

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
LIDIANE APARECIDA DOS SANTOS**

**A MITIGAÇÃO DA INAPLICABILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL *PRO REO***

**RUBIATABA/GO
2017**

LIDIANE APARECIDA DOS SANTOS

**A MITIGAÇÃO DA INAPLICABILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL *PRO REO***

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier.

**RUBIATABA/GO
2017**

LIDIANE APARECIDA DOS SANTOS

**A MITIGAÇÃO DA INAPLICABILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL *PRO REO***

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier.

Monografia aprovada pela Banca Examinadora em 22 / 06 / 2017

**Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida da Cunha Duvallier.
Orientadora
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Rogério Gonçalves Lima.
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Danilo Ferraz Nunes da Silva.
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico este trabalho de conclusão de curso aos meus pais, representando todos os meus familiares e ao meu esposo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me possibilitar chegar até aqui, a minha família que sempre esteve me apoiando, ao meu esposo que esteve presente em todos os momentos dessa jornada, minha orientadora Nalim Cunha, e por fim, aos meus amigos que, de alguma forma, contribuíram para a concretização desse sonho.

RESUMO

O objetivo desta monografia é abordar sobre a Mitigação da Inaplicabilidade das Provas Ilícitas e Ilegítimas no Direito Processual Penal *Pro Reo*, visando analisar se existe possibilidade jurídica na utilização de provas ilícitas e ilegítimas em benefício do réu. Inicialmente discute-se sobre o instituto das provas, em seguida são traçadas diferenças entre provas ilícitas e ilegítimas com base no Código de Processo Penal e analisadas as alterações advindas da Lei 11.690/08. Ao fim, sopesa-se o princípio da proporcionalidade e sua aplicação para afastar a proibição às provas ilícitas. O presente estudo lança mão da técnica de compilação bibliográfica com base em doutrinas de processo penal, legislação específica sobre os temas e julgados que versam sobre o assunto. A pesquisa tem a finalidade de demonstrar que a vedação ao uso das provas ilícitas e ilegítimas em uma relação processual penal, não são absolutos, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade possibilita a valoração das provas a depender do caso concreto em discussão.

Palavras-chave: Admissibilidade; Provas Ilícitas e Ilegítimas; Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to point about the Mitigation of Inapplicability of Illegal and Illegitimate Proofs in Criminal Procedural *Pro Reo*, aiming to analyze if there is juridical possibility in the utilization of illegitimate and illegal proofs in benefit of the defendant. Initially, discuss about the institute of proofs, next, will be showed differences between illegitimate and illegal proofs based on Penal Procedural Code and analyzed the changes coming of the Law 11.690/08. At the end, analyze the principle of proportionality and its application to put away the prohibition to the illegal proofs. The present monograph used of the bibliographic compilation techniques based on penal procedural doctrines, specific legislation about the themes and judged that deal with the subject. The research aims to demonstrate that the prohibition of the use of illegal and illegitimate proofs in a criminal procedural relationship, is not absolute, bearing in mind that the principle of proportionality makes it possible assessment of proofs depending on the concrete case under discussion.

Keywords: Admissibility; Illegal and Illegitimate Proofs; Principle of Proportionality.

Traduzido por Marise de Melo Lemes, graduada em Letras Modernas.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DAS PROVAS	11
2.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE.....	11
2.2 MEIOS DE PROVA	15
2.3 DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS.....	17
2.4 DOS PRINCÍPIOS DA PROVA PROCESSUAL PENAL	20
2.4.1 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES.....	20
2.4.2 PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA.....	21
2.4.3 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO OU COMUNHÃO	21
2.4.4 PRINCÍPIO DA ORALIDADE	22
2.4.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	23
2.4.6 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	23
2.4.7 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	24
2.5 DO DIREITO À PROVA	24
3. DAS PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS	27
3.1 LIMITES AO DIREITO A PROVA.....	27
3.2 DIFERENCIAÇÕES ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA	29
3.3 LEI N. 11.690/2008: ATUAL REGRA SOBRE PROVAS ILÍCITAS	31
3.4 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	33
4. DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA, COM EXCEÇÃO <i>PRO REO</i>	36
4.1 DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.....	36
4.2 DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO RÉU	38
4.2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA <i>PRO REO</i>	40
4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE <i>PRO REO</i>	43
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata sobre a análise da mitigação da inaplicabilidade das provas ilícitas e ilegítimas no direito processual penal *pro reo*. Entende-se que princípios constitucionais proíbem o uso de provas ilícitas e ilegítimas. Assim, levanta-se o seguinte questionamento: É juridicamente possível a mitigação de princípios constitucionais processuais para a utilização de provas ilícitas e/ou ilegítimas em favor do réu?

Diante disso, serão analisados, a luz da doutrina pátria e da legislação, a conceituação de provas ilícitas e provas ilegítimas, além dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre o direito processual penal em questão, verificando se tais provas adquiridas por estes meios podem ser aplicadas em casos concretos.

A motivação para analisar e compreender a apreciação dessas provas se firma no intuito de esclarecer qual a sua importância. Haja vista tratar-se de análise pautada no princípio da ampla defesa, no que pertine a utilização em favor do réu.

O tema abordado possui grande relevância no âmbito do processo penal, tendo em vista que este almeja alcançar a verdade real dos fatos por meio das provas apresentadas aos autos. Diante disso, o que motivou a escolha do tema foi a grande preocupação em identificar se o magistrado prioriza pela busca da verdade real, com vistas a fazer um julgamento justo, ou se atenta em aplicar, de forma absoluta, a proibição da prova ilícita, conforme estabelece a legislação vigente.

Sua importância no campo social se dá em razão de que o direito não pode, pelo fato da prova ser ilegítima ou ilícita, condenar um réu que, sabidamente, não tem culpa. Assim, faz-se necessária essa pesquisa com vistas a identificar se os princípios que proíbem o uso dessas provas são absolutos ou podem, em casos específicos, serem mitigados em favor do réu.

O presente trabalho se desenvolve em três capítulos, os quais serão abordados com base em doutrinas de processo penal, legislação vigente e julgados.

No primeiro capítulo, discute-se sobre as provas no processo penal brasileiro, onde são apresentadas sua definição, objeto e finalidade, quais os meios de provas permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e como é realizada sua avaliação, com vistas a identificar se a prova condiz com a realidade dos fatos e obedece a legislação vigente. Além disso, são analisados os princípios norteadores e o direito a prova garantido pela Constituição Federal da República de 1988.

No segundo capítulo estuda-se sobre as provas ilícitas e ilegítimas, com a finalidade de demonstrar as diferenças entre elas e quais as provas admissíveis na legislação vigente.

No terceiro capítulo, analisa-se a relação do princípio da proporcionalidade com as provas ilícitas e ilegítimas no processo penal, posteriormente, se verifica a possibilidade de admissão no processo penal brasileiro.

Para elaboração deste trabalho, com vistas à resolução da problemática, foi utilizada a técnica dedutiva e pesquisa básica qualitativa, onde a análise dos dados ocorreu por meio do levantamento bibliográfico com o estudo realizado em doutrinas de Direito Processual Penal, Direito Constitucional, legislação vigente e jurisprudências.

Para alcançar os objetivos específicos, qual seja compreender a teoria geral das provas juntamente com os princípios que a regulamentam, estudar sobre as provas ilícitas e ilegítimas, com a finalidade de demonstrar as diferenças entre elas e quais as provas admissíveis na legislação vigente e analisar a relação do princípio da proporcionalidade com as provas ilícitas e ilegítimas no processo penal, posteriormente, verificar a possibilidade de admissão no processo penal brasileiro, foi utilizado pesquisas bibliográficas valendo-se das obras de Direito Processual Penal de Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci, Vicente Greco Filho, Nestor Távora, legislação vigente e análise de jurisprudências que comprova a posição dos doutrinadores estudados.

2. DAS PROVAS

Este capítulo discute sobre as provas, sendo estas de extrema importância para o âmbito do processo penal. Apresenta-se, a definição, objeto e finalidade das provas, quais os meios de provas permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e como é realizada sua avaliação, com vistas a identificar se a prova condiz com a realidade dos fatos e obedece a legislação vigente. Além disso, são analisados os princípios norteadores e o direito a prova garantido pela Constituição Federal da República de 1988.

Com vistas a contribuir com a resolução da problemática, este capítulo discorrerá sobre a teoria da prova, onde será demonstrada com base no estudo de diversos autores como Capez, Nucci, Filho, Távora, Rangel o quão importante é a análise das provas para que o julgador possa proferir decisão justa. Desse modo, tendo em vista que o problema a ser resolvido é saber se os princípios constitucionais processuais podem ser mitigados para que uma prova ilícita possa ser valorada em favor do réu, nota-se que o capítulo contribui com sua resolução na medida em que define a importância das provas para concretização de decisão coerente.

2.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE

Será analisado neste tópico a definição das provas, juntamente com seu objeto e finalidade. Definir-se-á provas embasando-se em vários doutrinadores a demonstrar que esta possui fator relevante para o julgamento justo, principalmente na esfera penal, onde seu valor é imensurável.

É de fundamental importância a análise das provas para que o juiz possa proferir uma decisão. Deste modo, iniciaremos com sua definição elucidada por Nucci (2014, p. 282), onde a conceitua como

termo originado 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.

Diante dessa definição, nota-se que o termo prova advém do latim, sendo uma forma de demonstrar a veracidade dos fatos que esteja afirmando. Nesse mesmo sentido Filho (2012, p. 280) a conceitua como “todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”. Assim, fica evidente que o termo prova significa mostrar a realidade dos fatos, isto é, esclarecer a verdade de uma afirmativa.

Após a descrição de prova no âmbito geral, Capez (2014, p. 300) faz a seguinte conceituação no campo jurídico:

Do latim probatio, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts.156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Diante da definição de prova no âmbito jurídico, compreende-se que sua aceção não é distinta da explanada de forma geral. Sua conceituação esclarece que a prova é meio utilizado pelas partes, pelo juiz e até mesmo por terceiros com vistas a comprovar a veracidade dos fatos. Sua aplicação é de extrema importância para a execução da justiça. Corroborando com essa ideia Rangel (2015, p. 525) afirma que:

No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

A partir dessa análise, constata-se que a prova é o meio pelo qual os sujeitos do processo aspiram ratificar a tese que defendem em âmbito judicial. As partes, na relação processual, utilizam-se da prova para convencer o magistrado de suas afirmações. Por outro lado o julgador vale-se dela para formar seu convencimento acerca da demanda. Sobre esse assunto Capez (2014, p. 300) afirma que:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados

debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

É possível inferir das lições retro que as provas são o coração do processo. Assim, não há que se falar em dar à parte o que lhe é de direito se esta não conseguir confirmar a veracidade de seus pedidos. Pode-se dizer que são a sustentabilidade do processo, pois será com base nelas que os sujeitos da relação processual irão fundamentar sua tese.

Por outro lado, em se tratando da finalidade da prova, Avena (2015, p. 497) afirma que seu objetivo é “auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo”. Diante dessa afirmação, o autor estabelece que a prova seja destinada ao juiz, cujo propósito será avaliá-las e dar a decisão sobre deferimento ou não da solicitação.

Nesse sentido, Filho (2012, p. 280) considera que a “finalidade da prova é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado”. Desse modo, pontua-se que a prova tem o desígnio de demonstrar ao juiz que os fatos alegados são verdadeiros. Entretanto, é importante ressaltar que esse convencimento não será absoluto, mas sim suficiente para o julgador proferir sua decisão.

Por esse ângulo, Távora e Assumpção (2012, p. 21) definem que a finalidade das provas é “a obtenção do convencimento do julgador, decidindo pela condenação ou absolvição do réu por meio da apreciação do manancial probatório carreado aos autos”. Isto posto, observa-se que o magistrado se apoiará na provas para decidir sobre deferimento ou indeferimento dos pedidos.

Outro detalhe importante é relativo ao objeto da prova, e que é bem ressaltado por Capez (2014, p. 300), como

toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Em outras palavras, o objeto da prova consiste em tudo que possa ser utilizado como forma de demonstrar a verdade de um fato que gera dúvidas sobre sua autenticidade. Esses acontecimentos precisam ser desvendados de forma efetiva, pois serão responsáveis por uma decisão judicial. Assim, para que a decisão do magistrado seja feita com precisão é necessário uma análise de todas as circunstâncias que podem convencer o julgador da verdade dos fatos.

Nessa mesma linha de raciocínio Avena (2015, p. 497) afirma com clareza que “por objeto da prova compreendem-se os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação”. Por conseguinte, o objeto da prova incide em todos os fatos que, de alguma forma, são responsáveis por causar imprecisão na decisão do magistrado. Nesse caso, é imprescindível que seja realizada sua constatação. Corroborando com essa ideia Filho (2012, p. 282, 283) afirma que

o objeto da prova são os fatos. Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos a atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los; os fatos impertinentes, isto é, não relacionados com a causa, devem ter sua prova recusada pelo juiz, sob pena de se desenvolver atividade inútil. Além de pertinentes, só devem ser provados os fatos relevantes, que são os que podem influir, em diferentes graus, na decisão da causa. Os fatos irrelevantes são, na realidade, também impertinentes.

Desta feita, com o estudo das lições acima percebe-se que o objeto da prova é os fatos, entretanto não serão todos eles que se sujeitarão a análise no âmbito processual penal. Serão avaliados apenas os acontecimentos que diz respeito ao processo em curso, isto é, somente o que apresentar relação com a conduta em apreciação. Assim, os fatos que não versarem sobre o ato, de forma relevante, serão rejeitados pelo julgador.

Ratificando a definição dos autores retrocitados, quando se fala em objeto da prova, Rangel (2015, p. 525) traz como exemplo o seguinte fato:

Se o Ministério Público imputa a Tício a prática do crime de homicídio doloso qualificado por motivo fútil, o objeto da prova é o homicídio, a morte da vítima por motivo insignificante desproporcional entre o crime e sua causa moral.

Diante dessa exemplificação, constata-se que o objeto do crime em questão é o homicídio, em outras palavras, a morte da vítima. Desse modo, para dissolução do caso, serão analisados todos os fatos que tenham relação com o ato criminoso.

Por fim, complementando, Távora e Assumpção (2012, p. 22, 23) afirmam que o objeto da prova é “aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento”. De outro modo, é tudo que esteja relacionado com o ato criminoso, devendo ser analisado pelo magistrado com cautela para que possa proferir decisão com exatidão.

Ao final dessa seção observa-se que prova é a forma utilizada pelos sujeitos da relação processual para comprovar a veracidade dos fatos alegados. Importante ressaltar que esta é responsável pela sustentação de toda relação processual, pois não basta simplesmente argumentar com relação a um fato, é preciso que este seja comprovado por meio de provas.

Verifica-se que os autores afirmam ser objeto da prova todos os fatos que possuem conexão com ato em análise. Além disso, destaca-se que esses acontecimentos devem ser pertinentes para a elucidação do caso.

Então, depois das análises doutrinárias tecidas, evidencia-se que a prova é fator determinante no campo do processo penal. Sua apresentação e análise são de extrema importância para que o julgador possa condenar ou absolver o réu. Dessa forma, fazendo uso da prova de forma efetiva a decisão proferida pelo magistrado será satisfatória com relação à justiça.

Todavia, além de se analisar sobre conceito, finalidade e objeto da prova, é preciso ponderar no próximo tópico sobre os meios de provas admitidos legalmente.

2.2 MEIOS DE PROVA

Nessa seção será discutido sobre os meios de provas admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja finalidade é demonstrar como os sujeitos da relação processual poderão demonstrar que as circunstâncias sustentadas são verdadeiras.

Para elucidar meios de prova, Távora e Assumpção (2012, p. 25) afirmam que estes “são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo”. Assim sendo, meios de prova consiste na forma utilizada pelas partes para confirmar a verdade sobre o que se alega. Nesse seguimento Rangel (2015, p. 526) preceitua que:

Meios de prova são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da 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.

Com base no exposto, nota-se o mesmo entendimento de Távora e Assumpção (2012) quando aduzido que meios de prova “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos”. Entretanto, complementando esse entendimento, o autor assegura que esses meios podem ser ou não previstos em Lei.

Assim, fica evidente que o julgador irá utilizar de todos os instrumentos para esclarecer os fatos sustentados pelas partes. Diante da conceituação de meios de provas, Nucci (2014, p. 283) estabelece que estes podem ser:

lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Compreende-se que os meios de provas admitidos pelo magistrado serão apenas os que são aceitos pelo ordenamento jurídico. Assim, os meios de prova ilícitos não serão apreciados pelo julgador. O autor ainda destaca que as provas ilícitas não são apenas as defesas por Lei, mas também aquelas que atentarem contra as garantias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, meios imorais, antiéticos e que vão de encontro aos bons costumes.

Com relação aos meios de prova, Filho (2012, p. 284) preceitua as seguintes formas estabelecidas pelo Código de Processo Penal:

o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (artigo 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (artigo 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Desse modo, o código traz meios de prova admitidos pelo sistema jurídico. Entretanto, conforme preceitua Filho (2012, p. 284) esse rol não é taxativo, o que significa que serão aceitas outras formas, “desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade”.

Em síntese, nota-se que o meio de prova é todo o arsenal utilizado para comprovar a verdade dos fatos. Em outras palavras, seriam todas as informações oferecidas ao magistrado para que pudesse fazer seu julgamento com base nelas. Nesse sentido, é importante destacar que não serão todos os meios de provas admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do exposto, e para melhor entendimento do tema, serão discutidas a seguir as formas de avaliação das provas apresentadas aos autos.

2.3 DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

O tópico a seguir abordará sobre a forma de avaliação das provas. Será discutido sobre como o magistrado irá valorar as provas apresentadas aos autos. O objetivo desse item será demonstrar que é necessário fazer uma avaliação das provas que forem produzidas, pois cada uma terá um valor equivalente.

O sistema de avaliação de provas é descrito por Rangel (2015, p. 578) como “o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo”. Assim, não basta apenas analisar as provas que forem apresentadas nos autos, mas também fazer uma seleção e dar o valor correspondente à determinado tipo de prova, pois algumas delas podem ser decisivas para a resolução da questão em discussão. Para justificar essa avaliação da prova, Távora e Alencar (2015, p. 594) afirmam que

as regras de valoração da prova demonstram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento

jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão julgante

De outro modo, constata-se que as provas apresentadas no processo terão importâncias diferentes, pois será o julgador que irá valorar qual consegue demonstrar, com veemência, a veracidade dos fatos. Desse modo, quando o juiz evidencia qual prova possui valor maior, estará agindo com limpidez, pois neste momento o magistrado revela o que deu causa ao seu convencimento.

Ante a grande importância da avaliação das provas, Filho (2012, pg. 302) assegura que para nortear a conclusão do julgador há 3 (três) sistemas de avaliação dessas provas, sendo eles: “o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional”.

No tocante ao sistema de apreciação das provas, Nucci (2014, p. 287) consolida que o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima

é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto;

Nesse sistema de avaliação o julgador não necessita apresentar motivação para articular sua decisão. Agirá de forma livre, construindo sua convicção independentemente do que constar nos autos. Essa forma de avaliação é utilizada no Tribunal do Júri, tendo em vista que os jurados chegam a uma conclusão sem precisar motivar sua decisão.

A segunda forma de avaliação diz respeito ao sistema de avaliação da prova legal, onde Távora e Alencar (2015, p. 595) esclarece que nesse sistema

A lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo inclusive hierarquia entre estas, aniquilando praticamente a margem de liberdade apreciativa do magistrado. Cabe à norma, previamente, aquilatar o grau de importância do manancial probatório, restando ao juiz, de forma vinculada, atender ao regramento. Por esse sistema, pode se estabelecer a prova adequada para demonstrar determinado fato ou ato, fazendo-se antecipada distinção qualitativa entre as provas.

Dessa maneira, o sistema de avaliação que antes possibilitava ao julgador proferir decisão baseada em seu livre convencimento, esta não se admite essa forma julgamento, pois a própria legislação determinará a importância de cada

prova. Assim, o magistrado ficará restrito as normas para proferir decisão, devendo analisar as provas de acordo com o que a lei define.

Na terceira e última forma de avaliação das provas temos o sistema da persuasão racional o qual Nucci (2014, p. 287) determina

Que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (artigo 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

De outra maneira, percebe-se que a avaliação das provas realizada pelo sistema da persuasão racional é uma síntese dos 2 (dois) primeiros sistemas de avaliação. Assim, constata-se que este sistema possui o livre convencimento do magistrado, entretanto sua afirmação deve ser fundamentada nos autos. Corroborando com esse entendimento, o artigo 155 do Decreto Lei N° 3.689 (Brasil, 1941) afirma que

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.

Assim sendo, não restam dúvidas que o Juiz não possa proferir decisão com base apenas em sua própria vontade ou no que obtido na fase de investigação. Dessa forma, o magistrado necessita fundamentar seu julgamento em todos os dados juntados aos autos. Vale ressaltar que cada prova terá valor equivalente.

Em suma, verifica-se que, em razão do direito ao contraditório, as partes tem a faculdade de apresentar provas que possam fundamentar suas alegações. Entretanto, o magistrado irá apreciá-las e valorá-las de acordo com a forma de avaliação adotada.

Ao final, vale destacar que dentre os sistemas de avaliação apresentado anteriormente, o da persuasão racional é o adotado pela legislação brasileira, onde o juiz aprecia as provas juntadas aos autos e posteriormente profere decisão fundamentada, não podendo agir simplesmente pelo seu livre convencimento.

Para melhor elucidação, será abordado a seguir sobre os princípios norteadores da prova processual penal.

2.4 DOS PRINCÍPIOS DA PROVA PROCESSUAL PENAL

A seção a ser descrita a seguir discutirá sobre os princípios da prova processual penal. O item em estudo tem a finalidade de demonstrar quais são os princípios basilares da prova no campo do processo penal, e explicar sobre sua importância para a origem das normas que regem sobre a prova no âmbito penal.

Nos itens seguintes, serão abordados todos os princípios que alicerçam a apresentação de provas, no âmbito do processo penal, com vistas a esclarecer sua importância para o sistema jurídico específico das provas.

2.4.1 PRINCÍPIO DA AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES

De acordo com Távora e Assumpção (2012, p. 44), no princípio da autorresponsabilidade:

as partes assumem as consequências de sua inação. A frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução. Assim, se a parte acusadora não diligenciar na produção das provas que conduzam à incriminação, naturalmente assistirá à absolvição do réu.

Dessa maneira, a própria nomenclatura do princípio deixa claro que as partes serão responsabilizadas por seus atos. Tendo em vista que o juiz irá pronunciar decisão com base no que for juntado aos autos, é imprescindível que as partes produzam provas, tanto para defesa, quanto para acusação. Assim, no caso de deixarem de agir em momento oportuno, poderá ocorrer um julgamento injusto.

2.4.2 PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA

Em conformidade com Távora e Alencar (2015, p. 597) o princípio da audiência contraditória assegura que “toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação da parte contrária”. Em suma, nota-se que a parte tem o direito de oferecer provas sobre o que se alega. Porém, essa prova deverá ser exibida a outra parte para que a mesma possa se defender dos fatos arrolados. Assim, é nítida a aplicação da imparcialidade e da isonomia entre as partes.

2.4.3 PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO OU COMUNHÃO

Segundo Capez (2014, p. 331) o princípio da aquisição ou comunhão da prova significa que

no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador.

Desse modo, constata-se que as provas tem a finalidade de formar o convencimento do magistrado. Assim sendo, após a juntada das mesmas aos autos, não há que se falar em pegá-la de volta, pois a partir desse momento elas passam a pertencer ao processo.

Defendendo essa mesma síntese, Távora e Alencar (2015, p. 597) a complementam dizendo que “se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova”.

Em vista disso, observa-se que há a possibilidade de remoção de provas juntadas aos autos, desde que a outra parte aceite e o juiz não deseje a realização da mesma.

2.4.4 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Como descrito por Avena (2015, p. 459), o princípio da oralidade estabelece que

as provas devem ser realizadas oralmente, na presença do juiz. Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova. É o caso, por exemplo, da testemunha: mais valor terá a prova se realizada em audiência do que, ao contrário, se meras declarações escritas forem trazidas pelas partes e incorporadas ao processo. A oralidade, mais do que um princípio, traduz-se como uma forma de conduzir o processo, implicando dois subprincípios: a concentração e a imediação.

Perante o exposto, identifica-se que o princípio da oralidade valoriza o uso das provas orais, ao comparar-se com as escritas. Sua priorização ocorre devido essa prova ser construída na presença do julgador. Como exemplo, têm-se as provas testemunhais, as quais são produzidas no momento da audiência, possibilitando ao magistrado fazer uma melhor análise de sua veracidade. Diante disso, de acordo com Avena (2015, p. 459), em decorrência desse princípio decorrem outros 2 (dois), quais sejam:

1) Subprincípio da concentração: A produção probatória deve ser concentrada em uma só audiência ou, ao menos, no menor número possível delas. Este critério de condução do processo, já inserido em diplomas legais, como a Lei 9.099/1995 (artigo 81), foi incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, ao estabelecer, nos arts. 400, 411 e 431 (procedimento ordinário, rito do júri o procedimento sumário, respectivamente), a concentração das provas orais em audiência única de instrução.

2) Subprincípio da imediação: É necessário assegurar ao juiz o contato físico com as provas no ato de sua obtenção, inclusive para que possa ele conservar em sua memória aspectos importantes do momento em que tenham sido aquelas provas produzidas e, desse modo, valorá-las com maior exatidão no ato da sentença.

Nessa situação, nota-se que o princípio da oralidade se divide em dois subprincípios, o da concentração e o da imediação. O primeiro afirma que as provas devem ser produzidas num menor número de audiências possíveis. Já o segundo estabelece que para o julgador fazer uma análise das provas com maior precisão, é necessário que faça contato físico com a mesma, no momento de sua aquisição, possibilitando a ele a captura de fatos relevantes.

2.4.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Segundo Capez (2014, p. 331), o princípio da publicidade assegura que “os atos judiciais (e, portanto a produção de provas) são públicos, admitindo-se somente como exceção o segredo de justiça”. Dessa maneira, constata-se que a produção de provas, via de regra, não deverá ser sigilosa. Nessa mesma linha, Avena (2015, p. 459) reitera que

os atos que compõem o procedimento, inclusive a produção de provas, não devem ser efetuados secretamente. Visa-se, aqui, a garantir ao cidadão comum acesso e confiança no sistema de administração da justiça.

Assim sendo, constata-se que o princípio da publicidade tem a finalidade de possibilitar ao cidadão o acompanhamento dos atos judiciais e assim oferecer à sociedade segurança e firmeza dos atos ali realizados.

2.4.6 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Em harmonia com Capez (2014, p. 331), o princípio do livre convencimento motivado certifica que “as provas não são valoradas previamente pela legislação; logo, o julgador tem liberdade de apreciação, limitado apenas aos fatos e circunstâncias constantes nos autos”. Assim, o julgador terá o livre-arbítrio para proferir decisão, todavia deverá fazê-la com fundamento no que foi acostado aos autos.

Sob o mesmo ponto de vista Távora e Assumpção (2015, p. 46) afirmam que este princípio “permite ao magistrado liberdade para decidir, desde que o faça de forma motivada. É princípio de força constitucional, estatuído no artigo 93, IX, da CF/88”. Desta feita, o julgador, sob fundamento do artigo. 93, IX da Constituição Federal de 1988, é livre para apreciar as provas e proferir decisão, desde que as fundamente.

2.4.7 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

Com relação ao princípio da não autoincriminação Avena (2015, p. 501) assevera que

o acusado não poderá ser obrigado a produzir provas contra si. Em face desse privilégio que lhe é assegurado, não está o acusado, por exemplo, obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas por ocasião de seu interrogatório, tampouco a fornecer padrões vocais ou letra de próprio punho visando a subsidiar prova pericial requerida pelo Ministério Público.

Dessarte observa-se que o princípio garante ao indiciado o direito de não produzir provas contra si. Dessa forma, o acusado não é obrigado a fornecer informações que o envolva em atos criminais. Assim, como exemplo, possibilita ao incriminado o direito de permanecer calado em interrogatório.

Diante do que foi dito sobre os princípios, nota-se que são de extrema importância para aplicação das provas no campo do processo penal. Consistem na base do ordenamento jurídico relacionado às provas, pois direcionaram a forma como serão aplicadas, avaliadas, qual a responsabilidade das partes com relação a juntada nos autos. Por fim, é todo o alicerce do sistema jurídico que rege sobre as provas no âmbito penal.

A fim de ter uma melhor compreensão sobre a importância do uso das provas no âmbito processual penal, será analisado a seguir o tópico do direito a prova.

2.5 DO DIREITO À PROVA

Este tópico discutirá sobre o direito à prova oferecida às partes na relação processual penal. Diante da grande importância da produção de provas no âmbito penal, a finalidade desse item é apresentar o que vem a ser esse direito a prova e qual sua fundamentação.

Inicialmente, vale destacar que a produção de provas é fator determinante para o convencimento do magistrado diante dos fatos alegados. Nesse sentido, Aranha (2006, p. 08) afirma que o direito à prova possibilita

As partes provarem em seu próprio benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção. É uma atividade da parte em proveito próprio, uma condição para a vitória, um meio para obter a pretensão posta em juízo, jamais um dever jurídico. Quem deseja ganhar a demanda deve provar, como quem deseja melhorar deve trabalhar. Daí por que ônus, jamais obrigação.

Ante o exposto, constata-se que o direito a prova é oferecido ao autor e ao réu da relação jurídica. No entanto a parte interessada não possui obrigação de produzir provas para comprovar a verdade do que se alega, pois se trata de direito subjetivo. Nesse seguimento Grinover, Fernandes e Filho (2002, p. 71) afirmam que o direito a prova

Está inserido na garantia constitucional [...], dentro do contexto do contraditório e dos direitos de ação e defesa. [...] não tem como objetivo a defesa entendida em sentido negativo - como oposição ou resistência -, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo.

Assim, percebe-se que o direito à prova possui fundamento na Constituição Federal de 1988, onde assegura o direito ao contraditório. Direito esse elencado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual expõe que deve ser oferecido às partes o direito de influenciar o julgador em sua decisão, sendo essa intervenção realizada mediante produção de provas.

Em síntese, identifica-se que o direito a prova é uma garantia oferecida pela Constituição Federal de 1988, onde afirma que o autor e réu tem direito ao contraditório, isso é, tem a faculdade de produzir provas com vista a persuadir o juiz sobre a veracidade dos fatos argumentados em defesa ou acusação.

Diante da construção deste capítulo, foi possível identificar como resultado que as provas, em uma relação jurídica de direito processual penal, são de extrema importância, pois estas irão convencer o magistrado da veracidade dos fatos alegados.

Entretanto, constatou-se que as partes não podem usar de qualquer meio de prova para comprovar a verdade. Em outras palavras, as provas ilícitas não serão admitidas nos autos, sendo esta desentranhada e não podendo ser valorada pelo juízo.

Com base nos resultados obtidos neste capítulo, nota-se que as provas é a forma utilizada pelas partes para comprovar a veracidade dos fatos declarados nos

autos, e que todos tem direito de apresentar defesa. Sua finalidade é convencer o magistrado que as alegações suscitadas são verídicas. Entretanto, em razão de sua grande importância, esta deverá atender a requisitos para que possa ser valorada pelo magistrado.

Desse maneira, constatou-se que algumas modalidades de provas não podem ser juntadas aos autos, em razão de serem defesas por princípios constitucionais e legislação vigente. Assim, observa-se que o estudo da teoria das provas contribuiu vigorosamente para resolução da problemática, pois expôs o quanto a prova é fundamental para se atingir uma decisão justa e, em razão disso, restou comprovado, primariamente, que as proibições estabelecidas em lei para seu uso são necessárias para a construção de decisão coerente com a realidade.

No segundo capítulo, com vistas a uma melhor compreensão do assunto, será abordado sobre as provas ilícitas e ilegítimas, com a finalidade de demonstrar a diferenças entre elas e quais as provas admissíveis na legislação vigente.

3. DAS PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

Este capítulo discutirá sobre as provas ilícitas e ilegítimas no campo do processo penal. O objetivo deste capítulo é definir quais são os limites ao direito que as partes tem de apresentar provas, conceituar provas ilícitas e ilegítimas fazendo sua diferenciação, analisar a Lei 11.690/2008 com o fim de elucidar sobre as novas regras das provas ilícitas e definir provas ilícitas por derivação.

3.1 LIMITES AO DIREITO A PROVA

Será abordado neste item sobre os limites que a legislação preceitua sobre o direito a prova. Sua finalidade é demonstrar que o uso das provas, para demonstrar a veracidade das alegações, não é absoluto. Assim, não será permitido qualquer tipo de prova, haverá limites para seu uso.

Com relação ao direito a prova a Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, LV sobre as garantias do devido processo legal e do contraditório. Dessa forma, permite às partes a apresentação de provas nos autos do processo para que possa fundamentar suas argumentações.

Entretanto, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 427,428) esse direito a prova não é absoluto, “pois, como todos os direitos fundamentais, encontra limites na observância de outros direitos e no próprio direito a prova e a contraprova da outra parte”.

Nestes termos, observa-se que a apresentação de provas aos autos é direito garantido na Constituição Federal. Porém, seu oferecimento deve seguir alguns parâmetros, não se admitindo a produção de prova a qualquer forma. Diante disso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inc. LVI estabelece que as provas obtidas por meio ilícito não serão admitidas no processo.

Buscando ratificar o entendimento da Constituição Federal com relação à proibição da prova ilícita, Távora e Alencar (2015, p. 570 e 571) asseguram que

a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Não tem aplicação, no direito brasileiro,

o princípio, teoria ou axioma consistente na afirmação de que a prova que foi mal colhida, porém bem conservada, pode ser aproveitada no processo penal. Em outros termos, é indispensável que as regras do jogo de produção da prova sejam observadas, pelo que não aceita o nosso sistema que, em nome da justiça ou de valores sociais, o acusado seja punido de toda maneira, sem o acatamento do devido processo legal.

Assim, constata-se que a proibição do uso da prova ilícita advém do Estado Democrático de Direito, pois não permite que o acusado seja condenado com fundamento em provas que foram construídas a qualquer forma, sem nenhuma objeção. Agindo assim o Estado não estaria obedecendo ao princípio do devido processo legal, pois é necessária uma averiguação efetiva das provas, para que ao final seja proferida uma decisão justa com o acusado e a sociedade.

De acordo com Távora e Alencar (2015, p. 571) a prova será considerada “proibida ou vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo”. Diante dessa afirmação, nota-se que a prova que ir de encontro ao regulamento jurídico ou princípios norteadores do direito material ou processual não serão admitidas nos autos.

Ainda nesse entendimento, Távora e Alencar (2015, p. 571) estabelecem que as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis são gênero da qual tem-se como espécies as provas ilícitas e ilegítimas. De forma sucinta Távora e Alencar (2015, p. 571) as definem da seguinte forma:

- (i) As provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei n. 9.455/97); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (artigo 10 da Lei n. 9.296/96).
- (ii) As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (artigo 159, § 1º, CPP).

Perante essa definição percebe-se que as provas ilícitas estão desobedecendo direito material e princípios constitucionais penais, como exemplo tem-se a confissão adquirida por meio de tortura. Já as provas ilegítimas estão transgredindo normas processuais, como exemplo tem-se um laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial. Importante destacar que sua conceituação será mais específica nos tópicos a seguir.

Em síntese averigua-se que a Constituição Federal de 1988 oferece as partes da relação processual o direito de apresentar provas que comprovem sua fundamentação dos fatos alegados. Esse direito é disponibilizado com base no princípio do contraditório e da ampla defesa. No entanto, as partes deverão respeitar alguns requisitos para essa produção de provas, havendo limites em sua apresentação.

Para um melhor esclarecimento sobre esses limites ao direito à prova, o tópico a seguir irá discutir sobre a definição e diferenciação das provas ilícitas e ilegítimas.

3.2 DIFERENCIAÇÕES ENTRE PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA

Nesta seção será analisada a conceituação de provas ilícitas e ilegítimas, elucidadas por diversos autores e identificar a distinção entre ambas. Inicialmente cumpre destacar a conceituação de prova ilícita, que segundo Moraes (2014, p. 114) são

aquelas colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo, por meio de tortura psíquica, quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico sem ordem judicial devidamente fundamentada), configurando-se importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.

Denota-se que, as provas que são adquiridas desrespeitando a legislação que trata do direito material, serão consideradas ilícitas. Dessa forma, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVI, não poderão ser utilizadas no processo. Em se tratando das provas ilegítimas, Reis e Gonçalves (2014, p. 257) destaca que são aquelas

obtidas ou introduzidas na ação por meio de violação de norma de natureza processual. É a prova, portanto, que deriva de comportamento processualmente ilícito. Ex.: exibição, em plenário do Tribunal do Júri, de prova relativa ao fato de que a parte contrária não tenha sido cientificada com antecedência necessária (artigo 479 do CPP).

Desse modo, será considerada prova ilegítima aquela que contrariar normas processuais, isto é, no momento da produção de provas não foi analisado o que legislação processual estabelece sobre o assunto. Sob o mesmo ponto de vista,

Filho (2011, p. 43) aduz que

a questão das denominadas 'prova ilícita' e 'prova ilegítima' se relaciona com a inobservância de direitos e de garantias fundamentais em procedimentos probatórios. A ilicitude ou a ilegitimidade de uma prova decorrem da ilegalidade operada na obtenção ou na produção prova. A mencionada ilegalidade, que caracteriza a "prova ilegal" (prova contra legem), perfaz-se com a violação de normas ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Do gênero 'prova ilegal', consente a doutrina na identificação de duas espécies: 'prova ilícita', se a violação for de normas de direito material; 'prova ilegítima', se a violação for de natureza processual. Tenha-se, como exemplo de prova ilícita, a obtida com violação dos direitos e garantias individuais que fundamentam a tutela das comunicações entre pessoas presentes; e, de ilegítima, um testemunho prestado sem observância do procedimento previsto na lei processual penal.

De fato, contata-se que as provas que forem produzidas em desconformidade com a legislação não poderão servir de parâmetro para que o magistrado possa proferir sua decisão. Denota-se que dentre as espécies de provas advindas por meio ilegal, tem-se a prova ilícita e ilegítima, onde essas estão infringindo normas no âmbito material e processual.

Como forma de facilitar o entendimento dessas provas, Filho (2011, p. 42 e 43) traz uma exemplificação, onde demonstra como exemplo de prova ilícita a transgressão dos direitos e garantias individuais em que se baseia a proteção das comunicações entre pessoas e como forma de prova ilegítima tem-se o testemunho apresentado em desobediência ao método estabelecido em lei processual penal.

Assim também, no sentido de completar o entendimento de Filho, ressalta-se Badaró (2015, p. 285) que,

quanto ao momento, afirma-se que, na prova ilícita, o vício ocorre quando de sua **obtenção** (p. ex.: no momento em que se capta a conversa telefônica), enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre na sua **produção** (p. ex.: no momento em que se indefere a pergunta à testemunha). Embora normalmente a ilicitude se dê relativamente à obtenção de uma prova, isto é, durante a execução de um meio de obtenção de prova (p. ex.: uma interceptação telefônica ou busca e apreensão), é possível que a ilicitude ocorra no próprio processo, durante a produção da prova. Basta pensar em um acusado que seja torturado, ou submetido à hipnose, ou compelido a tomar o 'soro da verdade', durante seu interrogatório. Se um padre prestar depoimento sobre algo que teve conhecimento durante uma confissão, o vício que acarretará a ilicitude da prova testemunhal se dará na própria produção do meio de prova.

Porquanto, nota-se que a prova será ilícita quando a ilegalidade advir no momento da obtenção da prova, como por exemplo, no momento em que se atinge uma conversa telefônica. Em se tratando da prova ilegítima, esta ocorrerá no momento de sua produção, como acontece, por exemplo, no instante em que determinada pergunta direcionada à testemunha não é permitida.

Acrescente-se Badaró (2015, p. 285) que a prova ilícita, via de regra será produzida no momento da execução, entretanto poderá vir a ocorrer no próprio processo no momento da produção de prova. Como exemplo é ilustrado a possibilidade do acusado ter sido torturado ou até mesmo ter bebido o soro da verdade durante seu interrogatório.

Em suma, abstrai-se desse tópico que dentre as modalidades de prova ilegal identifica-se as provas ilícitas e ilegítimas. Sendo a primeira àquela colhida de forma a infringir previsões legais no campo material, houve desrespeito no momento da obtenção da prova. Além disso, a Constituição Federal de 1988 prevê que a prova ilícita não será utilizada nos autos, sendo-a desentranhada do processo.

Já a prova ilegítima é definida como aquela que foi adquirida em desacordo com as normas processuais, como no fato de não possibilitar a uma das partes seu direito de interrogar a testemunha. Essa ilegalidade ocorre no momento da produção de provas, que, ao ser identificado será decretado sua invalidade.

Em se tratando das provas ilegais, foram identificadas as provas ilícitas e ilegítimas. Com relação as provas ilícitas a lei 11.690/2008 trouxe novas regras, sendo estas analisadas no tópico a seguir.

3.3 LEI N. 11.690/2008: ATUAL REGRA SOBRE PROVAS ILÍCITAS

Diante da grande importância do estudo das provas para a construção desse trabalho, nesse tópico será abordado sobre a Lei 11.690/2008, cuja finalidade será demonstrar quais foram às inovações tragas sobre as provas ilícitas.

Anteriormente, foi apresentado que a Constituição Federal de 1988 veda o uso das provas ilícitas. Com vistas a regulamentar essa cláusula constitucional a Lei nº 11.690/2008, em seu artigo 157 do Código de Processo Penal estabelece que:

Artigo 157. 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.

O artigo 157 do Código de Processo Penal veio ratificar o que a Constituição Federal já estabelecia sobre as provas ilícitas. Assim, as provas que foram obtidas por meio ilícito, isto é infringindo normas constitucionais ou legais serão desentranhadas dos autos. Essa limitação de provas tem a finalidade de proteger os direitos e garantias fundamentais. Entretanto, Capez (2014, p. 309) ressalva-se que

essa vedação legal não será apta a afastar a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, admitindo-se a prova ilícita sempre que estiverem em jogo interesses de extrema magnitude para o cidadão, como a vida, a liberdade ou a segurança.

Dessa forma, Capez demonstra a possibilidade de ser permitido o uso da prova ilícita no processo penal. Sua vertente é fundamentada no princípio da proporcionalidade, o qual é garantido pela Constituição Federal. Assim, a prova ilícita será admitida quando esta for primordial para a dissolução do caso e garantir ao agente que tenha uma decisão justa.

O caput do artigo 157 não faz distinção entre prova ilícita e ilegítima, nesse sentido Junior (2013, p. *on-line*)

depreende-se do texto legal que não há mais qualquer importância se a norma violada é de direito material ou processual. Assim, havendo violação às normas “constitucionais ou legais” em uma prova ou o meio de obtê-la, essa será considerada ilícita.

Diante disso, constata-se que a distinção estabelecida nas doutrinas entre prova ilícita e ilegítima foi derogada pelo artigo 157 no momento em que o caput estabelece que a prova seja ilícita quando esta transgredir normas constitucionais ou legais.

Diante de toda essa vedação do uso das provas ilícitas Capez (2014, p. 309) afirma que

é importante assinalar que a matéria relativa à prova ilícita tem cunho nitidamente constitucional e, muito embora a Carta Magna e o artigo 157 do CPP vedem a produção dessa prova, isto não terá o condão de afastar princípios constitucionais como o da proporcionalidade, que autorizam a utilização da prova ilícita sempre que bens de maior magnitude, como a vida e a liberdade do indivíduo, estejam em jogo. Desse modo, constitui medida bastante temerária a inutilização dessa prova, pois ela poderá constituir elemento importante a embasar futura revisão criminal, constituindo, assim, prova para a defesa.

Compreende-se que a proibição do uso da prova ilícita não é totalmente absoluta como já foi descrito anteriormente. A própria Constituição Federal, com o princípio da proporcionalidade, oferece a possibilidade de utilizar a prova ilícita. Assim, como demonstra Capez, esta poderá vir a ser valorada quando seu conteúdo apresentar elemento importante para um julgamento merecido. Desse modo, quando a vida e liberdade do indivíduo estiver em discussão, e não houver uma prova concreta de culpabilidade, e existindo prova ilícita que garanta a inocência do agente, esta será apreciada pelo magistrado.

Em suma, evidencia-se que a Lei 11.690/2008 veio confirmar a proibição do uso das provas ilícitas estabelecido na Constituição Federal de 1988 e unificar o termo prova ilícita e ilegítima. Entretanto, com relação a esse impedimento, ficou demonstrado que não é absoluto, pois o princípio da proporcionalidade garante a possibilidade de seu uso quando, a depender do caso concreto, for possibilitar um julgamento justo.

De forma a complementar esse tópico, a seção seguinte irá abordar sobre as provas ilícitas por derivação.

3.4 PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Nesta seção serão expostos sobre as provas ilícitas por derivação, cuja finalidade será apresentar sua definição e sua fundamentação jurídica.

De acordo com Avena (2015, p. 522) as provas ilícitas por derivação são “aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de uma outra prova, considerada ilícita, ou de uma situação de ilegalidade, restando, portanto, contaminadas”.

Assim, a prova que foi produzida por meios ilícitos não poderão ser aceitas no processo, pois, mesmo que a prova em si seja lícita a forma a qual foi produzida foi ilícita. Some-se a isto o entendimento de Oliveira (2010, p. 375), o qual elucida que

se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Dessa forma, é notório que se a prova ilícita é defeso, conseqüentemente as provas que em sua essência é lícita, mas sua origem é ilícita não há que se falar em ser permitida sua utilização. Diante disso, as provas que são obtidas por maneiras ilícitas não devem ser valoradas, pois se houvesse essa permissão seria como aceitar a utilização da prova ilícita.

Com vistas a exemplificar as provas ilícitas por derivação Fernando Capez (2014, p.372) explica que

é o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Assim sendo, nota-se que a confissão é uma prova lícita, entretanto, no momento em que houve tortura para sua aquisição constata-se a forma ilícita. Dessa maneira, a prova que a princípio era lícita, passa a ser ilícita e proibida sua juntada aos autos.

Importante ressaltar que até o advento da lei 11.690/2008 não havia fundamentação jurídica para as provas ilícitas por derivação. Assim, a partir dessa Lei a vedação à prova ilícita por derivação encontra-se expressa no artigo 157, §1º, do CPP, estabelecendo que

são 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.

O artigo 157, em seu §1º do Código de Processo Penal estabelece que, via de regra, as provas originadas de provas ilícitas não serão apreciadas. Entretanto, o parágrafo em análise possibilita que esta mesma prova seja permitida se for comprovado que não existe ligação entre a prova derivada lícita e o meio ilícito, ou quando for possível obter a prova derivada de outra forma.

Portanto, denota-se que a Lei n.º 11.690/2008 trouxe previsão legal com relação ao impedimento de utilizar provas ilícitas por derivação, impedimento este que existia apenas em doutrinas e jurisprudências. Desse modo, torna-se proibido o uso de provas ilícitas por derivação, sendo permitidos apenas os casos em que não houve ligação e quando prova obtida puder ser adquirida de outra forma.

Em suma, na construção deste capítulo foi possível identificar e diferenciar as provas ilícitas e ilegítimas, e, em se tratando ao limite a prova, ambas são defesas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diante do estudo, resta demonstrado que as provas foram definidas por doutrinadores como ilícitas e ilegítimas, sendo a primeira uma violação de normas do direito material, e a segunda se dá por transgressão ao direito processual. Entretanto, com o advento da Lei 11.690/2008 consideram-se provas ilícitas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais, e também aquelas derivadas da ilícita. Assim, tanto a violação contra normas materiais ou processuais, seria considerada provas ilícitas.

Desse modo, constata-se que o capítulo contribui para a resolução da problemática, pois foi possível esclarecer quanto à limitação imposta pelo sistema jurídico com relação à apresentação de provas aos autos e a conceituação de provas ilícitas, conforme Lei 11.690/2008, juntamente com suas derivadas.

4. DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA, COM EXCEÇÃO *PRO REO*

No terceiro e último capítulo analisa-se sobre a inadmissibilidade da prova ilícita, com exceção *pro reo*. No contexto deste capítulo serão apresentados os seguintes tópicos: Da inadmissibilidade das provas ilícitas, Da admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, este será subdividido em Princípio da proporcionalidade e prova ilícita *pro reo*, e por fim terá Aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*.

4.1 DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Inicialmente cumpre mencionar que a Constituição Federal (de 1988 em seu artigo 5º, LVI estabelece que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Com esse mesmo entendimento, com vistas a ratificar a Constituição Federal, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157 caput, alude sobre a mesma redação. Desta forma, nota-se que as provas ilícitas são proibidas veementemente por esses dois institutos. De acordo com Oliveira (2014, p. 364)

As aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.

Diante da afirmativa contata-se que essa proibição estipulada dentre as normas constitucionais e legais tem a finalidade de inibir a má fé da parte produtora da prova. Complementando Oliveira (2014, p. 364) afirma que essa proibição tem o fim de “tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”.

Em se tratando da garantida aos direitos individuais defendidos pelo impedimento das provas ilícitas, Oliveira (2014, p. 364) assegura que a vedação “tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à

imagem (artigo 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI)". Nessa mesma linha de justificação Rangel (2015, p. 535) defende que

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública - princípio da verdade processual -, porém, essa investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, evidencia-se que a proibição do uso de provas ilícitas encontra-se amparo na questão em que o juiz é livre para analisar e proferir decisão com relação as provas juntadas aos autos. Dessa forma, para que esse julgamento seja justo, é necessário que as provas apresentadas estejam em conformidade com a realidade dos fatos, isto é, que seja de qualidade. Com intuito de complementar a questão da qualidade da prova Oliveira (2014, p. 364) aduz que

Reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.).

Diante disso, nota-se que a prova será considerada ilícita se o meio pelo qual a deu origem foi de encontro às normas jurídicas. De forma a exemplificar essa situação, Oliveira (2014, p. 364) afirma que uma confissão obtida por meio de tortura ou até mesmo mediante hipnose será considerada ilícita. Com vistas a deixar cristalino sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, Oliveira (2014, p. 365) alega que

A vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada.

Dessa forma, conclui-se que a prova não será admitida se estiver em desconformidade com as normas jurídicas, mesmo sendo seu teor verdadeiro, a forma com a qual foi adquirida, se advinda de meio ilícito, não será válida. Nesse sentido, Oliveira (2014, p. 365) estabelece que mesmo não havendo vedação propagada

“quanto ao meio, será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada”.

Até o presente momento, foi apresentado que a prova ilícita não será permitida, mas não aludiu se o Estado se encaixa nesse impedimento. Diante disso, Oliveira (2014, p. 364) estabelece que

De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado - normalmente os responsáveis pela prova -, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

É possível observar que o impedimento das provas ilícitas demonstra um alto grau de igualdade ao que diz respeito à relação processual. Pode-se dizer que haverá um balanceamento de forças, pois o Estado também fará jus à proibição descrita. Nesse sentido, Oliveira, (2011, p. 51) afirma que há

uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, [...] porque destina-se a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

Em resumo, percebe-se que as provas ilícitas não serão admitidas nos autos de uma relação processual penal. Essa proibição possuiu como fundamento a proteção quanto aos direitos individuais garantidos pela Constituição Federal. Sendo assim, o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio não poderão ser mitigados.

Entretanto, o tópico seguinte irá elucidar sobre a possibilidade dessas provas ilícitas serem aceitas e valoradas pelo magistrado.

4.2 DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DO RÉU

Denota-se até o momento que a prova ilícita não será admitida nos autos do processo. Entretanto, Nucci (2015, p. 83) afirma que

quanto à possibilidade de se acolher a prova ilicitamente produzida, parcela da doutrina costuma trabalhar com a teoria da proporcionalidade (“teoria da razoabilidade” ou “teoria do interesse predominante”), cuja finalidade é

equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se admitindo, pois, a rejeição contumaz das provas obtidas por meios ilícitos.

Diante disso, constata-se que há possibilidade de utilizar a prova ilícita no âmbito processual penal. Com base na afirmação em análise, nota-se que a proibição não deve ser absoluta. Em outras palavras, é necessário que seja analisado o caso concreto para que seja deferido ou não a juntada dessa prova. Com vistas a defender esse entendimento, Nucci (2015, p. 84) sustenta que

os defensores dessa posição precisam ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Entretanto, para apurar um furto simples, não se admitiria a mesma violação da intimidade, porque esta é mais relevante que o patrimônio.

Evidencia-se que a violação de normas constitucionais e legais para a aquisição de prova deve ser analisada com cautela, pois, ao desgastar determinada prova, pelo fato simplesmente de ser ilícita poderá causar grande injustiça com relação a dissolução de um ato criminal. Desse modo, aduz Nucci (2015, p. 84) que “se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo evitado, conforme preceitua a Constituição Federal (artigo 5.º, LXXV)”.

Nesse sentido, Grinover, Filho e Fernandes (1994, p. 116) sustentam que, “quando o próprio réu colhe a prova ilícita para sua absolvição está, na realidade, agindo em legítima defesa, mas não deixam de destacar que essa aceitação é fruto da proporcionalidade”. Dessa forma, antes de qualquer decisão é indispensável aplicar o princípio da proporcionalidade. Segundo Nucci (2015, p. 84)

Tal posição é, de fato, justa, fazendo-nos crer que é caso até de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado, quando não for possível reconhecer a legítima defesa. No exemplo supracitado do sequestro, é até possível argumentar-se com outra excludente, que é o estado de necessidade, para absolver quem faz uma escuta clandestina, destinada a localizar o cativo da vítima, proporcionando a sua libertação, embora não se possa utilizar tal prova para incriminar os autores do crime.

Assim sendo, constata-se a grande importância da análise da prova ilícita, pois esta poderá ser a única forma de comprovar a verdadeira situação do caso em

discussão. Dando ensejo a admissibilidade das provas ilícitas, Oliveira (2014, p. 395) esclarece que

o objeto de nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.

Oliveira (2014, p. 395) apontou um assunto de suma importância nas relações processuais penais, pois o Estado não pode punir alguém da qual não tenham certeza e comprovação convicta de sua culpabilidade. Diante disso, o sistema judiciário deve-se valer da possibilidade de utilizar a prova ilícita para que se alcance uma decisão coerente com a realidade dos fatos.

Em síntese, denota-se que as provas ilícitas, em algumas circunstâncias, poderão ser utilizadas como forma de demonstrar a verdade dos fatos alegadas pelo réu. Estas circunstâncias irão depender de cada caso, contudo o que não pode acontecer é deixar um acusado ser condenado por um ato do qual ele tinha prova ilícita que demonstrava sua inocência, mas em razão desta ser proibida não foi valorada em seu benefício.

4.2.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA *PRO REO*

As provas ilícitas são defendidas na Constituição Federal e no Código de processo Penal como proibidas. Em oposição a esse posicionamento Mascaranhas (2010, p. 76)

objetivando corrigir distorções que a rigidez da exclusão poderia provocar em casos de excepcional gravidade, a doutrina passou a atenuar a vedação das provas ilícitas adotando o princípio da proporcionalidade, segundo o qual as provas ilícitas podem, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, ser utilizados, posto que nenhuma liberdade pública é absoluta, existindo situações em que se observa que o direito a ser tutelado – por exemplo, o direito à ampla defesa – é mais importante que o direito à intimidade, ao segredo, à liberdade de comunicação, etc.

De acordo com Capez (2014, p. 306) este princípio é “extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados”. Essa teoria “surgiu na Alemanha no período pós-guerra”. Capez (2014, p. 306) afirma que essa teoria,

sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das 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. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça. Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência.

Em outras palavras, evidencia-se que o princípio da proporcionalidade, com relação a provas ilícitas, tem o condão de evitar que seja proferida decisão injusta com relação à parte ré. Nota-se o princípio da vedação da prova ilícita poderá ser mitigado se o caso concreto apresentar situação de grande importância ou incompatibilidade com outro direito fundamental.

Assim Capez (2014, p. 306) assegura que “o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”. Desse modo, nota-se que o princípio da vedação das provas ilícitas não pode prevalecer com relação ao grande valor social. Nesse contexto Capez (2014, p. 306) complementa que “no dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição”.

De forma a complementar esse entendimento Capez (2014, p. 306) assegura que

a aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais

consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Observa-se que a proibição das provas ilícitas não poderá ser absoluta, pois a sua prevalência poderá acarretar sanções injustas. Diante disso, não há que se falar em defender a proibição de determinada prova ilícita se esta é a única forma de comprovar a verdade dos fatos.

No contexto da admissibilidade das provas ilícitas por meio do princípio da proporcionalidade, Távora (2016, p. 74) ressalta uma assunto importante ao afirmar que o

princípio da proporcionalidade tem especial aplicação no direito processual penal, tal como se dá na disciplina legal da validade da prova. Se a utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu para o acatamento de prova que seria ilícita é pacífica, essa mesma utilização contra o réu para o fim de garantir valores como o da segurança coletiva é bastante controvertida no Brasil. Pode-se dizer que é minoritário o setor da doutrina e da jurisprudência que defende a aplicação excepcional do princípio da proporcionalidade contra o acusado, para satisfazer pretensões do “movimento da lei e da ordem”.

Diante disso, denota-se que a corrente que defende o uso das provas ilícitas em detrimento ao acusado é minoritária. Sendo assim, nota-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade será aplicada com vistas a favorecer o réu.

Ante o exposto constata-se que as normas jurídicas estabelecem que a prova ilícita não seja aceita na relação processual. Entretanto, conforme foi identificado nas doutrinas analisadas, há possibilidade dessa proibição ser mitigada. Foi constatado por meio do princípio da proporcionalidade que esse impedimento não é absoluto. Diante de exemplos expostos durante o estudo, ficou claro que a prova ilícita, a depender do caso concreto, poderá sim ser levada em consideração.

Portanto, não restam dúvidas de que os princípios que vedam a utilização da prova ilícita em favor do réu poderão ser abrandados, pois o que irá prevalecer será uma decisão jurisdicional justa.

Desse modo, com vistas a exemplificar se é juridicamente possível a mitigação de princípios constitucionais processuais para a utilização de provas ilícitas e/ou ilegítimas em favor do réu, será abordado no próximo item entendimentos jurisdicionais que fizeram prevalecer o princípio da proporcionalidade, garantido assim uma decisão coerente com a realidade.

4.3A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE *PRO REO*

Aparentemente, tem-se que a prova ilícita não deverá ser usada pelo Estado, já que este, no exercício do *jus puniendi* deverá se atentar às normas processuais e caso não o faça, qualquer prova ou ainda as que dela derivarem deverão ser banidas do mundo processual em seu caso concreto.

No entanto, observa-se uma tendência de que a prova ilícita *pro reo* deverá ser aceita, privilegiando-se o princípio da proporcionalidade e ainda a verdade real, não sendo considerado justiça a condenação de um inocente apenas porque a prova, em seu favor, não respeitou regras meramente processuais e ainda, pelo bem jurídico maior, a liberdade e a inocência devem ser consideradas, em seus fundamentos, superiores à exigência processual. Ate o exposto, com a finalidade de comprovar esse entendimento, serão apresentados a seguir alguns fundamentos. Nesse sentido Filho (2009) afirma que

podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa, assevera que, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade”, uma vez que deve pesar o bem maior, no caso a liberdade.

Nota-se que a prova ilícita poderá ser valorada pelo magistrado com o fim de proferir julgamento justo. Constata-se que não há que se falar em deixar de lado uma prova fundamental para resolução do caso concreto apenas pelo fato dela ser ilícita. Diante disso Fernandes (2007, p. 82) corrobora dizendo que

em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Mantendo essa mesma posição, com vistas a defender o uso da prova ilícita em favor do réu, Filho (2012) estabelece que

uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente

é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que sacrifique algum outro preceito legal.

Ratificando a posição Capez (2011, p. 353) assegura que

entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Com relação a uma conversa telefônica gravada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, há decisão no Supremo Tribunal Federal – STF em sede de Recurso Extraordinário (RE nº 402.717-8) preceitua o Ministro Cezar Peluso (2009, p. 05) que

não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversação telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior. A gravação aí é clandestina, mas não ilícita, nem ilícito é seu uso, em particular como meio de prova.

Destarte, evidencia-se que nesse caso a prova adquirida por meio de uma gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem que o outro tivesse conhecimento do ato, não será considerada ilícita, sendo assim valorada pelo magistrado. Dando continuidade o Ministro Cezar Peluso (2009, p. 07) alude que

tirante as situações excepcionais em que, no fundo, prepondera a exigência de proteção da intimidade, ou de outra garantia da integridade moral da pessoa humana, nenhuma consideração pode sobrepor-se à divulgação do relato de conversa telefônica, cuja prova seja necessária à reconstituição processual da verdade e, pois, à tutela de direito subjetivo do proponente.

Desse modo, constata-se que o objetivo de uma relação processual penal é demonstrar a verdade real dos fatos com vistas a garantir uma decisão justa. Nesse sentido, com relação à gravação da conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, o Ministro Carlos Velloso (2009, p. 11) pondera em seu voto que não

“há ilicitude no fato de um dos interlocutores gravar a conversa havida entre ambos a fim de, por exemplo, realizar prova dessa conversa”.

Em se tratando da valoração da prova advinda por meio testemunhal e aquela adquirida por gravação, Ribeiro (2009, p. 12) defende o seguinte:

Não vejo a diferença que possa haver, quanto à legitimidade do meio, entre a divulgação de conversa mantida por telefone e a que se faz pessoalmente. Ora, não será possível a alguém comprovar o respectivo conteúdo, por meio do testemunho de um terceiro que estivesse presente? Por que, então, ter como ilegítimo valha-se de um meio mais seguro que é a gravação?

Considero que, em regra, quando alguém mantém determinada conversação, seja pessoalmente, seja com o uso de meios eletrônicos, arrisca-se a ver a mesma divulgada, o que configurará, quando muito, uma inconfidência, cujo grau de censurabilidade não chega a tornar ilícita a prova.

Dessa forma, evidencia-se que Ribeiro (2009, p. 12) considera que a prova adquirida tanto por meio de gravação quanto aquela advinda por meio de testemunha, pessoalmente, não poderá ser consideradas provas ilícitas, pois o conteúdo de ambas serão o mesmo, mudando apenas a forma como foi exposta. Nesse sentido, Peluso (2009, p. 14) apresenta o seguinte posicionamento:

É que o ora recorrido, na condição de investigado em inquérito policial, juntou aos autos deste gravações clandestinas de conversas nas quais figurou como interlocutor, para efeito de fazer prova de sua alegada inocência quanto ao suposto delito investigado que se lhe imputaria. Tais elementos materiais não podiam, sob pretexto de ilicitude, ser desconsiderados nas investigações, pela razão breve, mas decisiva, de que seu uso, no inquérito ou no processo, corresponde ao exercício de ônus que constitui típico poder jurídico inerente às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, elementares do justo processo da lei (artigo 5º, LIV e LV, da CF).

De modo que ainda quem professe tese da ilicitude da gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, terá, neste caso, onde seu uso, tido por excepcional ad argumentandum, seria legitimado por normas constitucionais, de lhe reconhecer, quando menos, caráter de causa excludente de injuridicidade da ação e análoga à da legítima defesa. [...]

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão que admitiu fossem juntadas aos autos, como prova lícita, as gravações telefônicas efetuadas pelo então investigado.

Nota-se que o recorrido apresentou gravação clandestina com a finalidade de ter sua inocência comprovada, pois estava sendo investigado por um delito. Nesse caso, o recorrente alega que se trata de prova ilícita, em razão disso não poderá ser valorada. Entretanto, o uso da prova configura direito garantido pelo

contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, Peluso (2009, p. 14) admitiu a juntada das gravações telefônicas aos autos.

Em síntese, ante a análise do recurso, nota-se que os ministros priorizaram o uso da escuta telefônica, pois esta evidenciava a inocência do acusado. Dessa forma, não tornaram absoluta a vedação da prova ilícita, fazendo assim o uso do princípio da proporcionalidade.

Diante do exposto, por meio da apreciação de doutrinas e jurisprudência, foi possível identificar que as provas ilícitas poderão sim ser valoradas. Sua fundamentação encontra-se base na posição de que seu uso pode contribuir para que o acusado demonstre sua inocência. Nesse sentido, deve prevalecer a busca pela justiça, não simplesmente caracterizar um acusado, priva-lo da liberdade, e posteriormente descobri-lo que era inocente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é importante ressaltar que em uma relação jurídica no âmbito do processo penal, as provas são de extrema importância, pois é a base para o convencimento do magistrado, sendo-a responsável de comprovar as alegações defendidas pelas partes e, além do mais, fazendo valer o princípio do contraditório e da ampla defesa garantidos pela Constituição Federal.

Diante da construção dos objetivos a que se propôs esse trabalho, constatou-se que o réu irá se defender por meio de provas. Entretanto, conforme vem estabelecido na Constituição Federal de 1988, não serão admitidas provas que vão de encontro ao estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro. Diante dessa afirmação, resta evidente que as provas advindas por meio ilícito, não poderão ser juntadas aos autos, pois se trata de prova que não obedeceu aos meios permitidos.

Contudo, ante o estudo, evidenciou-se que essa proibição não poderá ser absoluta, devendo se analisar o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, se o réu possui como defesa uma prova ilícita, porém, esta garante sua inocência, não poderá o magistrado deixar de valorá-la em razão de sua ilicitude, pois poderia estar provocando um julgamento injusto.

Em vista disso, diante do posicionamento de doutrinadores e jurisprudência, foi possível atingir aos objetivos almejados e solucionar a problemática. Assim, ficou constatado que a proibição das provas ilícitas estabelecidas em princípios constitucionais e processuais poderão ser mitigados, a depender de cada caso, para beneficiar o réu.

Diante do resultado ao problema proposto, nota-se que o posicionamento se fundamentava no direito a ampla defesa, pois o réu não poderia ser, a depender do caso, punido apenas por ter apresentado provas ilícitas, mesmo sendo essa essencial para comprovação de sua inocência.

Com relação aos problemas advindos na construção da monografia, constata-se que foi difícil encontrar jurisprudência recente sobre o assunto. Porém, todos os doutrinadores contemporâneos em análise, defende o uso da prova ilícita para proteger o réu.

Portanto, diante desse estudo, resta comprovado que a proibição das provas ilícitas não são absolutas, pois o princípio da proporcionalidade poderá balancear essa aplicação. Esses resultados foram de grande importância para meu desenvolvimento no âmbito jurídico, pois o uso da prova ilícita poderá ser determinante numa relação processual penal. Assim, com vistas a garantir a justiça, fazer-se-a uso dessa prova.

Resta evidente que o objetivo do estado juiz é promover a justiça, dessa forma, nada mais justo que utilizar-se da prova ilícita para garantir a efetivação desse objetivo.

REFERÊNCIAS

Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal** – 3 ed. São Paulo, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 03 março 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 583937/RJ**, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19 de novembro de 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Antônio M. Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

FILHO, Fernando da Costa T. **Manual de Processo Penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Márcio G. B. Arantes. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes como meio de investigação de prova no direito processual penal brasileiro**, 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal. 9. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31ª ed. Revista Ampliada. São Paulo: 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Processo penal constitucional.** 3ª ed. São Paulo, 2002.

JUNIOR, Amaro Bandeira de Araújo. **Provas ilícitas no processo penal.** 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23631/provas-ilicitas-no-processo-penal>>. Acesso em: 08/04/2017.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional.** Salvador: 2010.

Moraes, Alexandre de Direito constitucional. **Direito Constitucional.** 30°. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11° ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 12° ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Curso de processo penal I.** 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de Processo penal.** 15.ed.,rev. e. atual. Rio.de Janeiro: LumenJuris,2011

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual esquematizado**. 3ª Edição, revisada e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 10º Ed. Salvador/Bahia: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 11º Ed. Salvador/Bahia: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Processo Penal II: provas – questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012.