**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL**

Larissa de Jesus Lima Araujo²

Para doutrinadores como COSTA (2013, p. 87) e AVOLIO (2010, P. 53), defendem os princípios do livre convencimento e da verdade real, que devem prevalecer em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseados em meios ilícitos. Os defensores dessa corrente partem do pressuposto de que apenas podem ser rejeitadas do processo as provas violadoras das normas instrumentais, visto que apenas estas dispõem da sansão de natureza especificamente processual.

De acordo com Roberto Avena (2013, p. 469):

(...). Permite-se assim, a aplicação do supracitado princípio tão somente em favor do réu, sob argumento de que o texto constitucional não se coaduna com o erro judiciário. (...) persiste sua natureza ilícita, sendo apenas considerada como fator de convicção do juiz no intuito de evitar uma injustiça. A despeito dessa ilicitude que se afigura, contrariando a posição jurisprudencial dominante, não vemos razão plausível para que tal prova não possa ser usada visando a condenação, possibilitando sua segregação como forma de preservar o interesse público maior (...)

Assim, seria inconcebível descartar tal prova, visto que não existe outros elementos capazes de incriminá-lo, sendo esta a única opção para convicção do delito, capaz de esclarecer a verdade real, sendo bastante lógico a utilização de tal prova, mesmo que em desobediência ao art. 5º, XI da Constituição Federal de 1988.

Porém, tal dispositivo não deve ser interpretado de forma absoluta, isto é, deve se possibilitar uma interpretação, uma hermenêutica constitucional ponderando a aplicação, que se fará pelo princípio da proporcionalidade (Carvalho, 2009). Posto isto, parte da doutrina defende o uso de provas ilícitas em casos excepcionais, quando visar tutelar valores mais relevantes do que aqueles violados nas provas colhidas, inclusive sendo de extrema valia uma vez que o caso exposto se refere também a descoberta de outro crime.

Seguindo os ensinamentos de Avena que destaca: “o processo penal é acromático, tem como maior objetivo a descoberta da verdade real (...) é preciso que reconstituam os fatos de forma a se descobrir como efetivamente ocorreram.”. Portanto, faz necessário que prevaleça a segurança da sociedade, perante ao crime de tráfico internacional de pessoas, além do crime de estupro.

Deste modo, tem-se como fundamento constitucional a interceptação telefônica descrita no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal:

“é inviolável sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

Ante exposto, levando em consideração a lei são inadmissíveis e devem ser retiradas do processo provas dessa natureza, que houve uma transgressão da norma com relação ao seu conteúdo material, acarretando assim, uma desobediência a um direito fundamental: à privacidade.

O legislador estabelece limites na busca da verdade real e a liberdade de provas, levando-se em consideração os princípios políticos e sociais que se direcionam para preservação do Estado Democrático de Direito (RANGEL, 2002, p. 383). Isso significa que a prova é um direito subjetivo que denota a ampla defesa e o contraditório, que são necessários no processo, porém sofre limitações

Assim, adentra-se ao caso a interceptação telefônica que é um dos meios de provas ilícitas, caso feita sem autorização judicial, implicando, assim, em uma afronta a um direito fundamental, como dito anteriormente. Segundo ZANOTTI (2015, p.467):

(...) Não é válida a interceptação telefônica, realizada sem previa autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica e utilizada côo prova em processo penal (...). A ausência de autorização judicial para captação da conversa macula a validade do material como prova para processo penal (...)

Assim, as interceptações são invioláveis, quando feitas sem autorização judicial, embora um dos interlocutores tenha ciência da interceptação, por exemplo, seriam sempre meios ilícitos de provas violando uma garantia constitucional, isso seria o entendimento *stricto* da própria lei.

O Superior Tribunal de Justiça afirma que: Não é válida a interceptação telefônica sem prévia autorização judicial, ainda que haja posterior consentimento de um dos interlocutores para ser tratada como escuta telefônica ou como prova no processo penal. (STJ, HC161.053/SP). Deste modo, como dito anteriormente, é inadmissível a interceptação telefônica sem anuência da autorização judicial.

A serendipidade retrata os casos fortuitos de elementos probatórios quando são retratados outros fatos delituosos. O assunto também é tratado no Supremo Tribunal Federal acerca da sua aplicação, que ocorre quando a autoridade policial encontra outras provas, casualmente, sobre outros delitos que não estavam no curso daquela investigação, não sofrendo nenhuma restrição, como autorização policial, por exemplo. (BRASILEIRO, 2014, p. 718). Assim, partindo da linha de raciocínio do autor, além do crime que o suspeito estava sendo investigado (crime de tráfico internacional de pessoas), foi descoberto o crime de estupro, havendo assim, uma correlação com o caso concreto.

Existem as serendipidade de primeiro e segundo graus. Segundo Luís Flávio Gomes (2009, p. 106) a serendipidade de primeiro grau ocorre quando há uma continência ou conexão dos elementos probatórios encontrados casualmente com o caso concreto. A de segundo grau ocorre quando não há essa correlação nem continência das provas com o investigado, em que as provas não poderiam ser utilizadas em outros crimes ou em outro investigado. Fazendo uma correlação com o caso exposto, a serendipidade de segundo grau se encaixaria, visto que o novo crime descoberto não tinha nenhuma relação com o caso já investigado.

De acordo com Renato Brasileiro (2014, p. 718 e 719) as consequencias jurídicas acarretadas pela serendipidade, ocorrem quando o fato do objeto de encontro fortuito for conexo ou tenha alguma relação de continência com o fato que está sendo investigado, assim, será válida a interceptação telefônica como meio probatório. Será válida, também, caso for descoberto o envolvimento de outra pessoa no mesmo crime investigado. Mas, a interceptação telefônica não será válida, ou seja, não servirá como meios de provas em duas hipóteses: seja em relação ao encontro de fato não conexo ou quanto aos fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado.

**REFERÊNCIAS**

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2012

ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaias. **Delegado de polícia em ação**: Teoria e prática no Estado Democrático de Direito. 3ª ed. Editora JusPodivm. 2015.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. Volume único. Editora JusPodvm, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. GOMES, Silvio Maciel. **Interceptação telefônica**: comentário à Lei 9.296 de 24.07.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.