

ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

¹ Dilson Marcos Bernardo

² Juliano Lisboa Ribeiro

³ Vânia Maria Bemfica Guimarães Bemfica Pinto Coelho

RESUMO

Este artigo focaliza a questão da possibilidade de aceitação de meios de provas ilícitas no processo penal, haja vista, que é previsto na constituição federal e no código de processo penal a impossibilidade de utilização deste meio de prova, entretanto, a luz do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios adequação e necessidade é feito o estudo para verificação da possibilidade de aplicação deste princípio para garantir à aceitabilidade das provas ilícitas no processo penal, entretanto o juiz deverá mensurar os princípios e valores para posteriormente decidir se naquele caso concreto prevalece ou não a admissão das provas ilícitas no processo penal.

Palavras chave: Processo Penal. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade. Provas Ilícitas e Ilegítimas.

ABSTRACT

This article focuses on the question of the acceptability of means of illegal evidence in criminal proceedings, in view of which is provided for in the Federal Constitution and the Criminal Procedure Code the inability to use this evidence, however, the principle of proportionality and their subprinciples appropriate and necessary is done the study for application of the possibility of verification of this principle to ensure the acceptability of illegal evidence in criminal proceedings, however the judge must measure the principles and values for later decide if that case prevails or not the admission of illegal evidence in criminal proceedings.

Keywords: Criminal Procedure . Illicit evidence. Principle proportionality. Illegal and Illegitimate evidence.

¹ BERNARDO, Dilson Marcos, acadêmico do 6º período diurno de Direito da Faculdade de Direito de Varginha.

² RIBEIRO, Juliana Lisboa, acadêmico do 6º período diurno de Direito da Faculdade de Direito de Varginha.

³ COELHO, Vânia Maria Bemfica Guimarães Pinto, orientadora Professora Ms, ocupante da cadeira de Direito Processual Penal da FADIVA - Faculdade de Direito de Varginha.

INTRODUÇÃO

No primeiro momento, o presente artigo aponta os conceitos sobre prova e meios de provas, realçando quais são os meios de provas caracterizadas no processo penal e a diferenciação entre provas ilícitas, ilegítimas e ilícitas por derivação, concluindo com o objetivo de demonstrar se há ou não a possibilidade de aceitação da prova ilícita no processo penal em busca da verdade real.

CONCEITO HISTÓRICO DA PROVA

O direito foi e sempre será um ponto fundamental para a civilização em razão de sua função ordenadora de conduta social de um povo.

Theodoro Junior (2001, P.5) Escreve: Impossível à vida em sociedade sem uma normatização do comportamento humano.

Entretanto, na sociedade arcaica não havia órgão para o gerenciamento da justiça, mas sim a justiça privada, onde o interesse de um indivíduo era defendido com suas próprias mãos. Assim vale dizer que o direito foi e sempre será mutável.

Coulanges (1996, P. 211) Entende:

Não está na natureza do direito ser absoluto e imutável. O direito modifica-se e evolui como qualquer obra humana. Cada sociedade tem seu direito, com ela se formando e se desenvolvendo, como ela se transformando e, enfim com ela seguindo sempre a evolução de suas instituições, de seus costumes e suas crenças.

Portanto é correto dizer, se o direito comporta mutações, os meios de provas também comportam modificações, pois ao compararmos com os dias atuais, na sociedade primitiva, os meios de provas eram primitivos, não se utilizava critérios técnicos para apuração da verdade, sendo completamente diferente a forma com é feito nos dias de hoje.

Theodoro Júnior (2001, P. 9) Nesse sentido escreve: Em matéria de prova, prevaleciam princípios elevados, que faziam classificar os meios de convecção com lógicos e alheios a preconceitos religiosos e outro fanatismos.

Desta forma, existiam vários meios probatórios cruéis, entre os povos da antiguidade, dados à ausência de critérios técnicos e racionais para demonstração de acontecimentos que repercutiam no direito, a prova era influenciada pela religião, invocando-se a proteção divina, onde o acusado era torturado de todas as formas, alguns rituais contemplava a prova pelo fogo, onde o acusado tocava com língua em um ferro quente, se queimasse estaria mentindo, existia também a prova das serpentes, onde se lançava o acusado em meios aos répteis, sendo considerado culpado se fosse picado, além de outras barbarezas. Após o surgimento do Racionalismo, é que os meios de provas sofreram uma grande transformação,

Alvim (1972, P. 264) Entende:

Com superação gradual dos sistemas probatórios que predominaram durante a Idade Média, a partir do século XV houve o início da tendência, que evidenciou constante para o futuro, no sentido de retomar-se a um sistema probatório baseado na racionalidade, ou seja, que fosse com que o magistrado decidisse a lide fundada no que efetivamente tivesse acontecido.

Foi ai em que se passou a perseguir a busca da verdade real, onde o magistrado teria que decidir de acordo com o que realmente tivesse ocorrido, de forma mais racional, utilizando elementos mais palpáveis para forma sua convecção e ter uma maior importância na solução dos litígios.

CONCEITO DE PROVA

A prova destina-se a livre convecção do juiz, cabem às partes não só provarem, mas também convencerem o juiz que tal fato praticado é verdadeiro. Em direito, prova é a produção de elementos visando à verificação, confirmação, desses elementos produzidos pelas partes, por terceiros ou mesmo pelo próprio juiz, para que seja possível convencer o magistrado e demonstrar a realidade dos fatos.

Tourinho Filho, (2011, P.284) Entende dessa forma:

O objeto ou finalidade da prova é formar a convecção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade de prova é tomar aquele fato conhecido do juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então de que ocorreram desta ou daquela maneira.

Tornando-se claro que objetivo da prova é para formar a livre convecção do juiz e convencê-lo da existência do fato.

MEIOS DE PROVA

É notório que no processo penal busca-se a verdade real dos fatos, o que faz com que o juiz e as partes tenham ampla liberdade para provarem suas teses e, para isso, dispõem dos meios de prova. A utilização do conjunto probatório para encontrar a verdade, já foi superada, pois é impossível remontar exatamente o que aconteceu no passado, por isso as partes se utilizam das provas para convencer o juiz da realidade que aconteceu, cabendo ao magistrado valorar as provas produzidas.

Islida, (2009, P.113) Escreve: “Assim meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.

Pode-se afirmar que meio de prova é tudo aquilo que possa ser utilizado para demonstrar o que ocorreu, é a maneira de comprovar a existência ou não da verdade de um fato. O princípio da verdade real preconizado no processo penal brasileiro nos garante uma maior liberdade na produção de provas, entretanto, o princípio da liberdade probatória não é absoluta. O artigo 155 do CPP estabelece uma regara. A própria legislação já cria alguns tipos de restrição, tendo também forma de obstáculo condido na Constituição Federal, a proibição das provas ilícitas.

No processo penal temos alguns tipos de provas que são aceitas, entre elas: pericia, interrogatório, confissão, declarações do ofendido, testemunhas, reconhecimentos de pessoas e coisas, acareação, documentos e indícios.

Tourinho Filho (2011, P.268) Entende:

Assim, não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de provas, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E por que não são admissíveis? E em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo do Direito Material.

Dessa forma, meio de prova é tudo aquilo que serve para comprovar os fatos alegados pelas partes, de maneira que se deve sempre buscar a comprovação da verdade real.

PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

CF/88 (art.5º, LVI) Dispões: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Assim sendo, toda e qualquer prova conseguida mediante a violação de Direito Material ou Constitucional, estão ilegitimamente inseridas no rol das provas ilícitas, haja vista, que o ordenamento jurídico limita a produção de provas quando a lei for violada. Assim sendo, a prova ilícita seria aquela obtida por meios que viola os princípios constitucionais ou os preceitos legais de natureza material, tendo como exemplos de provas ilícitas, a confissão mediante tortura, coação ou maus tratos, violando o princípio da dignidade humana, a busca e apreensão domiciliar sem a devida autorização judicial ou durante a noite, a interceptação da conversa telefônica sem autorização judicial.

CPP (Art.157) encontra-se em consonância com texto constitucional: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A prova ilegítima ocorre quando é obtida com infringência de norma processual, exemplo: o delito deixou vestígio e o laudo de corpo de delito foi suprimido pela confissão do acusado.

Bonfim (2010, P.344) Adverte:

Se houver uma motivação deficiente na decisão judicial prolatada por a restrição de um direito fundamental na produção da prova, se o magistrado for incompetente para a medida ou ocorrer à violação aos requisitos legais necessários à interceptação telefônica, por exemplo, os

vícios processuais daí decorrente levarão à nulidade da prova, e não à sua ilicitude.

As provas obtidas por meios ilícitos não poderão ser inserida no processo, e se nele já estiverem, deverão ser retiradas dos autos.

PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Prova ilícita por derivação é aquela prova que isoladamente decorre de informações vindas da prova propriamente ilícita.

CPP (art. 157, §1º) Preconiza: “É 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 fonte independente das primeiras”.

Originando a teoria dos frutos da árvore envenenada que quer dizer que as provas derivadas da prova obtidas por meios ilícitos devem ser igualmente desprezadas, pois elas também se encontram contaminadas pela ilicitude da prova original.

Bonfim (2010, P.347) Novamente adverte:

Referida doutrina sustenta-se em argumento relacional, ou seja, para considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição “sine qua non” e motor da obtenção posterior das provas derivadas que não teriam sido obtidas não fosse à existência da referida ilegalidade originária.

Para aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada, deve existir uma conexão entre as provas que caracterize que a prova lícita derivada veio da prova original obtida por meios ilícitos.

DIFERENÇA ENTRE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

Prova ilícita é aquela cuja sua obtenção viola os princípios constitucionais ou os preceitos legais de natureza material, são aquelas que pode ser verificadas no momento em que a prova é produzida, havendo violação ao direito material, direito

que se refere ao tipo penal, aos costumes, aos princípios gerais de direito á boa fé e a moral.

Capez (2015, P. 370 e 371) Entende:

Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial, ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.

A prova ilegítima é aquela produzida por meios que viole as normas processuais, como por exemplo: a confissão do réu feita no interrogatório judicial, sem a presença do advogado.

Capez (2015, P.370) Dessa forma, entende, que

Podemos ainda lembrar as provas relativas ao estado de pessoas produzidas em descompasso com a lei civil, por qualquer meio que não seja a respetiva certidão. Ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios.

Fica estabelecida a diferença entre as provas ilícitas e ilegítimas, sendo que a principal diferença entre elas se estabelece na forma como elas surgem, as provas ilícitas surgem com violação de princípios constitucionais e as provas ilegítimas nascem com a transgressão de normas processuais.

ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS COMO MEIO DE PROVA

A pesar proibição da admissibilidade de provas ilícitas pela regra constitucional no processo penal, existe uma forma da mesma poder ser admitida, pela adoção do princípio da proporcionalidade, haja vista que quando o magistrado encontra uma situação de confronto entre a admissão de uma prova ilícita e os direitos fundamentais, o magistrado poderá utilizar-se deste princípio para solucionar a questão e evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais ou ainda o interesse da sociedade no combate a criminalidade.

Mirabete (2006, P. 254 e 255) Explica:

Assim, há entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão, p. ex.). Traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.

Apesar da Constituição e Código de Processo Penal vedar a utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal, por meio do princípio da proporcionalidade ainda é possível alcançar o aceite, somente quando as provas utilizadas forem a favor do réu ou tendo a finalidade, a intenção de atingir um objetivo maior ou a verdade real.

Silva (2010, P.16) Também entende dessa forma:

Já é entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência de que não existem direitos absolutos, intocáveis. Todo direito, por mais importante que seja, deve conviver harmonicamente com os outros direitos. Embora não previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, há um princípio de índole constitucional, que decorre de uma interpretação sistemática de normas constitucionais, que permite o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional.

É prudente considerar que todas essas garantias estão sujeitas ao Princípio da Proporcionalidade que irá definir qual direito tem prioridade, cabendo ao magistrado à valoração aplicada ao caso concreto, possibilitando o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais, entretanto somente o juiz poderá aplicar o princípio da proporcionalidade, mesmo assim, carregada de muita parcimônia devido à subjetividade desse princípio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em regra, somente as provas obtidas por meios lícitos poderão ser utilizadas no processo penal, entretanto, considerando que o objetivo da prova é levar ao julgador a verdade real dos fatos para que este tenha a livre convecção para julgar, entretanto, uma prova obtida por meios ilícitos, sem aplicação de violência física ou psicológica é possível, a aplicação do princípio da proporcionalidade, em casos,

excepcionais ou graves, haja vista, que nenhuma norma constitucional ou processual tem caráter absoluto, portanto, poderá sim o magistrado em casos excepcionais aceitar no processo penal as provas produzidas por meios ilícitos, uma vez que o maior objetivo é a busca da justiça e da verdade real. Portanto, ao descartar uma única prova que poderia modificar totalmente o convencimento do magistrado e o sentido do processo, seria ignorar a busca da verdade real, condenando ou inocentando alguém.

REFERÊNCIAS

Alvim, Arruda **Curso de direito processual civil**. V. 2. São Paulo: RT 1972.

Bonfim, Edson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Capez, Fernando. **Curso de processo penal**. 22ª ED. São Paulo. Saraiva, 2015.

Código Penal 1940.

Constituição Federal 1988.

Coulanges, Fustel, **A cidade antiga** Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro. 1996.

Edson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Islida, Válter Kenji. **Processo penal**. São Paulo; Atlas, 2009.

Mirabete, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª ed. São Paulo Atlas, 2006.

Silva, César Dario Maria da. **Provas Ilícitas** 6ª Ed. São Paulo Atlas, 2010.

Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 37. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Tourinho Filho, Fernando Costa. **Prática de processo penal**. 33. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
