

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

SÉRGIO PAULO SOARES DOS SANTOS

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

**CURITIBA
2018**

SÉRGIO PAULO SOARES DOS SANTOS

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Projeto de pesquisa apresentado como requisito avaliativo à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Pós Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor : José Laurindo de Souza Netto

**CURITIBA
2018**

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a problemática da admissibilidade ou da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal. Inicialmente foi feito um estudo sobre o conceito de provas no Direito, bem como acerca das provas em espécie, incluindo a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas. Demonstrar-se também a relevância de alguns princípios processuais sobre a aceitação ou não das provas obtidas por meio ilícito. De forma que será abordada a questão da vedação constitucional a essas provas, e o único caso em que elas são permitidas, que seria para favorecer o réu no processo. Para o desenvolvimento do assunto, escolheram-se os métodos dedutivo e analítico. Este, pelo fato de serem apresentadas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre os institutos mais relevantes, no intento de corroborar ou criticar normas legais e constitucionais

Palavras-chave: Prova ilícita; Processo Penal; Admissibilidade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the problem of admissibility or inadmissibility of unlawful evidence in criminal proceedings. Initially, a study was carried out on the concept of evidence in law, as well as on in-kind evidence, including the distinction between illicit and illegitimate evidence. Also demonstrate the relevance of some procedural principles on the acceptance or non-acceptance of evidence obtained through illicit means. So that the question of the constitutional fence will be approached to these tests, and the only case in which they are allowed, that would be to favor the defendant in the process. For the development of the subject, the deductive and analytical methods were chosen. The latter, due to the presentation of doctrinal and jurisprudential positions on the most relevant institutes, in the attempt to corroborate or criticize legal and constitutional norms

Key words: Unlawful evidence; Criminal proceedings; Admissibility.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	6
2.	DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	9
2.1.	Conceito e disposições iniciais	9
2.2.	Princípios que regem o sistema probatório.....	13
2.2.1	Princípio do contraditório	13
2.2.1	Princípio da comunhão da prova	14
2.2.1	Princípio da oralidade	15
2.2.1	Princípio da autorresponsabilidade das partes.....	16
2.2.1	Princípio da não auto-incriminalização	17
2.3.	Dos meios de prova	18
2.4	Da prova emprestada	20
3.	DAS PROVAS ILEGAIS.....	22
3.1	Provas ilícitas	22
3.2	Provas ilícitas por derivação	24
3.2	Provas ilegítimas	26
4.	DA (IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	28
5.	CONCLUSÃO	35
6.	REFERÊNCIAS	36

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a problemática da admissibilidade ou da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal. A escolha do tema foi pensada a partir dos casos práticos que ocorre com no Estado do Paraná, referente a atividade advocatícia nas diversas varas criminais e nos Tribunais deste país.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI assim determina: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Acontece que com o advento do aumento da criminalidade e dinâmica dos crimes os juízes e tribunais vem entendendo diferente do que a lei determina, mitigando o entendimento no caso concreto. Aplicando diversas teorias e princípios para aceitar uma prova que na prática foi colhida de forma ilegal.

A tratativa abordada será acerca da impossibilidade da admissão da prova ilícita dentro do Estado Democrático de Direito e suas repercussões. Como se será exposto, a Constituição Federal deixa clara que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Porém ao mesmo tempo a Constituição fala na ampla defesa e na plenitude de defesa no caso do Tribunal do Júri.

O que deve ocorrer com o réu se utilizar a prova ilícita para se defender no processo criminal? Um pai que sabe que sua filha foi estuprada e morta, invade a casa do autor e colhe provas. Tais provas devem ser usadas para fundamentar a decisão de condenação?

A lei 11.690/2008 incluiu a seguinte norma penal no art. 157 do Código de Processo Penal:

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

§ 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.

§ 2º Considera-se fonte independente 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.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.

Passou a aceitar as provas ilícitas derivadas desde que não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente.

Acontece que a doutrina e jurisprudência pátria vem sofrendo diversas modificações quanto ao tema, pois afirma que tal princípio e regra deve se mitigado no caso concreto em confronto com outros princípios de maiores relevâncias, tais como relevante interesse comum e da segurança de todos.

O princípio da proporcionalidade por Renato Brasileiro de Lima: “ Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Daí a importância do princípio da proporcionalidade, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico e contenção dos excessos do Poder Público¹”.

Portanto faz-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema, tendo em vista que a doutrina e jurisprudência tem sofrido algumas alterações no seu contexto hermenêutico sobre esta demanda.

¹ Lima, Renao Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed.Salvador/BA: Jus podium, 2015.p. 629.

O presente trabalho, objetiva analisar os aspectos jurídicos da obtenção de meios ilícitos para coleta de provas no processo penal e suas consequências na formação jurisprudencial e doutrinária pátria.

Este estudo será desenvolvido a partir de marco teórico da definição de prova ilícita no processo penal, seu contexto histórico frente as regras e princípios constitucionais e normativa infraconstitucionais e suas consequências nas varas criminais e tribunais Estaduais, Superiores e Suprema Corte de nosso País.

Para tanto teremos por bases diversos doutrinadores Nacionais bem como internacionais observando seus conceitos que versam sobre Princípios sensíveis de material sobre dignidade da pessoa humana, intimidade e direito a segurança que deve obrigatoriamente ser fornecido pelo Estado.

Será utilizado o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a referência do instituto do controle em relação ao serviço público em face dos princípios que integram o regime jurídico da referida atividade.

A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, normas constitucionais e infraconstitucionais será o método de procedimento específico do trabalho em questão.

2. DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

2.1. Conceito e disposições iniciais

A mais antiga forma de apuração da verdade se encontra na antiga Grécia, como identificada por Michel Foucault na obra *Ilíada*, de Homero, quando este afirma em sua obra que esta conquista da democracia grega, este direito de testemunhar, de opor a verdade ao poder, se organizou em um longo processo nascido e instaurado de forma definitiva, em Atenas, ao longo do século V (a.C.) Segundo o autor, este direito de opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade deu lugar a uma série de grandes formas culturais características da sociedade grega.

“Prova”, advinda do termo latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de demonstrar, reconhecer, examinar e persuadir, todo elemento que possa levar ao conhecimento de um fato, ou de alguém².

Nesse contexto, o professor Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 338) nos ensina 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 experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar"

Oscar Joseph de Plácido e Silva (2004, p. 239) aduz que:

“Entende-se assim, no sentido jurídico a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material

² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 14.ed. São Paulo, 2008. p.239

ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou ato demonstrado”.

Em um estudo aprofundado sobre a prova, pode-se dizer que ela é “a soma dos motivos geradores da certeza”,³ compreendendo em seus conceitos, aspectos, objetivos e subjetivos.

Neste diapasão, cabe dizer que a prova é toda coisa material ou imaterial que se destina a levar ao conhecimento do juiz e das partes a existência ou inexistência de um fato material ou de um ato jurídico⁴.

Deste modo, fica evidente, que a prova pode ser compreendida como tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do juiz, ou seja, é tudo aquilo que levamos ao conhecimento do magistrado na expectativa de convencê-lo da realidade dos fatos ou de um ato do processo. Ela é inerente ao desempenho do direito de defesa e de ação.

Convém ainda, emprestamos a definição de prova apresentada por um dos doutrinadores que melhor trataram do tema no Processo Civil, Moacyr Amaral Santos:

“Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Não pode ser imoral, ilegítima ou ilegal. No sentido objetivo, são os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. No sentido subjetivo, é a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou não dos fatos. Esta se forma do conhecimento e ponderação daquela. Prova judiciária é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo⁵”.

³ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrich. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 1997. P.55.

⁴ Greco Filho, Vicente. Manual de processo penal. 10ª edição. São paulo. Editora Saraiva, p 186.

⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1995.

Ainda, concernente à doutrina processual civilista, Paulo Rangel empresta-lhe natureza de “direito subjetivo constitucional assegurado através do princípio do devido processo legal e inerente aos princípios da verdade real e do contraditório, pois contradizer é dizer e provar o contrário⁶”.

A prova é, em primeiro momento, uma fonte de informações. Estas informações passam a pertencer ao processo depois de juntadas aos autos. Ou seja, passam a pertencer às partes, ao juiz e aos terceiros interessados e envolvidos ao processo. Por mais que as provas possuam o objetivo de convencer o juiz em seu momento decisório, torna-se limitado o conceito clássico de “convencimento do juiz”.

Outra ponderação importante, é que há três sentidos para o termo prova, quais sejam: o ato de provar, que é o processo em que se verifica a verdade do fato alegado, como exemplo, temos a instrução probatória onde as partes utilizam os elementos disponíveis para descortinar a "verdade" do que se alega; o meio para provar, que é o instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo, um exemplo disso é a prova testemunhal; o resultado da ação de provar, que trata do produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos⁷.

A Teoria Geral da Prova no Processo Penal está regulada no Título VII CPP, a partir do art. 155, que assim dispõe:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

A expressão “livre apreciação da prova produzida” consagra a adoção do sistema do livre convencimento motivado da prova⁸. O princípio ou sistema do livre

⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

⁸ Também chamado de princípio da PERSUASÃO RACIONAL, CONVENCIMENTO RACIONAL ou

convencimento motivado, ou livre convencimento regrado, diz que o Juiz deve valorar a prova produzida da maneira que entender mais conveniente, de acordo com sua análise dos fatos comprovados nos autos.

Assim, o Juiz não está obrigado a conferir determinado “peso” a alguma prova. Por exemplo: num processo criminal, mesmo que o acusado confesse o crime, o Juiz não está obrigado a dar a esta prova (confissão) valor absoluto, devendo avaliá-la em conjunto com as demais provas produzidas no processo, de forma a atribuir a esta prova o valor que reputar pertinentes.

Entretanto, esta liberdade do Magistrado não é absoluta, pois ele deve fundamentar suas decisões, as provas devem constar dos autos do processo, e além disso, as provas devem ter sido produzidas sob o crivo do contraditório judicial, sendo assim, as provas exclusivamente produzidas em sede de inquérito policial não podem, por si só, fundamentar a decisão do Juiz⁹.

As provas possuem como objetivo obter o convencimento do julgador, que decide de acordo com o livre convencimento motivado ao apreciá-las, segundo o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, têm a natureza jurídica de direito subjetivo.

As normas referentes às provas são normas processuais, ou seja, de aplicação imediata, no qual os crimes ocorridos antes da vigência de uma nova lei poderão ser demonstrados pelos novos meios de prova.

APRECIAÇÃO FUNDAMENTADA. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12^o edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2015, p.345

⁹ À exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Além disso, PACELLI sustenta que a impossibilidade de utilização dos elementos colhidos na investigação como únicos para fundamentar a decisão somente se aplicaria à decisão condenatória, pois o intuito da norma é evitar que sejam violados o contraditório e a ampla defesa. E, se tratando de decisão absolutória, não haveria qualquer razão para não se admitir. PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 16^o edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2012, p. 331.

2.2. Princípios que regem o sistema probatório

Os princípios relacionados à prova no processo penal são as premissas utilizadas durante a persecução penal a fim de que sejam obedecidos princípios constitucionais e infraconstitucionais no tocante à aplicação da lei referente a instrução probatória.

2.2.1 Princípio do contraditório

Princípio do contraditório significa que todas as provas produzidas por uma das partes podem ser contraditadas (contraprova) pela outra parte. Traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (art. 5º, inc LV da Constituição Federal), impõe que às partes devem ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual. O princípio do contraditório, o qual está aliado o da ampla defesa, já existia de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro vigente sob a égide das constituições anteriores a 1988. No entanto, sua positivação expressa se deu com o advento da CF/88, reconhecendo-lhe a qualidade de direito de primeira geração, de proteção a liberdade.

Acerca do princípio em comento, Antônio Scarance Fernandes (2005, p. 61) aduz que:

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige sua observância durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los”.

Deste modo, este princípio estabelece que todas as provas arroladas no processo devem ter em aberto uma contestação pela parte contrária, bem como os atos do juiz devem ser de conhecimento das partes.

2.2.1 Princípio da comunhão da prova

Princípio da comunhão da prova (ou da aquisição da prova) aduz que a prova produzida por uma das partes ou determinada pelo Juiz, mas uma vez integrada aos autos, deixa de pertencer àquele que a produziu, passando a ser parte integrante do processo, podendo ser utilizada em benefício de qualquer das partes. Exemplo: Imagine que o réu arrole uma testemunha, acreditando que seu depoimento será favorável a ele. No entanto, em seu depoimento a testemunha afirma que viu o acusado praticar o crime. Assim, nada impede que o Juiz se valha da própria prova produzida pelo réu para condená-lo, pois a prova não é mais do réu, e sim comum ao processo (comunhão da prova).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez entregue a prova ao juízo, ela passa a pertencer ao processo, sendo irrelevante, para tanto, quem a forneceu. É o chamado princípio da comunhão da prova. Sobre o tema, há muito já havia se manifestado o magistrado Portanova (1999, p. 217):

“Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandia, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse

da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição”.

Em face do exposto, pode-se entender que uma vez produzida a prova, esta pertence ao juízo e pode ser utilizada por qualquer das partes e pelo juiz, ajudando na busca da verdade real, mesmo que tenha sido requerida por apenas uma das partes

2.2.1 Princípio da oralidade

Princípio da oralidade, determina que sempre que for possível, as provas devem ser produzidas oralmente na presença do Juiz. Assim, mais valor tem uma prova testemunhal produzida em audiência que um mero documento juntado aos autos contendo algumas declarações de uma suposta testemunha. Desse princípio decorrem:

Subprincípio da concentração, que nos traz, sempre que possível as provas devem ser concentradas na audiência. Tanto o é que, com as alterações promovidas pela Lei 11.719/08, as alegações finais, que antes eram realizadas mediante a apresentação de memoriais (escritos), atualmente serão, em regra, apresentadas oralmente ao final da audiência (podendo, em casos complexos, serem apresentadas por escrito, através de memoriais);

Subprincípio da publicidade, complementa que os atos processuais não devem ser praticados de maneira secreta, sendo vedado ao Juiz apresentar obstáculos à publicidade dos atos processuais. Isto deriva da própria Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º, LX e 93, IX. Porém, esta publicidade não é absoluta, podendo ser restringida em alguns casos, apenas às partes e seus procuradores, ou somente a estes. Convém ressaltar, portanto, que existe a possibilidade, até mesmo, de um ato processual não ser público para uma das partes, mas nunca poderá ser restringida a publicidade aos procuradores das partes;

Subprincípio da imediação, aduz que o Juiz, sempre que possível, deve ter contato físico com a prova, no ato de sua produção, a fim de que melhor possa formar sua convicção.

2.2.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes

Princípio da autorresponsabilidade das partes, impera que as partes respondem pelo ônus da produção da prova acerca do fato que tenham de provar. Assim, se o titular da ação penal não provar a autoria e a materialidade do fato, terá uma consequência adversa para si, que é a absolvição do acusado.

Sendo que o indivíduo responde pelo exercício probatório que produzir, pode-se falar em ônus da prova que atribui a responsabilidade no litígio às partes com o intuito de demonstrar a veracidade dos fatos. Esse meio de provar um acontecimento, além de ser usado para convencer o julgador, é utilizado para o benefício de algum dos litigantes na relação processual. Desse modo, conforme o art.156 do Código de Processo Penal:

“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Este princípio relaciona-se com o ônus probante, cabendo a aquele que alegar o fato, a incumbência da prova, estando sujeito aos riscos da inércia. O ônus da prova pode ser definido como o encargo conferido a uma das partes referente à produção probatória relativa ao fato por ela alegado.

Ainda assim, ressalta-se o que afirma Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves “[...] o ônus da prova não pode ser entendido como um dever ou uma obrigação da parte, na medida em que seu descumprimento não lhe acarreta nenhuma sanção” (REIS; GONÇALVES, 2015, p. 257).

2.2.1 Princípio da não auto-incriminação

Princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo ou da não autoincriminação: Trata-se de princípio implícito que decorre dos seguintes princípios constitucionais expressos: presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF); ampla defesa (art. 5º, LV, CF); direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, CF). Além, de se encontra expressamente previsto no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e que tem status supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Acerca do princípio em comento, Luiz Flávio Gomes (2010), jurista de notório saber jurídico, nos ensina que:

“O privilégio ou princípio (a garantia) da não auto-incriminação (Nemo tenetur se detegere ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se auto incriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente”.

Destarte, por este princípio entende-se a não obrigatoriedade que a parte tem de produzir prova contra si mesma. Assim, não está o acusado obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas, nem a participar da reconstituição simulada, nem fornecer material gráfico para exame grafotécnico, por exemplo.

2.3. Dos meios de prova

Um dos meios de prova mais comum em nosso âmbito jurídico é a **Prova Pericial** – são as que deixam vestígios – como por exemplo um exame necroscópico (cadavérico), ou exame de corpo de delito, exame químico toxicológico. Do ponto de vista do processo penal, perícia é o exame realizado por perito que detenha habilitação técnica e capacitação sobre determinada área de conhecimento. Este meio de prova está regulado entre os artigos 158 e 184 do Código de Processo Penal (CPP).

Existe também, a **Prova Documental** (artigo 231 até 238 CPP). A definição de documento se encontra no art. 232 do Código de Processo Penal:

“Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original”.

A prova documental pode ser produzida a qualquer tempo pelas partes, salvo nos casos em que a lei expressamente veda sua produção fora de um determinado momento.

Há, ainda, a **Prova oral** (artigo 201 CPP), qual seja, a declaração do ofendido, que é de suma importância e muito valioso no conjunto probatório. A oitiva do ofendido permite ao magistrado ter contato efetivo com a pessoa que mais sofreu as consequências do delito, de forma a possibilitar o mais preciso alcance de sua extensão.

Convém ressaltar que o ofendido não é testemunha¹⁰, pois testemunha é um terceiro que não participa do fato. O ofendido participa do fato, na qualidade de sujeito passivo. O ofendido, caso seja determinada sua oitiva, deve comparecer e responder às perguntas, podendo ser conduzido coercitivamente¹¹ (mediante força policial).

Isso decorre do art. 201 do CPP, que diz que o ofendido será (cogência, obrigação) ouvido:

“Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1o Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) ”.

A Lei 11.690/08 acrescentou diversos parágrafos ao art. 201 (§§ 2º ao 6º), de forma que agora é dever do Juiz comunicar o ofendido de diversos atos processuais, notadamente aqueles que importem na decretação da prisão e da liberdade do acusado, de forma a manter o ofendido a par do que ocorre no processo. Esta regulamentação independe de o ofendido estar ou não na qualidade de assistente de acusação

Há de se falar, também, da **Prova Testemunhal** (artigo 203 até 255 do CPP) – este tipo de prova apresenta duas espécies: visual e circunstancial. A testemunha ocular é aquela que presenciou o fato, tem maior valor do que a circunstancial que sobre o fato repassado por terceira pessoa.

Existe ainda, a prova por meio do **Interrogatório do acusado** (artigo 185 até 196 do CPP) – tanto é meio de defesa como é meio de prova, podendo o acusado ficar calado, mas se ele falar aspecto diretamente ligado ao fato serve como meio de prova,

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 401

¹¹ NUCCI sustenta, porém, que o ofendido, apesar de poder ser conduzido coercitivamente, não poderá responder pelo delito de desobediência caso deixe de comparecer espontaneamente em Juízo. NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 404/405

por exemplo, comprou um revólver e deu ao acusado. Nesse caso é uma prova de participação no delito e, é claro, serve como meio de prova.

Outro meio de prova a ser levado em consideração é a **Confissão do Acusado**, a qual é de grande valor e facilita no livre convencimento do magistrado, todavia, deve ser complementado por outros elementos probatórios.

Nesse contexto, Nestor Távora e Rosmar Antonni apresentam detalhadamente o conceito de confissão (2009, p. 359):

“É a admissão por parte do suposto autor da infração, de fatos que lhe são atribuídos e que lhe são desfavoráveis. O reconhecimento da infração por alguém que não é sequer indiciado não é tecnicamente confissão, e sim auto-acusação. Confessar é reconhecer a autoria da imputação ou dos fatos objeto da investigação preliminar por aquele que está no polo passivo da persecução penal”.

Por derradeiro, convém mencionar a **Busca e Apreensão** (artigo 240 até 250 do CPP), esta, por sua vez, só tem validade se autorizada pela autoridade judiciária, resumindo, é tudo que se encontra relacionado ao crime no local da busca.

Pontes de Miranda em seu sábio entendimento dizia que (1976, p. 224):

"A busca e apreensão consiste em apanhar-se bem ou pessoa, ou apanharem-se bens ou pessoas. Para que caiba a medida cautelar, é preciso que alguma regra jurídica, de direito material ou processual, haja estabelecido que se possa pedir ou que haja atribuído ao juiz a competência para decretá-la de ofício".

2.4 Da prova emprestada

É a utilização da prova em um processo distinto daquela em que foi produzida. Apenas será possível a utilização da prova emprestada se usada contra quem participou

do processo anterior, sendo observado o contraditório na admissibilidade e na colheita das provas. A prova emprestada tem o mesmo valor que a prova originariamente produzida.

Alguns doutrinadores falam em ilegitimidade da prova por violação ao princípio do contraditório, mas o Superior Tribunal de Justiça decidiu inexistir nulidade processual, caso a defesa tenha concordado com a produção da prova emprestada.

A prova emprestada é aquela que, tendo sido produzida em outro processo, vem a ser apresentada (documentalmente, é claro)¹² no processo corrente, de forma a também neste produzir os seus efeitos. A Doutrina e a Jurisprudência, entretanto, exigem que a prova emprestada tenha sido produzida em processo que envolveu as mesmas partes (identidade de partes) e tenha sido submetida ao contraditório. Presentes ambos os requisitos, a prova emprestada terá o mesmo valor das demais provas. Ausente qualquer dos requisitos, será considerada como mero indício, tendo o valor de prova não plena.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12^o.edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2015, p.339

3. DAS PROVAS ILEGAIS

As provas ilegais são um gênero do qual derivam três espécies: provas ilícitas, provas ilícitas por derivação e provas ilegítimas.

3.1 Provas ilícitas

São consideradas provas ilícitas aquelas produzidas mediante violação de normas de direito material (normas constitucionais ou legais)¹³. A Constituição Federal expressamente prevê a vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Nos termos do seu art. 5º, LVI:

“Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

O art. 157 do CPP, por sua vez, dispõe que:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) ”.

Teresa Armenta Deu, ao tratar das provas ilícitas, nos ensina que (2011, p. 37):

“(...) essa pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 340

irregular ou se tornar defeituosa. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou no processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou, finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados) ”.

Neste contexto, são exemplos de prova ilícita: Interceptação telefônica realizada sem ordem judicial, por violar o art. 5º, XII da Constituição Federal; a busca e apreensão domiciliar sem ordem judicial, por violação ao art. 5º, XI da Constituição; a prova obtida mediante violação de correspondência, pois viola o art. 5º, XII da Constituição Federal.

Muitos outros existem, todavia, não se faz necessário enumerá-los. No entanto, o que é de suma importância ressaltar, é que qualquer prova obtida por meio ilícito é uma prova ilegal, e que por meio ilícito deve-se entender aquele que importa em violação a algum direito material, constitucionalmente protegido, de maneira direta ou indireta.

A prova pode ser ilícita por afrontar direta ou indiretamente a Constituição. Todos os exemplos citados acima são hipóteses de prova ilícita por afrontamento direto à Constituição. No entanto, pode ocorrer de a prova ser ilícita por ofender uma norma prevista em legislação infraconstitucional (não prevista na Constituição), mas essa Lei retira seu fundamento diretamente da nossa Lei Maior.

A título de exemplo, imagine um interrogatório do réu em sede judicial realizado sem a presença do advogado. A norma que diz que a presença do advogado é indispensável não está na Constituição, mas no art. 185 do CPP. No entanto, este art. 185 do CPP nada mais faz que observar o princípio da ampla defesa. Assim, pode-se dizer que quando se afronta o art. 185 do CPP, está a ser violado, também, o princípio da ampla defesa, consagrado no art. 5º, LV da Constituição.

3.2 Provas ilícitas por derivação

São aquelas provas que, embora sejam lícitas em sua essência, derivam de uma prova ilícita, daí o nome “provas ilícitas por derivação”. Trata-se da aplicação da Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), segundo a qual, o fato de a árvore estar envenenada necessariamente contamina os seus frutos. Trazendo para o mundo jurídico, significa que o defeito (vício, ilegalidade) de um ato contamina todos os outros atos que a ele estão vinculados.

Antes do advento da Lei 11.690 (que alterou alguns dispositivos do CPP), a utilização desta teoria era fundamentada com base no art. 573, §1º do CPP, que diz:

“Art. 573 (...)§1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”.

No entanto, com o advento da Lei citada, o art. 157, §1º do CPP passou a tratar expressamente da prova ilícita por derivação da seguinte forma:

“§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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).”

Desta forma, fica evidente, portanto, que a primeira parte do dispositivo transcrito trata da regra, qual seja: toda prova derivada de prova ilícita é inadmissível no processo. Todavia, a segunda parte do artigo excepciona a regra, ou seja, existem casos em que a prova, mesmo derivando de outra prova, esta sim ilícita, poderá ser utilizada.

Neste sentido, os professores GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, (1996, p.135), exemplificaram:

“É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido. Ou o caso da interceptação telefônica clandestina, por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado”.

Exige-se, primeiramente, que a prova ilícita por derivação possua uma relação de causalidade exclusiva com a prova originalmente ilícita. Assim, se uma prova B (lícita) só pode ser obtida porque se originou de uma prova ilícita (A), a prova B será inadmissível. Porém, se a prova B não foi obtida exclusivamente em razão da prova A, a prova B não será inadmissível.

Para exemplificar o exposto, imagine que A fora arrolado pelo Ministério Público como testemunha em um processo criminal, tendo prestado seu depoimento de maneira válida durante a instrução processual. O que esta prova tem de ilícita? Nada. Porém, imagine que a testemunha A só tenha sido descoberta em razão de um depoimento testemunhal ocorrido em sede policial, na qual a testemunha B foi torturada. Assim, o depoimento de B é prova ilícita, de forma que contamina o depoimento (válido) de A, pois somente através do depoimento mediante tortura de B é que se chegou até a testemunha A.

Imagine, agora, que além de ter sido mencionado como testemunha do crime por B (que estava sob tortura), a testemunha A tenha sido apontado como testemunha ocular do crime por outra testemunha, C, que prestou depoimento válido e de maneira livre em sede policial. Ora, estamos aqui diante do que se chama de fonte independente capaz de conduzir ao objeto de prova¹⁴. Assim, se a prova ilícita por derivação (depoimento de A) tenha sido obtida também por uma fonte independente (depoimento

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit., p. 341

de C) da fonte contaminada (depoimento de B, sob tortura), a prova deixará de ser ilícita por derivação e poderá ser utilizada no processo. Nos termos do §2º do art. 157 do CPP:

“Art. 157 (...) §2º Considera-se fonte independente aquela que por si s., seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”.

Por fim, há ainda o que a Doutrina chama de “Teoria da descoberta Inevitável” (*inevitable discovery*), segundo a qual também poderá ser utilizada (não sendo considerada ilícita por derivação) a prova que, embora obtida através de uma outra prova, ilícita, teria sido obtida inevitavelmente pela autoridade

A título de exemplo, podemos imaginar um caso em que o Juiz tenha determinado a Busca e apreensão de documentos e objetos na casa do suspeito A. Antes de realizada a diligência, A, que estava preso, afirma que a arma do crime está em sua residência, dentro do armário. Chegando no local, a autoridade policial constata que de fato a arma está no armário, mas simultaneamente chega ao local outra equipe, para cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão determinado anteriormente. Ora, a arma seria localizada inevitavelmente pela equipe que fora realizar a busca e apreensão (diligência válida e regular). Portanto, a prova ilícita por derivação (arma do crime, à qual se chegou através de depoimento mediante tortura) teria sido descoberta de maneira inevitável, ainda que não houvesse a prova ilícita que lhe deu origem.

3.2 Provas ilegítimas

São provas obtidas mediante violação a normas de caráter eminentemente processual, sem que haja nenhum reflexo de violação a normas constitucionais.

Para exemplificar, podemos imaginar que em um determinado processo criminal em uma comarca do interior, não havendo perito oficial, o Juiz tenha determinado a

produção de prova pericial por um perito não oficial. Esta prova pericial produzida será ilegítima, pois viola uma norma processual, prevista no art. 159, §1º do CPP:

“Art. 159 (...) §1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) ”.

Neste caso, não há qualquer violação à Constituição, pois a realização de uma prova pericial por apenas um perito não-oficial, ao invés de dois, em nada prejudica algum direito fundamental. No entanto, trata-se de violação a uma norma processual, de forma que esta prova é considerada ilegítima.

Não se pode esquecer que o termo “ilegítimas” só se aplica às provas obtidas com violação às normas de direito processual. Por outro lado, o termo “ilícitas” se aplica apenas às provas obtidas com violação às normas de direito material.

4. DA (IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Segundo o mestrando Tiago André Pierobom de Ávila fazendo menções aos trabalhos e publicados de um dos maiores e mais influentes filósofos do Direito alemão contemporâneo, Robert Alexy, formado pela Universidade de direito e filosofia Göttingen, tendo recebido o título de PhD em 1976:

“A teoria de Alexy não é uma teoria de valores concretos, mas um ideal teórico de estruturação racional do esquema de solução aos problemas das colisões de princípios de direitos fundamentais. Segundo Alexy, ou uma teoria dos direitos fundamentais se apoia em um único princípio (teoria unipontual) ou em vários. A redução a um único princípio leva um grau de abstração tamanho que perde sua utilidade e contraria as várias funções, aspectos e fins dos direitos fundamentais. Alexy salienta a necessidade de reconhecer vários princípios de direitos fundamentais, o que leva à conclusão de que haverá colisões entre esses princípios.

Assim, Alexy constrói uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, que proponha as soluções às colisões entre os princípios fundamentais. Segundo Alexy, a colisão e a ponderação são os problemas fundamentais da dogmática dos direitos fundamentais. Alexy reconhece que o Direito não pode ser reduzido apenas a uma dimensão analítica, mas ressalta a importância de uma consideração sistemática conceitual do Direito para racionalidade da ciência jurídica”¹⁵.

¹⁵ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 1. ed., 3. reimpressão. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27-35. Aput Disponível em <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%20a7%20a3o%20THIAGO%20ANDR%2089%20PIEROBOM%20DE%20%20c3%81VILA-%20Provas%20II%20c3%adccitas.pdf>. Acesso em 19 maio 2108.

Para que possamos chegar a importância das coletas de provas para processo penal é de suma relevância entender como se dá o processo de obtenção em si, para tanto faz-se necessários seus conceitos.

Para o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

“ A palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*) , e traduz as ideias de veificação, inspeção, exame aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa provar examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo das operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro”¹⁶.

Ainda o mesmo autor sobre o princípio da proporcionalidade e prova ilícita *pro societate*:

“ Se, de um lado, doutrina e jurisprudência são uníssonas em apontar a possibilidade da utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, mesmo que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, do outro, há intensa controvérsias quanto à possibilidade de utilização de provas ilícitas em favor da sociedade¹⁷”.

Com a finalidade de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada acerca do entendimento dos tribunais a respeito da obtenção da prova ilícita, exponho a seguir, alguns trechos da jurisprudência nesse sentido:

“ EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS

¹⁶ Lima, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed.Salvador/BA: Jus podium, 2015.p. 571.

¹⁷ Idem.

CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO.
INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

- A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.

No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.

(STF - RE: 251445 GO, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 21/06/2000, Data de Publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068)

'Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido.

(HC 96056, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-089 DIVULG 07-05-2012 PUBLIC 08-05-2012 RT v. 101, n. 922, 2012, p. 710-718).

EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Ilícitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.

(HC 90298, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, DJE-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00353 RTJ VOL-00220-01 PP-00392 RB v. 21, n. 553, 2009, p. 35-36)¹⁸.

Já para o professor e doutrinador Eugenio Pacelli é possível a obtenção da prova ilícita por particulares:

18

Disponível

em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROVA+ILICITA+PRINCIPIO+DA+PROPORCIONALIDADE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y78s4th6>. Acesso em 19 maio 2018.

“ De se ver no particular, que a história do Supremo Tribunal Federal registra um caso em que se deferiu a produção de exame de DNA em placenta da gestante, suposta vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal, recolhida sem autorização desta, com fundamento em uma necessária ponderação, entre valores constitucionais contrapostos, admitindo, então a aplicação da proporcionalidade na produção da prova (RCL nº 2.040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, em 21.2.2002 – informativo STF nº 257, 18 a 22 de fevereiro de 2002).¹⁹

Portanto, conforme visto há autores que concordam com a utilização da prova ilícita para acusar o réu desde que seja colhida por particulares sem o incentivo do Estado ou gerencia de autoridades públicas, tendo em vista que há princípios e bens jurídicos de mesmo alcance envolvidos.

Por toda a jurisprudência ora exposta observa-se que, como dito, as decisões proferidas pelos tribunais, constata-se que a maior parte dos julgados proferidos conjuga pela inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, visando proteger e resguardar os direitos fundamentais inerentes à pessoa, dentre eles o da liberdade.

Sobre os efeitos do reconhecimento da ilicitude da prova, conforme preceitua o Informativo 776 do STF, vale destacar que o mero reconhecimento da ilicitude da prova não é capaz de ensejar o trancamento da ação penal ou a prolação de uma sentença condenatória. A ação penal pode possuir justa causa (elementos mínimos de prova) calcada em outras provas, não declarada ilícitas, bem como a condenação pode sobrevir condenação, também fundada em outras provas, não vinculadas à prova considerada ilícita.

No caso das provas ilícitas e ilícitas por derivação, declarada sua ilicitude, elas deverão ser desentranhadas do processo e, após estar preclusa a decisão que

¹⁹ Pacelli, Eugêncio. Curso de Processo Penal. 17ª Ed. SãoPaulo/SP: Atlas. 2012. p. 379.

determinou o desentranhamento (não couber mais recurso desta decisão), esta prova será inutilizada pelo Juiz. É o que preconiza o §3º do art. 157 do CPP:

Art. 157 (...) §3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Trata-se, portanto, de valoração da ilicitude da prova antes da sentença. Entretanto, em relação à simetria de tratamento que se dá às provas ilícitas e às nulidades absolutas, a ilicitude destas provas poderá ser arguida a qualquer momento, inclusive após a sentença.

Todavia, há parcela da Doutrina, vem entendendo que, desentranhada prova declarada inadmissível, a sua inutilização não é obrigatória, podendo o Magistrado declarar a inadmissibilidade da prova, mas não decretar seu desentranhamento e inutilização.

Isto se deve em razão da existência de forte entendimento²⁰ no sentido de que a prova, ainda que seja ilícita, se for a única prova que possa conduzir à absolvição do réu, ou comprovar fato importante para sua defesa, em razão do princípio da proporcionalidade, deverá ser utilizada no processo. Assim, a inutilização da prova inviabilizaria sua utilização pro reo.

Nesse sentido, Norberto Claudio Pâncaro Avena (2017, p. 484) nos ensina o seguinte:

“Apesar dessa proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo tem considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolve-lo ou de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do

²⁰ PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 320

sopesamento, o qual, partindo da consideração de que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”, possibilita que se analise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, qual é o que deve, efetivamente, ser protegido pelo Estado”.

Em consonância com este entendimento, Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 92) aduz que:

“Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas era o único meio de que dispunha para provar a inocência. Seria inaceitável condenar o acusado apenas porque a demonstração de sua inocência só pode ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita.”

Deste modo, tendo em vista que a liberdade, depois da vida, é o bem mais jurídico mais importante a ser protegido, é importante levarmos em conta tais posicionamentos como fundamentos para exceção á inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, revela-se a importância do estudo quanto ao tema referente às provas ilícitas, uma vez que no Brasil a obtenção de prova através da violação de normas de direito material é vedada constitucionalmente.

A prova é um elemento de grande importância para o processo penal, pois é através dela que o juiz forma seu convencimento. A prova é um método que institui um conjunto de regras que vão garantir os direitos das partes, e ainda estabelecer a verdade dos fatos, respeitando as limitações jurídicas, a fim de possibilitar a convicção ao juiz. Daí a importância de que as provas não sejam obtidas ilicitamente.

Indiscutível é a inadmissibilidade, em juízo, das provas obtidas ilicitamente, sendo este o entendimento correto e majoritário da doutrina atual, até porque apenas se estaria seguindo o preceito constitucionalmente protetivo, pois “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, como estabelece o inciso LVI, do art. 5º, da CF/88.

Assim no nosso ordenamento jurídico a regra é a inadmissibilidade das provas ilícitas, porém com o princípio da proporcionalidade tais provas podem ser admitidas, principalmente em benefício do réu. Vale lembrar que este tema, é um tema que ainda não é pacificado. Ressalte-se ainda, que o princípio da proporcionalidade só é utilizado em casos excepcionais, em que tal poderia causar um dano maior ao indivíduo.

Portanto, a inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluta, visto que com o princípio da proporcionalidade dá a algumas provas a possibilidade de que sejam utilizadas.

6. REFERÊNCIAS

Avena, Norberto Claudio Pâncaro, Processo Penal Esquematizado, 7º edição, Rio de Janeiro, Forense, Método, 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.

Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.> Acesso em 19 maio 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 9 maio 2018.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Salvador/BA: Jus podium, 2015.

DEU, Teresa Armenta. A prova ilícita: um estudo comparado. 2. Ed. São Paulo. Marcial Pons, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance, Processo penal constitucional, 4. ed. rev., atual. e ampl. / 2005.

Fernandes, Antonio Scarance, Processo Penal Constitucional, 7º edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora dos Tribunais, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio. Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 6ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2004.

Informativo do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>> . Acesso em 19 maio 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 12ª edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2015.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 17ª Ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 21ª Ed. São Paulo/SP: Atlas, 2013.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1995.

Supremo Tribunal Federal. HC 96056, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, julgado em 28/06/2011, Acórdão eletrônico DJe-089 divulgado em 07-05-2012 e publicado em 08-05-2012 RT v. 101, n. 922, 2012, p. 710-718.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 3. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.