

ILICITUDE DAS PROVAS

* **THALUANA LIMA MILAGRES**

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga, pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal EMAIL: thaluana.lima@yahoo.com.br

RESUMO

A questão básica deste trabalho acadêmico é estudar sobre a ilicitude das provas no processo penal. A abordagem deste tema tem como objetivo o estudo das provas (in) admissíveis no processo penal brasileiro e como o uso delas pode acarretar danos ou benefícios desde que sejam aceitas no ordenamento jurídico. Esta pesquisa foi realizada através de conceitos de alguns doutrinadores importantes na área do direito e posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que fundamentam suas teses sobre o uso dessas provas ilícitas, bem como quando este tipo de prova pode ser usado. Concluiu-se que apesar das provas ilícitas serem vedadas pela legislação brasileira, poderá ser aplicado o princípio da proporcionalidade quando houver possibilidade do uso das provas ilícitas.

Palavras-chave: Provas. Processo. Jurídico. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema as provas ilícitas no processo penal, no qual de fato não são aceitas pela justiça brasileira, mas devido o princípio da proporcionalidade em caso de única forma de provar a veracidade dos fatos, o juiz poderá aceitar no processo o anexo destas provas ilícitas.

Contudo, será abordado neste trabalho conceito de provas ilícitas e a aceitação delas no ordenamento jurídico brasileiro e quais as consequências processuais elas podem acarretar.

Sendo assim, destacam-se as principais questões que nortearam o presente trabalho:

- As provas ilícitas podem anular todo o processo judicial?
- Quando utilizar das provas ilícitas para convencer o juiz da veracidade dos fatos?

As respostas se baseiam num estudo amplo e com divergências de opiniões, mas sempre seguindo as normas jurídicas.

O estudo deste trabalho se reflete na possível aceitação das provas ilícitas no processo penal e como elas são essenciais para verificar a veracidade dos fatos.

É relevante frisar o que preceitua Vicente Greco Filho que comprova não ter a prova um fim em si mesma, dizendo que “a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário.” (GRECO, 1997, p. 194).

Entre outras palavras, pode-se dizer que a prova processual tem como objetivo esclarecer os fatos que levaram à instrução do processo judicial, podendo ambas as partes anexá-las decorrer do processo frente a manifestação do juiz.

Para o autor Capez:

[...] a proibição de provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. (CAPEZ, 2008, p. 36)

Assim sendo, buscou-se nesta pesquisa informar quando as provas ilícitas são aceitas no processo judicial.

2 DESENVOLVIMENTO

A ilicitude das provas encontra-se no rol dos direitos e garantias individuais na Constituição Federal, no artigo 5º, LVI dizendo que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Mas do inciso XII do mesmo artigo pode-se extrair que em alguns casos determinados pela justiça serão aceitas as provas ilícitas. Nestes casos deve-se sempre averiguar as consequências que a utilização dessas provas pode ocasionar no processo, devendo o magistrado se certificar de que elas não causarão prejuízo ao mesmo. Carece ressaltar ainda que ao detectar uma prova ilícita o magistrado deve indeferir ou pedir o desentranhamento desta prova dos autos, devendo sempre cumprir as regras estabelecidas por lei, mas quando uma das partes só puder provar a sua inocência usando algum tipo de ilicitude admitida ou mesmo por determinação judicial as provas ilícitas devem ser aceitas.

Neste caso, o juiz poderá usar o princípio da proporcionalidade, tratada pela doutrina, que é quando a prova ilícita poderá ser aceita em favor da defesa, devido ao princípio do favor rei, que acontece quando o acusado apresenta algum tipo de prova ilícita.

Assim sendo, nesta ocasião, entende-se haver conflito entre os princípios da proibição da prova ilícita e da ampla defesa do réu quando o mesmo obtém a prova de modo ilícito, mas devendo prevalecer este último princípio. Então, entre se condenar uma pessoa inocente e usar uma prova que é ilícita e que pode acarretar à absolvição do réu, é dada uma importância maior a liberdade do indivíduo.

Sendo assim, o STF vem admitindo as provas ilícitas na esfera penal, desde que seja a favor do réu e quando forem essenciais para se provar a sua inocência. Nestes casos é aplicada a ponderação das garantias constitucionais quando há conflitos entre a ampla defesa e a proibição da prova ilícita. A garantia da ampla defesa se dá devido ao caráter procedimental do devido processo legal, assim acolhendo a admissibilidade da prova ilícita.

Portanto, para os defensores da proporcionalidade, a prova obtida ao arripio dos direitos fundamentais do homem é inconstitucional e ineficaz como prova. Entretanto, de modo excepcional, essa vedação é abrandada para se aceitar a prova contaminada sempre que for considerada como o único jeito possível e razoável para tutelar outros valores fundamentais, tidos como os mais urgentes quando da apreciação do caso concreto.

Sobre o princípio da proporcionalidade, César Mário Mariano da Silva comenta:

[...] Pela Teoria ou Princípio da Proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte não se faz possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais. Assim o princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar em determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância desse último. (SILVA, 2007.)

Na mesma orientação segue Raquel Denize ao afirmar que:

[...] A localização do princípio da proporcionalidade num dado sistema jurídico pode derivar da concretização do princípio do Estado de Direito, ou dos Direitos Fundamentais ou, ainda do princípio do devido processo legal (STUMM, 2007.).

A teoria da proporcionalidade desdobra-se do princípio da razoabilidade, mencionado também em outros ramos do direito. Segundo esse princípio, quando se estiver diante de colisão de direitos fundamentais, sacrifica-se um em benefício do

outro avaliado como de maior importância, ou seja, com o objetivo de impedir que se restrinja de forma não ponderada a ponto de causar dano a esses direitos. Tal juízo de ponderação deve ser feito analisando o ônus da medida restritiva de direito fundamental versus o benefício trazido para o processo.

Mesmo que as provas ilícitas sejam aceitas pelo STF em alguns casos, esta questão tem despertado muitos debates entre doutrinadores, alguns entendem que elas podem sim ser aceitas no processo, mas outros entendem que as provas ilícitas não devem ser aceitas de forma alguma, em nenhuma esfera judicial, por questões de ilegalidade. Nota-se que a questão em discussão deixa uma divisão de pensamentos por vários autores, como por exemplo, uma análise feita por Ada Pellegrini que diz:

[...] Os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais. (GRINOVER, 1996, p. 140).

Sendo assim, a ilicitude das provas causam duas teses pelos doutrinadores, sendo a primeira tese de que deve preponderar o interesse da Justiça para descobrir a verdade, mesmo obtendo provas ilícitas. E a outra tese é que o direito não pode valorizar de maneira alguma o comportamento antijurídico, ou seja, compactuar com a ilegitimidade.

Cabe acrescentar ainda que as provas ilícitas segundo a clássica doutrina são classificadas em: prova ilícita e prova ilegítima, que não se confundem. As provas ilegítimas são obtidas com violação ao direito processual e as provas ilícitas são aquelas obtidas com transgressão ao direito material. Além disso, afirma-se que certas provas ilícitas podem, concomitantemente, ser ilegítimas, se a lei processual também obstar sua realização em juízo.

Ada Pellegrini Grinover acrescenta:

[...] A prova colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e mais especificamente do direito à intimidade. (GRINOVER, 1996, p. 131)

Existem também as provas ilícitas por derivação que são as provas obtidas licitamente, mas que foram extraídas de outras provas, no caso, ilícitas. Este tipo de prova ilícita, que foi criada pela Suprema Corte Americana, é entendida como a

teoria dos frutos da árvore envenenada que quer dizer que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Cabendo salientar ainda que a prova ilícita não é necessariamente determinante para a descoberta da prova derivada, desde que produza provas de sua própria fonte, não ficando contaminada e podendo ser produzidas perante a justiça.

Assim, ninguém pode ser perseguido e punido somente com fundamento em provas ilícitas, sejam elas originária ou derivada.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

Diante destes pressupostos, pode-se dizer que a ilicitude das provas no processo penal nem sempre será descartada, podendo o acusado usá-las quando for necessário em sua defesa.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que há diversos doutrinadores que entendem de um ponto de vista diferente sobre as provas ilícitas no processo penal. Sendo que alguns defendem a utilização destas provas de forma ampla, acreditando que se elas forem de grande importância para a lide, poderá ser resolvido mais rápido o processo. Porém, há doutrinadores que mantêm o pensamento de que as provas ilícitas causam violação ao direito constitucional fundamental.

Sendo assim, todos os tipos de provas que decorrem num processo judicial devem ser avaliadas para que seja analisada a admissibilidade ou inadmissibilidade no processo.

Ainda, apesar de haver menção na Constituição Federal, a prova ilícita vem sendo apreciada eventualmente em alguns casos, mesmo que a corrente dominante legalista ignore sua possibilidade em proteção da segurança jurídica assegurada pelo estado democrático de direito e suas garantias fundamentais.

Com base na doutrina dos frutos da árvore envenenada descrita pela Suprema Corte Norte Americana, são repudiadas como ilícitas, ainda que obtidas sem infração a normas processuais ou materiais, por contaminação, as provas obtidas através de informações coletadas em decorrência de provas ilícitas, ou seja, a prova produzida a partir de uma prova ilícita deve ser também considerada ilícita, representando assim a ilicitude por derivação. Assim, essas provas obtidas por meios ilícitos são nulas e viciam as outras que delas decorrem, de acordo com a citada teoria, mas não tem o poder de anular o processo, continuando válidas as outras provas lícitas e independentes.

Por fim, o princípio da proporcionalidade é adotado no processo penal e representa a dimensão material do princípio do devido processo legal, podendo o acusado usar das provas ilícitas para sua defesa quando for a única forma de provar a veracidade dos fatos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22mar. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15.ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995, apud PACHECO, Denílson Feitosa. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

VALLE, Marcelo do. **Ilicitude das Provas**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=856>. Acesso em: 02 abri. 2018.