

A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal frente ao princípio da proporcionalidade

The admissibility of unlawful evidence in criminal proceedings front the principle of proportionality.

171

Deliane Xavier Ribeiro¹
Raíssa Caldeira Gomes²
Glauciene Mendes dosa Santos³

Resumo: A presente pesquisa objetiva apresentar os fundamentos da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, como meio de assegurar a adequada aplicação do direito. Sendo inicialmente analisada a classificação das provas, com ênfase na prova ilícita. Posteriormente será aclarado a respeito da admissibilidade das provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. No tocante a metodologia utilizada, foi desenvolvida através da pesquisa bibliográfica, de doutrinas, jurisprudências e artigos científicos publicados sobre o tema, realizando uma análise interpretativa e crítica sobre o tema.

Palavras-chave: Provas. Prova ilícita. Processo Penal. Princípio da Proporcionalidade.

Abstract: This research aims to presente the grounds of admissibility of illicit evidence in criminal proceedings, as a way to ensure the best application of law. Initially being analyzed the classification of evidence, with emphasis on illicit proof. Subsequently, the admissibility of illicit evidence and the principle of proportionality will be explained. Regarding the methodology used, it was developed through bibliographic research, doctrines, jurisprudence and scientific articles published on the subject, performing na interpretative and critical analysis on the subject.

Keywords: Evidences. Illicit evidence. Criminal proceedings. Proportionality principle.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM

² Bacharela em Direito pela Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM

³ Mestra em Administração pela Fundação Pedro Leopoldo, Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unaí, Professora de Direito Penal Faculdade do Noroeste de Minas – FINOM. E-mail: glaucienesantos@finom.edu.br

Recebido em 20/03/2020

Aprovado em 24/07/2020

Introdução

As provas configuram um papel essencial para apuração dos fatos narrados no processo. Sendo meios de se trazer uma verdade real ao magistrado, para que este valore a prova e obtenha uma livre convicção motivada, dizendo assim o direito. Ressalta-se, que as provas ao serem obtidas não devem confrontar o bom convívio em sociedade, vigorando no ordenamento pátrio o respeito ao devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, princípios estes considerados fundamentais.

O presente artigo visa abordar a relevância das provas no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na utilização das provas ilícitas frente ao princípio da proporcionalidade. Analisando a admissibilidade de tais provas ilícitas, a fim de que não sejam vedadas e excluídas do processo, apesar da sua vedação constitucional, com base em teorias doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais.

Resultando de pesquisa qualitativa em doutrinas, jurisprudências, artigos publicados e na legislação vigente, através dos quais foi analisado e disposto o atual entendimento acerca do assunto ora explanado. Considerando a relevância social do assunto abordado, bem como a sua consonância com o atual sistema processual penal brasileiro.

Após a atual Constituição estabelecer a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal, apareceram formas de contornar tal prescrição, nascendo restrições à regra. A jurisprudência vem aceitando no caso concreto de maneira excepcional a utilização das provas obtidas ilicitamente, quando forem o único meio de se conseguir a exclusão da ilicitude, a fim de garantir a liberdade do indivíduo. Por se tratar de preceitos constitucionais, a admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas deve-se pautar pela proporcionalidade quando direitos e garantias se confrontarem.

A teoria da proporcionalidade mitiga a vedação da prova ilícita no processo penal, amparando as exceções para o aproveitamento de tais provas, mesmo sendo expressa a vedação do seu uso. Prezando pela predominância dos direitos fundamentais do indivíduo, através dos quais se resguarda a dignidade da pessoa humana.

Objetivando examinar se as provas obtidas ilicitamente poderão ser usadas no processo penal. Visando a relevância do princípio da proporcionalidade e da sua aplicabilidade no exame das provas no processo penal, com o propósito de demonstrar que o convencimento do magistrado no caso concreto pode basear-se na ilicitude das provas.

1. Evolução da Prova Ilícita no Sistema Jurídico Brasileiro

A diversidade dos meios de prova admitidos no processo penal brasileiro possibilitou aos seus operadores explorarem a verdade fática com maior abrangência, ponto de não ser respeitado nenhum limite. Com isso, apareceram entendimentos doutrinários no sentido de estabelecer delimitações a quaisquer meios de prova, estabelecendo que as provas opostas as leis consistissem em provas ilegais, ou seja, não seriam valoradas pelo magistrado em sua decisão.

A prova ilícita no contexto penal brasileiro passou por algumas modificações, principalmente em virtude do desenvolvimento da sociedade. Em virtude deste constante desenvolvimento, foi inevitável a intervenção do Estado nas relações pessoais, como forma de possibilitar uma convivência harmônica em sociedade.

O advento da Carta Magna de 1988 simbolizou um ponto modificativo na forma de tratamento do ser humano, de forma, a garantir direitos necessariamente relevantes, para se garantir uma convivência ordenada, constituindo-se o Estado democrático de direito.

A inadmissibilidade da prova ilícita passou a ser prevista na atual Carta Magna, e posteriormente, no ano de 2008 foi reafirmada pela alteração do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/2008, que passou a prescrever mais especificamente sobre a prova ilícita, inclusive as provas por derivação, adotando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Cabe salientar que, todas as provas precisam ser adquiridas de maneira a não contrapor a moralidade e os bons costumes. Devendo-se observar a dignidade da pessoa humana e o adequado processo legal, princípios estes apreciados como imprescindíveis em nosso ordenamento jurídico. Pertencendo ao Estado a limitação das provas obtidas de qualquer maneira, a fim de que, preceitos já conquistados e resguardados pela lei maior não sejam violados.

Apesar de ser a prova um direito e garantia inerentes a qualquer pessoa, por meio da qual se vislumbra nos princípios do contraditório e da ampla defesa, há uma restrição prevista tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no vigente Código de Processo penal, pois, estes inadmitem a utilização de provas ilícitas. Este limite às partes, não ocorre privativamente no processo penal, mas e neste ramo do direito que pode se atingir o réu com a privação da sua liberdade, fazendo-se necessário a utilização da proporcionalidade no caso concreto, para evitar que ocorra indiscriminadamente a sobreposição de um direito a outro.

Atualmente a matéria sobre prova ilícita no processo penal adquiriu maior destaque, devido a Operação Lava Jato, veja o que diz (FARIA, 2019, p. 2):

O tema sobre provas no processo penal ganhou destaque devido à publicidade dos processos da famigerada operação Lava Jato, que trouxe à tona a discussão sobre a presunção de inocência, o sistema acusatório adotado pelo Brasil, o sistema de apreciação de provas, a desnecessidade de o acusado comprovar sua inocência, a obrigatoriedade de o acusador comprovar a materialidade e a autoria das infrações penais, bem como a aceitação ou não de provas ilícitas.

Deste modo, em seguida será abordado com maior enfoque a admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

2. Conceito e Finalidade da Prova no Processo Penal

A prova, bem como sua finalidade, recebe diversas conceituações e classificações. Távora e Alencar (2017, p. 618) afirmam que “[...] a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. ”, em outras palavras, Capez (2010) afirma que as provas são os meios utilizados pelos homens no intuito de alcançarem uma verdade real e comprovarem os fatos que estão sendo apresentados.

No Processo Penal as provas são de grande relevância, pois através delas é possível reconstruir os fatos a fim de que, o magistrado, mais próximo da verdade real, consiga visualizar de forma mais consistente qual a decisão mais coerente a ser proferida, chegando então a uma conclusão justa e racional.

A prova, sem dúvidas, é o elemento mais importante do processo, afinal o juiz irá basear sua decisão naquilo que estiver agregado aos autos. Capez (2010) refere-se às provas como sendo os olhos do processo, já que será através delas que o magistrado se convencerá da veracidade ou falsidade dos fatos alegados pelas partes envolvidas. Desse modo, torna-se absolutamente importante que as partes tragam aos autos provas concretas que possibilitem ao magistrado julgar a lide de forma correta.

2.1. Da Prova e sua Finalidade

Segundo NUCCI (2007), existem três sentidos para entender a finalidade das provas, o primeiro consiste no ato de provar, ou seja, verificar a veracidade dos fatos que estão sendo alegados pelas partes; o segundo sentido recebeu o nome de “meio” e trata-se do momento de reafirmar o que foi alegado utilizando-se, por exemplo, de provas testemunhais; por fim, e não menos importante, o doutrinador supracitado define o terceiro sentido como sendo o resultado da ação de provar, sendo assim, com a execução dos dois primeiros sentidos, será obtido o produto, que é a prova em si mesmo.

Nota-se que a finalidade das provas é auxiliar o magistrado a deslindar os fatos que trazem em seu bojo a incerteza, ou seja, os fatos controversos. Isto posto, Capez (2010) afirma que, os fatos, relevantes para o processo, que trazem dúvidas deverão ser analisados probatoriamente, isto é, deverão ser colhidas provas para analisar sua veracidade; tratando-se de fatos sem relevância para a resolução da lide, deverá ser utilizado o princípio da economia processual.

2.2. Da Irregularidade das Provas

A finalidade das provas pode ser analisada de acordo com sua destinação, ou seja, através da divisão das mesmas em dois grupos, o primeiro grupo refere-se às provas anômalas que, “[...] trata-se de desvio de finalidade da prova consistente no uso de meio de prova previsto no ordenamento jurídico, em substituição a outro meio também previsto no sistema e que seria mais apropriado ao fim almejado.” (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p.626). Nesta situação, a finalidade da prova será alcançar um resultado através de um meio irregular. Por exemplo, um oficial de justiça intima uma testemunha que encontra-se em outra comarca, via telefone, ao invés da intimação ser feita por precatória, que seria o meio correto a ser utilizado. Desse modo, nota-se que, apesar de alcançar o fim desejado, o meio de prova utilizado não será o mais adequado, portanto, será anômalo.

Há também a prova irritual que “[...] é a prova produzida sem a observância de seu procedimento legal, do seu rito previsto em lei.” (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p.626). Neste caso, para obter o resultado desejado, será utilizado um meio irregular, mas não inapropriado, sendo assim, caso seja utilizado o meio irritual e se tenha alcançado a finalidade da prova sem violar direitos fundamentais das partes envolvidas, esta poderá ser considerada válida.

A prova anômala difere-se da prova irritual pela gravidade da irregularidade, sendo a da primeira mais grave, pois se utiliza um meio inadequado para obter o resultado almejado;

enquanto na prova irritual utiliza-se um meio adequado, porém não esperado. No mais, na prova irritual o meio utilizado não altera a essência da prova, preservando assim sua finalidade, enquanto na prova anômala haverá substituição de uma prova por outra, modificando então a essência das provas. Com isso, as provas anômalas são consideradas nulas, enquanto as provas irrituais, anuláveis, sendo necessário demonstrar a violação de direito para que as mesmas sejam consideradas inválidas.

2.3. Do Contraditório Real e Postergado

Como mencionado, a finalidade das provas é reconstruir os fatos para possibilitar ao magistrado decidir a lide de forma correta. No entanto, o que é trazido aos autos por uma das partes não é visto como algo absoluto, isto é, quando uma parte colaciona aos autos uma prova, a outra parte terá direito de se manifestar, em outras palavras, a outra parte terá direito ao contraditório.

Távora e Alencar (2017) afirmam existir duas formas de contraditório, o real e o postergado. O contraditório real, também conhecido como contraditório para a prova, consiste na participação e contribuição de ambas as partes na construção das provas, ou seja, é a possibilidade das partes envolvidas afirmarem a veracidade do que está sendo alegado, por exemplo, através de oitiva de testemunha. Já o contraditório postergado, ou contraditório sobre a prova, trata-se do direito de manifestação que as partes possuem, sendo assim, após uma prova ser colacionada aos autos, as partes terão o direito de analisarem o seu conteúdo e expressarem o que acharem necessário. Isso ocorre, por exemplo, quando é juntado aos autos um laudo pericial ou de interceptação telefônica.

Isto posto, antes de proferir sua decisão, o juiz deverá possibilitar que ambas as partes se manifestem acerca das informações contidas nos autos, assegurando assim a inviolabilidade do direito ao contraditório.

3. Provas

O Código de Processo Penal vigente é categórico em relação a certos tipos de provas, entretanto, a doutrina majoritária estabelece que há outros tipos de provas além dos enumerados no Código de Processo Penal, considerando que o rol seja apenas exemplificativo.

Capez (2012) esclarece que os meios de prova alcançam tudo que convenha para demonstrar a verdade fática. Deste modo, podemos estabelecer que a prova será nominada ou inominada, ou seja, nominada (há previsão legal), e inominada (não há previsão legal).

Todavia, ainda que sejam admitidas provas inominadas, estas precisam obedecer o que a legislação determina. A legislação vigente é clara sobre este assunto, sendo reputadas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, isto é, o juiz é impossibilitado de conceder valor às provas provenientes de meios ilícitos, segundo Avena (2011).

3.1. Das Provas em Espécie

Primeiramente, antes de dispormos sobre algumas das provas nominadas é considerável compreendermos que não há hierarquia entre as provas, digo, não há nenhuma prova absoluta, pois o magistrado ao falar o direito deve se pautar pela livre convicção motivada, como afirma Tourinho Filho (2012).

Partindo deste pressuposto, a seguir serão expostos alguns meios de provas previstos no Título VII do Código de Processo Penal.

3.1.1. Do Exame de Corpo de Delito

O exame de corpo de delito pode ser conceituado segundo Capez (2012), como uma unidade de vestígios produzidos pela infração penal, retratando a concretude do crime.

Concernente o disposto no artigo 158 do CPP: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. ”

Desta maneira, tal disposição destaca que o exame de corpo de delito é indispensável quando existir vestígios do fato, mesmo que ocorra a confissão do acusado.

3.1.2. Das Perícias em Geral

A prova pericial é um procedimento através do qual um agente, portador de conhecimentos técnicos, busca demonstrar os fatos reais, auxiliando o juiz em assuntos no qual não é conhecedor, ou seja, o juiz por si só não é capaz de descobrir a verdade material, segundo

Capez (2012). Um exemplo de deste tipo de prova é o exame químico para identificar se um produto é droga.

Segundo o artigo 159 do CPP: “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.”

Portanto, em regra, a perícia precisa ser realizada por um perito oficial, no entanto, o § 1º do supracitado artigo, dispõe que na ausência de um perito oficial, o exame poderá ser executado por 02 (duas) pessoas idôneas, detentor de diploma em curso superior.

3.1.3. Da Confissão

A confissão segundo Capez (2012) é a aquiescência do acusado dos fatos a ele imputado. Sendo uma declaração voluntária a respeito de si mesmo, passível de renúncia.

O magistrado ao analisar o caso concreto não se baseará apenas na confissão, mas analisará o seu nexos com as demais provas juntadas no processo, procurando a realidade fática, segundo Tourinho Filho (2012).

3.1.4. Das Testemunhas

Acerca da prova testemunhal, o CPP em seu artigo 202, dispõe o seguinte: “Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.”

Para o doutrinador Capez (2012), testemunha é aquela pessoa idônea, distinta das partes, apta a depor o sabido perante o juiz.

Isto posto, a prova testemunhal deve ser resguardada de impessoalidade, característica esta primordial, não devendo a testemunha tomar partido de uma das partes do processo ou suprimir valores, ocorrendo, será reputada impedida ou suspeita.

3.1.5. Da Acareação

A acareação tem sua finalidade essencialmente intrínseca ao convencimento do magistrado em relação a um fato aludido controverso entre as partes do processo.

Para Capez (2012), a acareação baseia-se na disposição frente a frente de pessoas que realizaram declarações divergentes em relação a um fato ou circunstância.

3.1.6. Dos Indícios

Em relação a este meio de prova, o CPP prevê em seu artigo 239 que: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. ”

A doutrina considera ser o indício uma prova indireta, melhor dizendo, oriunda da ilação, que por causa da sua magnitude, será valorada como uma prova direta, já que não há hierarquia provas, conforme afirma Capez (2012).

3.2. Classificação das Provas

No que se referem à classificação das provas, os doutrinadores as classificam quanto ao seu objeto, quanto ao sujeito e quanto ao valor, como será exposto em seguida mais detalhadamente.

3.2.1. Quanto ao Objeto

Segundo Avena (2011), as provas podem ser classificadas como diretas, das quais por si só apresentam o próprio fato (exemplo: testemunha que presenciou o fato); e indiretas, que diferente da direta, por si só não revela o fato, contudo concede inferir as circunstâncias através de um raciocínio coerente (exemplo: álibi).

3.2.2. Quanto ao Valor e ao Sujeito

Em relação ao valor da prova, a doutrina nomeia como provas plenas, sendo aquelas capazes a convencer, ou seja, vertidas de certeza (exemplo: pericia); e provas não plenas, sendo aquelas que por si só são insuficientes para a elucidação de determinado fato (exemplo: apreensão de um determinado objeto para posterior verificação), de acordo com Avena (2011).

No que concerne ao sujeito, à prova se denomina com a própria pessoa, isto é, sucede da pessoa (exemplo: interrogatório a testemunha), Avena (2011).

3.3. Provas Ilícitas

A prova ilícita é advinda em virtude da violação ao dispositivo de normas constitucionais ou legais. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, e o CPP em seu art. 157, positivam a matéria, estabelecendo ser inadmissível a prova ilícita, tendo de ser desentranhada do processo.

No que concerne às provas ilícitas, temos como exemplo a confissão proveniente de uma tortura. Avena, (2011, p. 493), explica que:

[...] o Código de Processo Penal passou a contemplar, expressamente, o direito das partes à obtenção, antes da fase sentencial, de um pronunciamento judicial acerca da ilicitude ou não de prova acostada aos autos, estabelecendo, ainda, na hipótese de reconhecimento dessa ilicitude, a retirada obrigatória dos autos da prova considerada inadmissível.

Dessa forma é intrínseco o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, não sendo admitidas no processo.

3.3.1. Prova Ilícita e Prova Ilegítima

Primeiramente cabe salientar que a legislação vigente não faz essa distinção, tratando apenas de compreensão doutrinária. Para Avena, (2011, p. 496):

[...] ilícitas são apenas as provas que violam normas de conteúdo material com reflexos constitucional, devem se considerar como ilegítimas aquelas produzidas a partir da violação de regras de natureza eminentemente processual, isto é, normas que têm fim em si próprio.

Deste modo, temos que as provas ilícitas são aquelas que ferem o direito material, ou melhor, normas constitucionais ou legais; e as provas ilegítimas são aquelas que têm em sua essência a desobediência de normas processuais.

3.3.2. Admissibilidade da Prova Ilícita

Acerca da admissibilidade da prova ilícita, a doutrina dominante adota duas teorias; sendo a teoria dos frutos da árvore envenenada e teoria da proporcionalidade.

A teoria dos frutos da árvore envenenada, conhecida como prova ilícita por derivação, determina que a ilicitude de uma prova será propagada para outras provas dela proveniente. Devendo ser desentranhada do processo.

Segundo Capez (2009), tal teoria possui sua base fincada no Direito norte-americano, tendo como regulamentação teórica, que as provas advindas de uma fonte ilícita serão as demais provas que se derivarem desta de maneira direta ou indiretamente ilícitas, considerada em sua materialidade ilícita, visto que o vício está em seu pressuposto de existência, destarte, uma utilização do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Entretanto, conforme estabelece o parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal: “ São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. ”

Desse modo, como preceitua a própria legislação, quando a prova ilícita por derivação puder ser obtida através de outra fonte, o juiz deverá aceitar a prova no processo visto que poderia ser advinda de outro meio que não fosse o meio ilícito.

No que tange a teoria da proporcionalidade, esta tutela o conflito entre direitos, devendo o magistrado aplicar a proporcionalidade em cada caso concreto, ou seja, uma aplicação justa.

Como leciona Lopes Jr (2012), não obstante a Constituição vigente vedar categoricamente a as provas ilícitas no processo penal. Não há nenhum direito e garantia fundamental absoluto, sendo o princípio da proporcionalidade um dos mais importantes para a resolução de conflitos de diretos.

Desta forma a inadmissibilidade das provas ilícitas não e tido como absoluto, aplicando se excepcionalmente o princípio da proporcionalidade, pois em muitos casos, por exemplo, esta será a única forma de vedar uma injustiça maior.

4. Prova Ilícita frente ao Princípio da Proporcionalidade

Como já foi citado, as provas ilícitas não são aceitas no processo penal brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal afirma que tal meio de prova viola direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Ocorre que, em determinadas situações tal prova poderá ser o único meio de se chegar a verdade real dos fatos, com isso torna-se fundamental a aplicação do Princípio da Proporcionalidade.

4.1. Princípio da Proporcionalidade

Ávila (2007, p.161) afirma que a “[...] proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. ” Devendo, portanto, ser aplicado a situações que envolva relação de causalidade entre dois elementos, como a liberdade e o sigilo telefônico, por exemplo.

Távora e Alencar (2017) afirmam que o Princípio da Proporcionalidade tem grande relevância no Processo Penal, pois através dele é possível disciplinar a validade das provas. Tais doutrinadores afirmam ainda que “o Princípio da Proporcionalidade não pode ser invocado para se sobrepor a garantias e direitos individuais do acusado [...]” (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p.95).

Desse modo, nota-se que tal princípio deverá ser utilizado para auxiliar o magistrado a chegar a verdade real, evitando, portanto, injustiças e decisões incorretas.

4.2. Admissibilidade da Prova Ilícita Pro Reo

Como já fora citado, existem duas teorias para a utilização das provas obtidas de modo ilícito no Direito Processual Penal, sendo a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada e a outra, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Ocorre que, nenhuma das teorias mencionadas é absoluta, sendo assim, é necessário analisar cada situação para saber qual teoria deverá ser aplicada, chegando-se assim, à verdade real dos fatos.

Há divergência doutrinária acerca da utilização da prova ilícita através do Princípio da Proporcionalidade, Távora e Alencar (2017) afirmam que existem controvérsias no Brasil acerca da utilização da prova ilícita em desfavor do réu, no entanto é majoritária a utilização de tal meio de defesa apenas em favor ao acusado, tendo em vista ser a parte mais vulnerável do processo.

Neste mesmo sentido, Capez (2010) afirma que não há grandes dificuldades para aceitar a utilização do Princípio da Proporcionalidade, tendo em vista que, tal princípio busca obter uma aplicação correta nos valores jurisdicionais, com isso não poderá ser utilizado como um instrumento para perpetuar condenações ilegais e injustas.

Isto posto, como afirma Távora e Alencar (2017) estando de um lado *jus puniend* estatal, isto é, a vontade de punir do Estado, e do outro lado o *status libertatis* do réu, que deseja provar

que é inocente, será cabível a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, pendendo neste caso para a liberdade e benefício do réu, mesmo que a prova que leve a esse convencimento tenha sido obtida de modo ilícito.

4.3. Posicionamento dos Tribunais

É possível observar que estando o *status libertatis* do réu contraposto ao outro direito fundamental da outra parte, deverá permanecer o direito à liberdade, já que através da utilização do Princípio da Proporcionalidade, conclui-se que provar a inocência do acusado será mais viável.

Apesar de o Código de Processo Penal, bem como a Constituição Federal de 1988 afirmarem que não serão admitidas no processo as provas ilícitas e suas derivadas, devendo, portanto, serem desentranhadas, já existem diversos julgados reafirmando a utilização e aplicação do Princípio da Proporcionalidade, tendo em vista que, não há garantias ou direitos revestidos de caráter absoluto no ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, em diversas situações o único meio de se chegar à verdade real dos fatos será com a recepção de provas obtidas através de meios ilícitos.

O Tribunal do Rio de Janeiro proferiu a seguinte decisão em dezembro de 2009:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.

(STF - QO-RG RE: 583937 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 19/11/2009, Data de Publicação: DJe-237 18-12-2009)

Neste mesmo sentido Rangel (2009, p. 426) afirma que o “réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. ”. De tal modo, é possível concluir que, apesar da origem ilícita da prova, sendo esta capaz de provar a inocência de um acusado deverá sim ser recepcionada e valorada no processo, pois, apesar de ser considerado incorreto o uso de provas obtidas por meios ilícitos, mais incorreto e absurdo seria

proferir e manter uma condenação injusta somente porque as provas não seguiram os ditames legais.

Considerações Finais

Como já fora mencionado, as provas possuem um valor fundamental para o Direito Processual Penal, consideradas inclusive como os olhos do processo, tendo em vista que, será através delas que o magistrado poderá chegar a uma decisão correta; vale ressaltar que as provas não são absolutas, com isso, o que for colacionado aos autos por uma das partes poderá ser contradito pela parte contrária, possibilitando assim que o juiz analise a versão de ambas as partes e chegue à verdade real dos fatos.

O Direito Processual Penal permite diversos tipos de provas e uma prova não tem valor superior a outra, entretanto, a Constituição Federal, bem como o Código de Processo Penal afirmam ser inadmissíveis as provas obtidas por meios que não sigam os ditames legais, ou seja, provas obtidas através de meios ilícitos, devendo, portanto, serem desentranhadas dos autos juntamente com suas derivadas, já que recepcioná-las poderia ferir direitos e garantias da outra parte.

Ocorre que, em diversas situações o acusado, considerado parte mais vulnerável, só conseguirá afastar a culpabilidade e provar sua inocência utilizando-se de uma prova que fora produzida de forma ilícita, e, considerando que nenhum direito ou garantia é absoluto, nesses casos torna-se necessária a aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Tal princípio viabiliza a aplicação correta do Direito quando houver divergência entre dois direitos ou garantias, mesmo que seja necessário admitir a utilização de provas obtidas de formas diversas das permitidas pelo ordenamento jurídico.

Atualmente não há dúvidas acerca da recepção de provas obtidas por meios ilícitos quando estas forem o único meio de se provar a inocência do acusado; a doutrina majoritária defende também o fato de que a acusação não poderá fazer uso de provas ilícitas para se chegar a condenação do réu, tendo em vista que o acusado é considerado a parte mais vulnerável do processo e que a acusação possui outros meios de provar a culpa do acusado.

Isto posto, nota-se que o objetivo do Direito Processual Penal é proferir sentenças justas e corretas, e com isso, apesar de a Constituição Federal e o Código de Processo Penal afirmarem não ser admissível a valoração de provas obtidas por meios ilícitos, em algumas situações o

magistrado deverá sim recepcionar tais provas, como já fora admitido em diversas decisões dos tribunais, tendo em vista que, ao dizer o Direito busca-se a justiça e sua aplicação correta e eficaz.

Referências

AVENA, Norberto Claudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 3º ed. Atual e ampl. Brasília: Fortium, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Planalto: **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 de set de 2019.

_____. Planalto: **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 19 de set de 2019.

_____. Planalto: **Lei número 11.690 de 09 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em 19 de set de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, Daniel Vogado de. **A Admissibilidade Da Prova Ilícita No Processo Penal Brasileiro**. Biblioteca Digital de Segurança Pública. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/2099>>. Acesso em: 16, nov. 2019.

GONTIJO, Juliana. **STJ aceita gravação ambiental como prova legítima**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/stj-aceita-gravacao-ambiental-como-prova-legitima/>. Acesso em 17 de nov de 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2007.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 12º ed. atual. São Paulo: Saraiva 2012.

Repercussão geral na questão de ordem no Recurso Extraordinário: qo-rg RE 583937 rj - Rio de Janeiro. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629995/repercussao-geral-na-questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-qo-rg-re-583937-rj-rio-de-janeiro>, Acesso em 13 de nov de 2019.