

DAS PROVAS ILICITAS NO PROCESSO PENAL

Mateus Fassarella*

Lorena Fonseca Bressanallia Dalto *

RESUMO

O tema abordado, precipuamente, trás a tona acerca do que vem a ser a prova ilícita no processo penal e seus desdobramentos de acordo com a doutrina atual, além de suas hipóteses de admissão dentro do processo penal brasileiro, haja vista serem restritas a poucas exceções a possibilidade de seu uso. Primeiramente é abordado sobreinstituto das provas, com o intuito de melhor esclarecer sobre o que vem a ser prova. Logo após, inicia-se pesquisa voltada sobre ilicitude, para que assim possa ficar notória a junção de prova com ilicitude. Em seguida, apresentam-se as provas ilícitas no processo penal, sua admissibilidade e vedação, sempre voltadas à proporcionalidade. Denota-se ainda a necessidade de se haver um procedimento para se apurar a ilicitude da prova estabelecido pelo Código de Processo Penal, para ser desentranhamento da prova ilícita dos autos. Além disto apresenta-se as provas derivadas das ilícitas que de igual forma serão consideradas ilícitas, salvo as exceções que também serão demonstradas, elucidando ainda acerca da distinção doutrinária entre prova ilícita, ilegítima e irregular. O presente artigo traz a informação que da mesma forma que todo direito brasileiro não é absoluto, a proibição das provas ilícitas é corroborada pelo mesmo “direito”, sendo assim uma vedação relativa e conseqüentemente em situações excepcionais, admitisse a prova originada por meio ilícito no processo penal.

Palavras chaves: Processo Penal. Provas. Ilícita. Provas. Ilícitas. Derivada. Procedimento. Distinções.

*Graduando em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim

*Professora Orientadora Especialista

ABSTRACT

The topic, primarily, sheds some light on what happens to be the illegal evidence in criminal proceedings and their consequences according to current doctrine, as well as their chances of admission within the Brazilian criminal proceedings, in view of being restricted to a few exceptions the possibility of their use. First is approached about Institute of tests, with the aim of better clarify what has to be proof. Soon after, begins research focused on illegality, so that it can be notorious junction test with unlawfulness. Then present the illegal evidence in criminal proceedings, its admissibility and sealing, always focused on proportionality. It also indicates the need to be a procedure to establish the unlawfulness of proof established by the Code of Criminal Procedure, to be disemboweling of illegal evidence in the file. In addition we present the evidence derived from illegal that equally be considered illegal unless the exceptions that also demonstrated hinterlands, elucidating further about the doctrinal distinction between illegal, illegitimate and irregular proof. This article provides that information in the same way that every Brazilian right is not absolute, the prohibition of illegal evidence is corroborated by the same "right", thus a relative seal and consequently in exceptional cases, admit the evidence caused by illicit in criminal proceedings.

Keywords: Criminal proceedings.
Evidences.Illegal.Evidences.Illegal.Derived.Procedure.Distinctions.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade buscar elucidar sobre as provas ilícitas no processo penal, as quais são de pronto vedadas pela nossa Constituição Federal, ou seja, a princípios são inadmissíveis, porém, sabemos que no universo jurídico nenhuma regra é absoluta.

Destarte, por ser considerada a inadmissibilidade relativa gera muitas polemicas e controvérsias dentro do Processo Penal, tornando assim um ponto crucial de debates.

Em seguida, após uma aprofundada pesquisa bibliográfica é esclarecido quais são os meios de provas que formam o arcabouço jurídico penal, apresentando pontos cruciais referentes às provas ilícitas, máxime em relação aos meios de admissão, gerando assim um esclarecimento quanto não ser absoluta.

De igual forma são apresentados os procedimentos de apuração da prova ilícita, realizando se após este tema uma rápida distinção doutrinária acerca das provas ilegítimas e irregulares.

Por fim, será esclarecido quais meios em que são admitidos as devidas provas no decorrer do processo, que mesmo sendo ilícitas, não geram qualquer nulidade ou vício no processo, haja vista a possibilidade de admissibilidade de provas ilícitas no processo.

2-TEORIA DA PROVA

2.1- CONCEITO

Em um raciocínio geral, mesmo que fora do âmbito jurídico, entende-se que prova é o meio usado com o intuito de comprovar com meios materiais e formais a veracidade do alegado. Na relação processual não é diferente, logo, depreende-se que “prova” é utilizada pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa.

Nesse mesmo raciocínio, Nucci (2015, p. 38), esclarece que o termo prova origina-se do latim (probatio), que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar (probare), significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiências, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. No plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por obvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio.

Conforme esclarecido, observa-se que o objetivo da prova é o esclarecimento de fatos e por isso recai sobre a mesma a importância de confirmar e autenticar se os acontecimentos realmente são verdadeiros.

Ainda na ceara do conceito da prova, descreveu o ínclito doutrinador Paulo Rangel: “o campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (Autor, juiz e réu) de se comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”(RANGEL, 2015).

Data vênia, depois de ser feitas esta análise perfunctória do conceito e objetivos da prova compreende-se que a mesma é de suma necessidade para o exercício do contraditório e ampla defesa no processo penal, pelo fato de servir como base de convicção do juiz.

Insta mencionar que nos dizeres de Nucci, “prova também o meio pela qual o Estado Juiz que é investido na pessoa do magistrado possa aplicar sua sanção punitiva ao indivíduo delinquente de acordo com as provas produzidas no processo” (2015, p. 437).

3- MEIOS DE PROVAS

Inicialmente, importante pontuar que meios de provas são as espécies e modos empregados para descobrir e formar um posicionamento concreto sob determinado fato alegado, é a forma de se concretizar e apresentar ao magistrado fatos concretos que fazem parte do exposto nos autos, com o fim de garantir a veracidade.

Segundo Paulo Rangel (2015, p. 463) consideram meios de provas: “[...] todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”.

Ademais, preconiza a novel Legislação Processual Civil (Lei 13.105, 16 de março de 2015), em seu artigo 369:

Art. 369. As partes tem o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Assim sendo os meios para a obtenção da prova são utilizados pelo juiz para se convencer das alegações das partes. Por outro lado as partes de acordo com o Novo Código de Processo Civil podem empregar para obtenção de provas, meios legais e morais para tentar o convencimento do magistrado.

São inúmeros os meios de provas que podem ser empregados nos processos, como de praxe as utilizadas com mais frequências são as testemunhais e documentais, as quais auxiliam e guia o magistrado em sua convicção.

4- DAS PROVAS ILÍCITAS

Quando pensamos em algo ilícito a primeira coisa que vem em mente é “coisa ruim”, “errada”, “que é contrário à lei”. Por isso, antes de iniciarmos o assunto sobre provas ilícitas, é imperioso ressaltar o que vem a ser ilícito, e nos dizeres de Nucci (2015) 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 do direito.

Dito isto, dando seguimento ao lema, a nossa Carta Magna, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LVI faz referência às provas ilícitas, como a seguir exposto: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Considerando-se como provas ilícitas as obtidas com violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, a das comunicações telefônicas.

Percebe-se que essas provas por disposição expressa em lei são vedadas, ou seja, elas não podem ser trazidas em juízo para amparar um direito. Constitucionalmente,

preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e ilegítima.

A prova ilícita não se confunde com a ilegítima e ilegal, mas são semelhantes. Para não gerar conflitos sobre os conceitos, a renomada processualista Ada Pellegrini Grinover esclarece e conceitua prova ilícita, no seguinte sentido:

A prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade (GRINOVER, 2010, p.131).

Depreende-se do citado conceito, deveras, as provas ilícitas são as obtidas com infringência ao direito material, podendo ela ser ilícita e ilegítima ao mesmo tempo.

Nos dizeres de Mougnot, são chamadas de provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material. Como exemplos, temos, dentre outras, a confissão do acusado obtida mediante tortura, coação ou maus tratos, violando o direito à incolumidade física e da dignidade da pessoa humana, (2015, p. 416).

Inicialmente vê-se que praticamente são inadmissíveis as provas originadas por meios ilícitos no processo penal, dado o fato de serem trazidas aos autos com infringências as normas legais. Apesar disso, a seguir veremos que em certos casos, relativamente as confirmações ilícitas podem ser aceitas no arcabouço do processo penal.

4.1- PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se que as provas ilícitas no Processo Penal gera regra absoluta, sendo considerada uma premissa básica do Estado democrático de direito brasileiro. Neste mesmo seguimento Fonseca diz:

[...] a norma constitucional foi taxativa ao dizer que não se admite provas ilícitas no processo, ou seja, o direito à prova garantida pelo direito de ação, ampla defesa e contraditório não é absoluto, existindo limites que impossibilitam a utilização de quaisquer meios probatórios disponíveis. A

proibição de provas ilícitas veio principalmente, como um meio de controle frente às atividades investigativas das autoridades estatais que em busca da verdade real, poderiam violar os direitos individuais das pessoas que são hipossuficientes diante do poder do estado (FONSECA, 2011).

No entanto, com o passar do tempo, essa regra de inadmissibilidade foi perdendo o absolutismo que a rodeava, haja vista novos posicionamentos seguindo os princípios da proporcionalidade e da adequabilidade.

Presumisse que os princípios ora citados, são os pilares da admissibilidade das ilícitas. Destarte, é de fácil compreensão que ao se admitir deve-se observar com estrita cautela a conveniência junto a proporcionalidade e adequabilidade das provas, para que assim não gerem absurdos jurídicos desfavoráveis com relação as partes.

Neste mesmo seguimento, com relação às proibições das provas obtidas por meios ilícitos através do acionamento de “mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social” (CAPEZ, 2010, p. 36).

Ainda sobre o assunto, CAPEZ discorre que a proibição de provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante (2010,p. 36). Lembrando que sempre deverá ser observado e respeitado a razoabilidade e proporcionalidade, junto à dignidade de pessoa humana.

No processo penal, a prova tem seu valor, haja vista ser instrumento utilizado para demonstrar à verdade dos fatos nos autos, ou seja, busca descobrir o verdadeiro culpado para que o estado-juiz possa puni-lo com uma maior margem de possibilidade de certeza, lembrando-se que sempre o juiz punirá com uma maior proximidade de justiça, nunca de forma exata, haja vista o direito não urgir exatidão dentro do direito, sendo este submetido com frequência à mudança conforme toda coletividade se moderniza.

O princípio da verdade real ajuda a elucidar o fim que lhe é dado a prova, que assim esclarece Tourinho que a função punitiva do Estado deve ser dirigida àquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença (2005, p. 17).

Do exposto acima, percebe-se que a verdade real do juiz não precisa ficar adstrito às informações constantes nos autos, podendo usar de outros elementos para alcançar a verdade e descobrir assim quem de fato é o culpado.

Data vênia surge à possibilidade/necessidade de o réu buscar nas provas ilícitas, em medida proporcional, sua inocência, pelo fato de não lhe sobrevier outro meio que não seja aderir às provas ilícitas para provar que não foi quem praticou determinado ilícito.

Neste mesmo trilho que caminhamos para provar a possibilidade de provas ilícitas, ou seja, um princípio sobrepor a outro (Inadmissibilidade de provas ilícitas vs Proporcionalidade), o brilhante doutrinador Grinover(2011, p. 474.)dispõe:

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 caso de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeitprinzip* (sic), 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 à prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Nossa legislação não permite hierarquia entre os princípios, devendo sempre ser analisados separadamente e no caso concreto, em seguida, lhe atribuindo valores. Caso exista certa proibição quanto ao uso das provas ilícitas, conforme exposto acima, pode-se utilizar o princípio da proporcionalidade para afastar tal proibição.

Para melhor elucidar a premência dos princípios elucidados e admissibilidade das provas ilícitas no processo penal que contradizem o artigo 157 do Código de Penal Brasileiro, faz necessária uma análise crítica detalhada e pormenorizada do caso concreto.

No entanto, o referenciado no artigo 157 do Código de Processo Penal vigente traz um conceito mais amplo de prova ilícita, no entender de Flaviane de Magalhães Barros, não tem muita utilidade na pratica do ordenamento jurídico, tendo em vista que, sempre que uma norma infraconstitucional for infringida, será violado também o seu fundamento constitucional, que em seu dizer, assim dispõe:

Na verdade, a referência na conceituação de prova ilícita ao desrespeito a uma norma infraconstitucional pode ser considerada desnecessária, principalmente porque se o desrespeito é direito à lei ordinária ou complementar, por exemplo, ela sempre decorre de um direito fundamental ou garantia constitucional, que ensejará a possibilidade de arguição de nulidade. (BARROS, 2009).

4.2- PROVAS ILÍTAS POR DERIVAÇÃO

Também conhecida como Teoria dos frutos da árvore envenenada, assim foi conceituada no Código de Processo Penal, art.157, §1º:

“São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Para explicar o surgimento da “Teoria dos frutos da árvore envenenada” e compreender o motivo de sua utilização em um conceito amplo, MOUGENOT esclareceu que:

A denominação de teoria ou doutrina “do fruto da árvore envenenada” – também utilizada no singular, “fruto da árvore envenenada” - , literal tradução do inglês (*Fruitofthepoisonoustreedoctrine*), diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na suprema corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas lícitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: Tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las. (MOUGENOT, 2015, p. 419).

Portanto para uma prova derivada da ilícita seja considerada ilícita, deve existir um liame objetivo entre estas. A primeira prova deve ser comprovadamente obtida por meios ilícitos, passando pelo crivo do judiciário, para assim sendo as provas que dela derivarem também serem consideradas ilícitas. Conclui-se então a necessidade de estabelecer o nexo causal entre a primeira prova ilícita e as demais que esta originou (MOUGENOT, 2015, p.419, 420).

Para melhor interpretar essa dinâmica da primeira prova encontrada ter a necessidade de ser ilícita, para à partir desta se estabelecer a teoria dos frutos da árvore envenenada vejamos a seguinte decisão do tribunal de justiça do Estado do Acre:

RECURSO ADMINISTRATIVO. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. RECONHECIMENTO DE ILEGITIMIDADE DOS CERTIFICADOS EMITIDOS PELO INSTITUTO ATUAL DE EDUCAÇÃO. CASSAÇÃO DOS EFEITOS SUSPENSIVOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As provas jungidas aos autos pelo então diretor de recursos humanos foram produzidas de forma lícita. Afastada a teoria dos frutos da árvore envenenada. 2. Recorrente não se desincumbiu do ônus processual de produzir provas de seu alegado direito. Recorrido apresentou conjunto probatório a ensejar a extinção do alegado direito do servidor. 3. Ilegitimidade dos certificados emitidos pelo Instituto Atual de Educação comprovada. Confirmada a decisão declaratória de anulabilidade do ato administrativo concessivo da gratificação de capacitação. Recurso não provido. Cassação do pagamento da vantagem pecuniária.

(TJ-AC - Recurso Administrativo: 00014589720138010000 AC 0001458-97.2013.8.01.0000, Relator: Des^a. Denise Bonfim, Data de Julgamento: 02/12/2015, Tribunal Pleno Administrativo, Data de Publicação: 15/12/2015)

Em análise perfunctória ao artigo 157, §1º da Legislação Processual Penal atual se prova que é ilícita e desta se deriva outra prova ilícita, esta nova deve ser considerada nula e deve ser retirada dos autos do processo, exatamente pelo vício pela qual foi derivada. Porém a lei admite duas exceções para tal regra geral.

Ao corroborar o exposto acima, insta mencionar do renomado Guilherme de Souza Nucci que o sistema da prova ilícita por derivação comporta exceções. Quais sejam: a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas (derivada e ilícita); b) quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da primeira, considerada ilícita. (2015, p. 53).

No mesmo rastro derradeiro de pensamento, o professor Paulo Rangel preleciona de modo esclarecedor que: “a lei fala que se não houver um nexo de causalidade entre a prova ilícita e a outra prova obtida, não haverá contaminação, ou seja, a relação de causalidade entre a prova ilícita é o liame que deve existir entre uma prova ilícita e outra (lícita) para que possamos falar em contaminação. É a linha que liga a colheita de uma prova à obtenção de outra.” (2015, p. 485,486).

Quando ao citado dispositivo da legislação processual penal (art. 157) menciona nexo de causalidade, como já explicado acima só haverá a contaminação da prova se

evidentemente ficar comprovado que realmente desta prova ilícita influenciou-se na descoberta de novas provas.

Assim sendo a prova derivada da ilícita só será aceita se houver entendimento que não há ligação entre a descoberta da prova nova com a utilização dos meios ilícitos, não ocorrendo nenhuma causa ou efeito que justifiquem a não utilização da prova.

A outra exceção é quando a derivada puder ser obtida por uma fonte independente da primeira, considerada ilícita. Paulo Rangel, assim descreve este instituto:

Fonte independente de prova (FIP) é o que até então a jurisprudência chamava de prova absolutamente independente (PAI), ou seja, aquela que não tem conexão nenhuma com a prova ilícita, e que, independentemente da ilícita, nós chegaríamos nela pelos atos normais de investigação. Ela é alcançada pela atividade contínua do estado, durante a persecução penal (por isso a lei usa a expressão: Seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal). É a própria investigação criminal, através dos atos que lhe são próprios, que é capaz de nos conduzir ao fato objeto da prova. (RANGEL, 2015, P. 486)

O artigo 157,§2º, do Código de Processo Penal conceitua fonte independente como 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.

Portanto, trata-se de fonte independente de prova aquela que independentemente da primeira prova ter sido encontrada por meios ilícitos, a mesma que foi derivada será aceita no processo, devido à observância de que seria encontrada de qualquer forma durante a instrução criminal.

Sobre a fonte independente de prova NUCCI ressalta para fins de conclusão do tema no sentido de não poder aceitar como fonte independente a trilha calçada na ilegalidade do procedimento e muito menos aquela advinda de exploração e busca extra investigação e fora da instrução. Afinal, se a prova colocada em debate, considerada derivada de outra, ilícita, possui como elemento de origem uma investigação ilegal ou uma busca informal, distanciada do processo penal típico, outra sorte não lhe resta senão ser considerada igualmente ilícita. A fonte independente não terá legitimidade para se impor diante da derivação maculada da prova. (2015, p. 54).

Isto posto, enfatiza-se que a fonte independente é uma consequência da prova ilícita e de nenhum outro modo a mesma poderá ser acatada no processo penal, haja vista ter nascido no meio ilegal e por isso todos os frutos dali colhidos estarão envenenados.

5- PROCEDIMENTO PARA APURAR A ILICITUDE DA PROVA

Para apuração da ilicitude da prova deve existir o chamando incidente de ilicitude de prova, que utilizara por analogia os artigos 145 e seguintes do Código de Processo Penal como procedimento, sendo o pleito autuado em apartado. No mesmo seguimento, parece nos natural que, enquanto tramitar o incidente de ilicitude, não poderá haver sentença de mérito no processo principal, sob pena de se gerar nulidade futura, por desconsideração de prova.(NUCCI, 2015).

Se por acaso o magistrado resolver sentenciar o presente feito principal sem encerrar o procedimento para apuração da ilicitude da prova, a parte prejudicada pode ingressar com *Habeas Corpus* ou Mandado de Segurança.

Assim descreveu renomeado doutrinador Guilherme de Souza Nucci,(2015, p. 55)que em casos graves, se o juiz pretender sentenciar o feito sem a finalização do incidente de ilicitude de prova, pode a parte prejudicada ingressar com Habeas Corpus ou Mandado de Segurança, conforme se trate do acusado ou do órgão acusatório. Há um direito líquido e certo a um processo justo, livre de provas maculadas.

Ao ser decidido o procedimento de apuração da ilicitude da prova e este for favorável, descreve Paulo Rangel “que a lei determina que a prova ilícita seja desentranhada dos autos do processo criminal, evitando a contaminação psicológica do juiz que conhecendo daquela prova, pode tentar procurar, por outros meios, salvar aquela informação probatória”(Rangel, 2015, p. 486).

Nesse mesmo diapasão, a decisão que inadmite a prova ilícita seja parcial ou totalmente e encerra o processo de apuração de prova ilícita, temos uma divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao recurso a ser cabível. Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento do ilustre doutrinador Paulo Rangel que preconiza, *in verbis*:

“Entendemos que, como anula total ou parcialmente a instrução criminal, o recurso cabível será o em sentido estrito (CPP, art. 581, XIII).” (Rangel, 2015, p. 495)

De forma contrária Guilherme de Souza Nuccientende que:

De outra sorte, decidida a questão pelo juiz, não caberia recurso algum, pois não se trataria de procedimento autônomo. A prova ilícita poderia ficar nos autos e, em apelação, a parte interessada questionaria ao tribunal, novamente, o seu caráter. Considerada ilícita, a instrução seria anulada para que outra decisão fosse proferida (NUCCI, 2015, p. 55).

Com intuito de concretizar o raciocínio das controvérsias expostas, o Supremo Tribunal Federal já decidiu nos seguintes modos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado por Francisco Silvano Rodrigues Santiago em favor de Neuton Oliveira Ribeiro e Leyde Dayana Cunha da Silva contra decisão monocrática do Ministro Campos Marques, do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do Agravo em REsp 289.990/AC. Os pacientes foram condenados às penas de 10 (dez) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e de 1.380 (um mil, trezentos e oitenta) dias-multa pela prática dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006. O Tribunal de Justiça do Estado do Acre negou provimento à apelação defensiva. Ato contínuo inadmitiu os recursos especiais manejados por cada um dos pacientes contra esse acórdão. Ao apreciar os agravos em recursos especiais interpostos, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão da lavra do Ministro Campos Marques, não conheceu dos recursos. No presente writ, sustenta o Impetrante que a condenação dos pacientes estaria lastreada em prova ilícita, uma vez que a apreensão da droga ocorrera mediante violação de domicílio. Requer, em medida liminar, a concessão de salvo conduto para que permaneçam os pacientes em liberdade até o julgamento da impetração. No mérito, busca a absolvição dos pacientes em razão da prova ilícita que fundamentou a condenação (grifo nosso). É o relatório. Decido. Insurge-se o Impetrante contra decisão de inadmissão de agravo no recurso especial. Defende a necessidade da concessão da ordem dada a flagrante ilegalidade na condenação, embasada em prova obtida ilicitamente. Transcrevo no que sobrelevam as decisões de

inadmissão dos recursos especiais. (grifo nosso) Publique-se. Brasília, 14 de outubro de 2013. Ministra Rosa Weber, Relatora.

(STF - HC: 119234 AC, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 14/10/2013, data da Publicação: DJe-206 DIVULG 16/10/2013 PUBLIC 17/10/2013).

Do exposto, percebe-se que caso a parte que foi desfavorecida, caso queira, poderá recorrer, porém como inexistente recurso específico, deve valer-se da apelação (decisão com força de definitiva). Data vênua, a decisão que indefere o pedido de aceitação de prova ilícita, não é passível de recurso que objetiva “obrigar” a aceitação da referida prova.

No balizado parecer do artigo 157, §3º, da Legislação Processual Penal vigente, sabe-se que preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultada as partes acompanhar o incidente.

Por fim, sobre tal aspecto concluiu o renomado doutrinador Nucci sobre todo o sistema de procedimento de ilicitude da prova à norma processual indica haver dois estágios para a destruição da prova ilícita. Em primeiro lugar, o magistrado a declara ilícita, logo, inadmissível no processo. [...] preclusa a decisão, haverá um segundo estágio, quando o juiz determina a sua inutilização, pelo procedimento mais adequado. (2015, p.56)

Assim sendo, as partes tem liberdade para provocar e acompanhar todo o procedimento de ilicitude da prova. Incluindo também o acompanhamento do método de destruição desta prova considerada ilícita. (NUCCI, 2015)

6- DISTINÇÃO ENTRE PROVA ILÍCITA, ILEGÍTIMA E IRREGULAR

No tocante a prova ilícita se faz necessário à distinção da mesma em relação à prova ilegítima e irregular, haja vista serem consideradas semelhantes, todavia não são iguais, originam de forma diferente e todas causam dano ao processo.

De acordo com o entendimento de magnífico doutrinador Paulo Rangel a vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material,

surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: Será prova ilegítima quando a ofensa for ao direito processual e será ilícita quando a ofensa for ao direito material. (2015, p.474)

Para ilustrarmos bem os exemplos de provas ilícitas podemos citar as provas obtidas com violação ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial, art. 5º, XXI, CRFB, ou seja, a mesma versa sobre o direito material exclusivamente.

As provas ilegítimas que versam sobre o direito processual, são aquelas obtidas em desacordo com o art. 207; 210; 226 c/c §2º do art.243, ambos do Código Processual Penal Nacional.

A título de exemplo de prova ilegítima, destaca o artigo 207 da Legislação Processual Penal Brasileira, a qual destaca sobre a proibição de alguns indivíduos de depor em processo por motivo de razão, ministério, ofício ou profissão. Portanto caso um desses venha a depor a prova será considerada ilegítima, pois viola o direito processual descrito no código de processo penal.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer a baila o entendimento do doutrinador Rangel, que assim definiu a prova irregular como sendo as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para a sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas. (2015, p. 474).

Como exemplo de prova irregular, menciona-se o artigo 5º, XI, CF c/c 240 CPP, em situações de que o mandado deve ser cumprido na sua integralidade, de acordo com o que consta às informações do mesmo.

7- PROVA (I)LICITA EM FAVOR DO RÉU

No tocante da prova ilícita surge a necessidade de se compreender que em determinadas situações a mesma pode ser utilizada em favor do réu, mesmo que sua descoberta seja eivada de vícios.

Como, porém, a proibição da prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, predomina o entendimento na doutrina de que seja possível a utilização de prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, por exemplo), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. (MOUGENOT, 2015, p. 421).

Portanto como já elucidado acima vemos que seria uma injustiça que uma prova mesmo que seja ilícita não fosse usada para benefício do réu. A questão visa evitar grandes inconvenientes e injustiças que poderiam ocorrer caso o réu (inocente) não pudesse, fazer prova de sua inocência.

À título de exemplo, poderíamos imaginar uma interceptação telefônica realizada pelo réu para provar sua inocência em processo judicial criminal. Segundo Paulo Rangel:

na Alemanha Federal, desenvolveu-se a teoria da “proporcionalidade”, também chamada de “razoabilidade” na doutrina americana, significando a colocação, em uma balança, dos bens jurídicos que estão contrastando-se verificar qual tem o peso maior. A liberdade de locomoção tem um peso maior diante do sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, é razoável que se possa quebra-lo com o escopo de resguardar a liberdade de locomoção do réu. (RANGEL, 2015, p. 486)

Na mesma esteira também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

Assim sendo, é nítido que por mais que a prova seja obtida por meios ilícitos, a liberdade do réu inocente sempre terá uma importância maior do que a licitude da prova que este tenha obtido.

Assim descreveu Paulo Rangel:

Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio Silva Jardim, à qual nos filiamos, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial,

com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. (RANGEL, 2015, p. 487).

Logo quando estamos diante do artigo 5º LVI da Constituição Federal/88 não devemos interpreta-lo de forma absoluta sendo utilizada em todos os casos. A prova ilícita quando for utilizada em “pro reo” deve sofrer uma modificação, isto porque a liberdade do individuo inocente está acima do que qualquer norma de direito existe em nosso ordenamento jurídico.

Para conclusão do presente tema de prova ilícita em favor do réu, cabe ressaltar que o juiz não poderá declarar o réu inocente meramente baseando suas argumentações na prova ilícita obtida.

Por ultimo, devemos salientar que o ingresso no processo de uma prova obtida por meio ilícito impõe a ele a sanção de nulidade, a partir dessa admissão. O juiz não pode e não deve valorar sua sentença com base nessa prova, pois, se assim o fizer, violará não só o disposto no art. 5º, LVI, da CRFB, como também a regra do inciso IX do art. 93 do mesmo diploma legal, pois, nesse caso, a fundamentação da sentença será com base em uma prova ilegal e, portanto, viciada. (RANGEL, 2015, p. 487).

8- CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova constitui um instrumento fundamental em todos os tramites do processo, seja da fase de inquérito policial ou após iniciada a ação penal. É uma forma crucial para o magistrado possa decidir com livre arbítrio, porém com toda a certeza de estar agindo de forma mais correta possível. Consiste criar um pilar corroborado de documentos em gerais capazes influenciarem o convencimento do juiz, para que ao aplicar a sanção punitiva do Estado, a faça da melhor forma possível evitando um julgamento eivado de vícios.

Depreende-se que a prova é todo meio utilizado para levar informação ao juiz para que o mesmo possa se basilar em suas sanções ou aplicações de direitos. Sendo essas admitidas, em regra, apenas de forma lícita.

Destarte, com o avanço do direito, máxime em relação as garantias individuais e do contraditório e ampla defesa, iniciou todo um procedimento jurídico voltado para

admitir em algumas circunstâncias as provas obtidas por meio “ilícito” no processo penal.

Desta forma, consta-se que ao admitir a “prova ilícita” favorecendo uma das partes, deve velar-se principalmente pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Como é de entendimento, a constituição federal vedou expressamente a utilização de provas ilícitas, salvo em benefício do réu, cabendo portanto a quem produz a prova certificar-se de que os procedimentos estabelecidos pela Carta Magna e pela legislação processual penal estão sendo cumpridos.

Assim sendo, conclui-se que é de extrema importância para o desenrolar da Ação Penal, principalmente em sede de colheitas de provas na esfera policial, através do inquérito, e na fase da Instrução Criminal em que novas provas são produzidas, que sejam respeitadas as regras estabelecidas pelo legislador pátrio afim de assegurar a lisura do julgamento do réu.

9-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **REFORMA DO PROCESSO PENAL** **Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/02 e n. 11.719/08.** 1ª ed. BeloHorizonte: Del Rey, 2009. v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 15ª ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Código de Processo Penal (Decreto lei n. 3689/1941)

Constituição da Republica Federativa do Brasil. 1988

FONSECA, Tiago Moura. **As provas obtidas ilicitamente no processo penal: provas ilícitas a favor da acusação sob a ótica do principio da proporcionalidade-razoabilidade.** 2009. Monografia – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira deDireito.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. – 4. Ed. * Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. – 23. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, (STF - HC: 119234 AC, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 14/10/2013, data da Publicação: DJe-206 DIVULG 16/10/2013 PUBLIC 17/10/2013).

BRASIL, STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000

BRASIL, (TJ-AC - Recurso Administrativo: 00014589720138010000 AC 0001458-97.2013.8.01.0000, Relator: Desª. Denise Bonfim, Data de Julgamento: 02/12/2015, Tribunal Pleno Administrativo, Data de Publicação: 15/12/2015)

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.