, como:

Filho (1998, p. 288), sustenta que: "a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados".

E também nessa linha de raciocínio, Grinover (1969, p. 24):

Nesses casos incide a chamada atipicidade constitucional, isto é, desconformidade do padrão, do tipo imposto pela Carta Magna. E, também, porque os preceitos constitucionais relevantes para o processo têm estatura de garantia, que interessam à ordem pública e à boa condução do processo, a contrariedade a essas normas acarreta sempre a ineficácia do ato processual, seja por nulidade absoluta, seja pela própria inexistência, porque a Constituição tem como inaceitável a prova alcançada por meios ilícitos.

Pois o direito não deve proteger pessoas que infringem o preceito legal para obtenção de uma prova, por prejudicarem o direito alheio para conseguir seus objetivos, ignorando os demais.

Já a teoria permissiva a prova ilícita deve ser reconhecida como válida e eficaz pelo ordenamento jurídico, devendo prevalecer o interesse da justiça, com relação ao descobrimento da verdade.

Pedrosa (1986, p. 186), diz:

Se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se aprova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.

Há também uma corrente conhecida como intermediária chamada teoria da proporcionalidade, bem esclarecida e defendida por Mirabete (2004, p. 112):

A prova colhida com transgressão aos direitos fundamentais do homem é totalmente inconstitucional e, conseqüentemente, deve ser declarada a sua ineficácia como substrato probatório capaz de abalizar uma decisão judicial. Porém, há uma exceção: quando a vedação é abrandada para acolher a prova ilícita, excepcionalmente e em casos excepcionalmente graves, se a sua aquisição puder ser sopesada como a única forma, possível e admissível, para o abrigo de outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.

Para essa teoria proibir o uso de provas obtidas por meios ilícitos, deve ser pautada por um princípio relativo, podendo ser violado, caso exista o interesse de maior relevância. Nesse diapasão, Junior (1999, p. 79):

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Pois para essa teoria não existe conflito com relação as garantias fundamentais, sendo o sistema o responsável pela harmonização entre o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Diante disso o magistrado não pode se basear somente em informações. Para Brasileiro (2016, p. 615):

Deve ser considerada válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que sua obtenção não tenha decorrido da vontade de quem procedeu à investigação, mas sim de uma situação de erro ou ignorância. Os dois critérios para sua aplicação seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta do agente.

Afinal o texto constitucional é bem claro e também taxativo, com relação a utilização das provas obtidas por meios ilícitos sendo um preceito constitucional as regem.

Alguns doutrinadores e defensores da causa, argumentam a utilização das provas ilícitas em alguns casos, defendendo a tese que são essas o único meio de se absolver o réu, devendo, desta forma, ser utilizadas.

Existe alguns julgados do STF, que não seguem um pensamento restrito, como segue:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não pré-questionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.).

O estudo do direito é exatamente trazer a luz a temas não compreendidos, diante disso, a prova quando produzida para defesa própria, est poderá ser utilizada, se tornando então prova lícita, pois será usada em legítima defesa.

O ministro Celso abordou o tema da seguinte maneira:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

Afinal, em regra, os direitos fundamentais são objetos de restrição, por não estarem previstos no texto constitucional, como o que ocorre com a quebra de sigilo telefônico, bem citado no artigo 5º, XII da CF.

Isso ocorre, pois a não previsão de um fato que venha ferir um ou vários fundamentos constitucionais, a limitação deve ocorrer para preservar, po serem relativos, existindo uma nova interpretação.

Dessa forma o interprete da lei, ou seja, nos casos taxativos a limitação aos direitos fundamentais é clara, o problema ocorre nas hipóteses em que não são taxativas, devendo o interprete buscar a luz na solução hermenêutica constitucional.

O ponto crucial do tema abordado consiste na admissão do estado, em sua função jurisdicional, podendo tornar tal atitude uma ilegalidade, por estar sendo a favor que a segurança jurídica do cidadão esteja em segundo plano.

Assim, a doutrina é titubeante nesse sentido, já que há autores que se posicionam em oposição à utilização da prova ilícita, pensando na sociedade, porém existem outros doutrinadores que defendem a flexibilização da vedação constitucional, mesmo que esteja contrária ao acusado, baseando-se em fundamentos jurídicos e fáticos coerentes, que necessitam de uma maior atenção com relação aos que são radicalmente contrários à mitigação da proibição constitucional, através da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, levando em consideração à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Por fim, embora a finalidade da vedação constitucional neste estudo seja as provas ilícitas na proteção dos direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, sempre ocorrerá situações em que tal proibição, sendo adotada de maneira absoluta, terminará em hipóteses conflitantes, por proteger um direito fundamental que está ameaçado.

Acredita-se que a prova deve ser considerada válida quando não haver indícios de desvio de finalidade e abuso de poder. Dessa forma, o uso da prova ilícita, ocorre através da análise que é feita em cada caso concreto, para saber de que maneira ela foi obtida, lembrando que as provas que não estejam associadas as ilícitas, podem ser aceitas, se forem a única forma de provar a inocência do acusado, sendo consideradas como última ratio.

4 CONCLUSÃO

O trabalho buscou fazer uma ampla abordagem sobre as provas utilizando de doutrinadores renomados e decisões dos tribunais, citando leis que referem ao tema de maneira concreta e fundamentalista.

Abordando de maneira clara a essência da prova, de como pode ser usada de forma valorativa no processo penal, mesmo que ilícitas, deixando claro a hipossuficiência do réu com relação ao Estado.

Afinal as provas possuem grande relevância, pois é com base nelas que o magistrado se convence da inocência ou a culpabilidade do então acusado.

É o caso das provas ilícitas que são admitidas quando usadas para beneficiar, levando em conta a garantia da liberdade quando comprovada a verdade real. Verificando que necessário se faz a aplicação ao direito da proporcionalidade, por ser um método mais racional para lidar com os conflitos concretos.

Assim, podemos concluir que a admissibilidade da prova ilícita no direito penal, face ao princípio da proporcionalidade, deve ser analisado em cada caso concreto, protegendo os direitos fundamentais, além da dignidade da pessoa humana.

Já que o sistema constitucional brasileiro, diante dos direitos e garantias, não existe caráter absoluto, ocorrendo a permissão limitada de ordem jurídica, tanto para proteger o interesse social, como também, garantir a coexistência harmônica das liberdades.

Referencial bibliográfico

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3a ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3º ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus nº 90.298, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2ª Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa j. em 08 set 2009, DJe 195 de 15 set 2009.

BRITO, Tales Castelo. *Da prisão em flagrante*. 5º ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6a ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol.2. São Paulo: Saraiva, 1997, p 194.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. Volume único. 2016. Ed. Jus Podvim.

MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos e Metodologia Científica*, 22. ed. Atlas: São Paulo 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: 5ª ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6a ed., São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 79.

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

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17º ed. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

STF, RHC90376 / RJ - RIO DE JANEIRO **RECURSO EM HABEAS CORPUS**. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 03/04/2007. (Órgão Julgador: Segunda Turma).

TÁVORA, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5º ed. São Paulo Saraiva, 1997.