

PROVAS PROIBIDAS NO PROCESSO PENAL¹

Fabiane Barchet²

Camila Furini Sulzbach³

Adriane Damian Pereira⁴

RESUMO: O presente artigo tem por escopo o estudo das provas no processo penal brasileiro, tendo como enfoque principal a utilização das provas obtidas por meio ilícito, questão que gera uma discussão extremamente polêmica no sistema processual atual. De primeiro momento serão apresentados conceitos gerais de provas, bem como sua utilização na instrução processual; logo, no que tange ao foco central do referido trabalho, serão abordadas questões relacionadas às provas ilícitas, sua admissibilidade e inadmissibilidade, o que descreve a Constituição Federal brasileira e a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Provas, Ilícitude, Constituição Federal

Evidence In Criminal Cases Probes

ABSTRACT: The scope of this paper is the study of evidence in criminal proceedings in Brazil, having as its primary focus the use of evidence obtained by illegal means, an issue that generates a highly controversial discussion on the current procedural system. From the first moment will be presented general concepts of evidence and its use in legal discovery, therefore, with respect to the central focus of that work will address issues related to illegal evidence, its admissibility and inadmissibility, which describes the Brazilian Federal Constitution and the application of the principles of proportionality and reasonableness.

KEY-WORDS: Evidence, Unlawful, Federal Constitution

1. INTRODUÇÃO

O vocábulo prova, conforme Plácido e Silva, vem do latim *probatio*, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo), entende-se, assim, a demonstração que se faz pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico. Já, Fernando Capez entende como prova o conjunto de atos advindos pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a formar a convicção do magistrado quanto à existência ou não de um fato, ou seja, é qualquer meio de percepção empregado pelo homem a fim de se comprovar a verdade de uma alegação.⁵

¹ Trata das provas que são vedadas no direito processual penal, conforme entendimentos doutrinários.

² Acadêmica do VII semestre do Curso de Direito da URI, campus Santiago-RS. Email fab.fbi@hotmail.com

³ Acadêmica do VII semestre do Curso de Direito da URI, campus Santiago-RS. Email camila4_01@hotmail.com

⁴ Orientadora, professora e Coordenadora do Curso de Direito da URI, campus Santiago-RS. Email adriane@urisantiago.br

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 344

As provas têm como objetivo reconstruir detalhadamente os fatos ocorridos em um crime passado, seu tema probatório busca a afirmação desses fatos, não sendo assim, como regra, normas jurídicas tema de prova, o que veio a vigorar devido ao princípio *iuri novit curia*. O processo penal, frente a sua complexidade, busca reconstruir os fatos acontecidos através das provas, e, desta forma, almeja criar condições para que o juiz exerça sua função recognitiva, e baseada nessa produzir o convencimento que futuramente será exposto em sentença. Assim, observa-se que o processo penal e a prova nele admitida constituem o modo de construção do convencimento do julgador, formando sua decisão e legitimando o poder contido na sentença.⁶

A prova é admitida no processo frente à manifestação do juiz, o qual depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas a serem apresentadas e às alegações em que se fundamentará a decisão⁷. É um ato que, conforme expresso, cabe ao autor (Ministério Público) provar o fato constitutivo de sua pretensão ou direito e, cabe à defesa provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito da acusação, bem como, há a possibilidade de, conforme o artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro⁸, o juiz determinar de ofício a produção de provas, no caso em que as provas apresentadas pelas partes não são suficientes para formar o seu convencimento. Outrora, no sistema inquisitório a questão é mais discutida, devido à gestão da prova e sua admissão serem feitas pela mesma pessoa, nesse sistema não existe a separação entre o encarregado da aquisição da prova e o agente que deve fazer o juízo de admissibilidade da prova no processo.

Desta forma, como o Código de Processo Penal brasileiro baseia-se no sistema acusatório e não inquisitivo, embora haja a possibilidade de o juiz requisitar a produção de provas, como já citado, isso só deve acontecer em casos excepcionais, por persistência da dúvida por parte do magistrado, ficando ainda a produção restrita à determinação do juiz, para evitar a quebra de imparcialidade.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 521 e 522

⁷ Entendimento previsto no princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas, *judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*

⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Com as provas apresentadas, o juiz deve buscar atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou material), a fim de que possa fundamentar a sua sentença e estabelecer o *jus puniendi*, o qual deve ser exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa, somente em casos excepcionais pode satisfazer-se com a verdade formal, visto não dispor de meios para assegurar a verdade real (artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal brasileiro⁹).

Diante da apresentação das provas¹⁰ e posterior julgamento, vem a ser evidenciado o princípio da presunção da inocência como sendo uma contenção, que, somente superada, pode legitimar futura condenação, visto estar expressamente consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal¹¹ e se apresentar como o princípio reitor do processo penal. Esta presunção apresenta-se como uma forma de resistência ao próprio julgador, na medida em que a prova da acusação viria a superar uma “resistência” natural de quem tem um convencimento, este de inocência. E, diante desta oposição é que se presenciam os casos onde julgadores são tomados por um sentimento de fracasso frente à “necessidade imperiosa de absolver”, visto que, para alguns, a jurisdição somente se efetiva quando a sentença é condenatória.¹²

A complexidade deste princípio faz com que ele atue em diferentes dimensões do processo penal e vem a ser sintetizada como um “dever de tratamento”. Apresenta-se, desta forma, visto atuar de forma interna e externa ao processo, no primeiro caso fazendo com que o juiz e o acusador tratem o acusado como um inocente, não abusando de medidas cautelares, e em segundo plano, na forma externa, a presunção impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado, frente ao dever de tratá-lo como inocente.

A principal garantia apresentada a um agente é a jurisdição e, com esta, a certeza de ser julgado com base na prova produzida dentro do processo, assegurando, assim, as garantias apresentadas do *due process of law*.¹³ Assim, explica-se que os atos de prova

⁹ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

¹⁰ Estas podem ser propostas na denúncia ou na queixa-crime pela acusação, e pela defesa no caso de defesa prévia ou a qualquer tempo que haja a necessidade de se provar a verdade real.

¹¹ Art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 533

são os dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação, estão a serviço do processo e o integram, buscam formar a convicção do juiz para prolatar seu julgamento final, logo, auxiliam a sentença, por fim, são praticados ante o juiz que julgará o processo e servem os princípios da publicidade, contradição e imediação. Ressaltam-se esses, devido a, algumas vezes, serem confundidos com os atos de investigação, realizados na fase preliminar da investigação e que se referem a uma hipótese, não a uma afirmação.

Consequentemente, os atos de prova aptos a fundamentar a sentença são os praticados dentro do processo, frente à jurisdição e demais regras do devido processo penal, enquanto os atos de investigação são os apresentados no inquérito policial, de limitado valor probatório, uma vez que não estão sob o crivo do contraditório¹⁴.

O contraditório também se faz presente no sistema de provas, sendo tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se entre o conflito apresentado entre as partes contrapostas (acusação, que é o interesse punitivo do Estado, e a defesa, sendo o interesse do acusado em ficar livre de acusações e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). O contraditório vem a integrar o princípio da imparcialidade do juiz, no qual este concede condições de igualdade às partes de se manifestarem no processo, ainda que não queiram usufruir desta, visto ser uma faculdade que lhes é concedida, em outras palavras, ela engloba o direito das partes de debater frente ao juiz.

Em sua obra, Aury Lopes Jr entende que o “contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *inter* procedimental¹⁵”. Assim, o contraditório é visto como o direito do agente de ser informado e de participar do processo, é o direito da acusação saber o que está acontecendo e o da defesa de estar ciente de cada passo, uma vez que não pode haver segredo, sob pena de violação ao contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal¹⁶), de modo que este princípio deve estar presente nos quatro momentos da prova (fase de postulação,

¹⁴ Capez, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.382.

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.543

¹⁶“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

admissão, produção e valoração¹⁷⁾¹⁸, exceto na fase investigatória que é a que ocorre durante o inquérito policial, visto ser uma fase preparatória da acusação, inexistindo ainda acusado.

Anteriormente, apresentava-se um sistema de valoração das provas, prova tarifada, onde algumas tinham valores superiores se comparadas a outras, este conceito veio a cair por terra, visto que todas as provas são relativas, nenhuma tem maior prestígio ou valor que outra, nem mesmo as provas ditas como técnicas. Baseado nessas, a decisão do juiz somente é legítima se fundamentada na prova produzida no processo, porém, além de estar no processo deve estar revestida da qualidade de “ato de prova”, repulsando assim a possibilidade do juiz formar sua convicção a partir dos atos de investigação.

Além das provas serem colhidas em frente ao juiz, sua coleta, como já citado, deve observar as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade, e em momento algum o juiz pode decidir contra o réu a partir do seu silêncio, ou seja, não pode presumir sua culpabilidade ou lhe prejudicar por esse exercício de não produzir prova contra si mesmo, preceito este, inclusive, citado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXIII¹⁹. Seu convencimento deve ser formado pelo que lhe é trazido pelas partes, não do que ele busca, cabe exclusivamente às partes trazer as informações e os elementos para a estrutura do processo. Porém, trazidas as provas, o juiz deve duvidar sempre, até mesmo de suas arraigadas decisões, visto que o livre convencimento é mais limitado do que livre, pois se trata de poder, e no processo todo o poder tende a ser abusivo, logo, deve ser controlado.

2. LIMITES À LICITUDE DA PROVA

¹⁷ Postulação: o contraditório está na possibilidade de postular a prova, igualdade de oportunidade e condições.

Admissão: realizada pelo juiz, onde o contraditório e o direito de defesa se fazem presentes na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova.

Produção: é a que ocorre na fase de instrução onde o contraditório se faz presente na possibilidade das partes participarem e assistirem a produção de provas

Valoração: presente na sentença onde é manifestado através do controle de racionalidade da decisão, conduzindo a possibilidade de impugnação via recurso.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 544 e 545

¹⁹ “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Quanto à licitude da prova, se esclarece que qualquer prova será admitida desde que nenhuma norma a exclua, e quanto a essa inadmissão preceitua a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI²⁰, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, norma que posteriormente veio a ser detalhada na Lei nº 11.690/08, a qual se refere às provas ilícitas e que se apresenta no Código de Processo Penal, em seu artigo 157. Logo, prova vedada ou proibida, é a produzida por meios ilícitos, inidôneos, contrários a uma norma legal específica, é a que o legislador busca vedar o ingresso no processo, pois afronta norma jurídica ou princípios constitucionais, e em alguns casos processuais. A processualista Ada Pellegrini Grinover entende como prova ilícita a colhida com infringência às normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, com a finalidade de proteção das liberdades públicas e em caráter especial dos direitos de personalidade, abrangendo o direito à intimidade.

Frente à incógnita da utilização ou não deste tipo de prova no processo, cabendo ao juiz o exame da licitude, faz-se necessário averiguar as consequências de sua utilização, visto que poderá acarretar nulidade absoluta do processo em que foi produzida, extinguindo-o totalmente ou anulando-o a partir da admissão dessa prova ilicitamente produzida. Ressalta-se que se o julgador detectar a prova ilícita no momento de sua aquisição, deverá indeferir sua produção, já se a detectar após sua incorporação no processo, deverá desentranhá-la.

De primeiro plano, deve-se ter por base a diferença das provas ilegais, que é o gênero de que são espécies as provas adjetivadas de ilegítimas e ilícitas. Aquela ocorre quando há uma violação de uma regra de direito processual penal, sua proibição tem natureza exclusivamente processual e não pode ser levada em conta pelo juiz, o que acarreta a absolvição por falta de comprovação da materialidade delitiva, como a juntada de prova fora do prazo; enquanto esta é verificada quando se viola uma norma material, quer sejam normas de cunho constitucional, quer sejam normas de caráter infraconstitucional, é a que se forma fora do processo e que, na maioria das vezes, não será admitida neste, visto violar a intimidade, privacidade ou dignidade do agente, assim, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime e

²⁰“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

contravenção, violando norma de direito civil, comercial ou administrativo, como é o caso da interceptação telefônica ilegal.²¹

Discute-se se uma prova legítima, mas ao mesmo tempo ilícita, poderá ser utilizada pelo juiz em seu julgamento? A nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro²² que passou a ser disciplinada pela Lei nº 11.690/2008, veio a gerar grande confusão, no momento em que cita que provas ilícitas seriam aquelas “obtidas em violação a normas **constitucionais ou legais**” (grifo nosso), todavia, constitucionais se referem às ilícitas/materiais, e as legais a qual norma se referem? Aury Lopes Jr entende que as legais seriam as normas de caráter material, visto que se faz necessária a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas e que, a rigor, as provas ilegítimas não devem fazer parte do processo, porém se erroneamente forem admitidas deverão ser desentranhas²³. Por outro lado, Fernando Capez entende que “a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguiram as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais”²⁴.

A questão é mais confusa, visto que as provas ilícitas (inadmissíveis no processo) geram nulidade absoluta da sentença passada em julgado, logo não poderão ser repetidas nos autos e serão desentranhadas dos mesmos pela via da revisão criminal, caso em que o juízo rescisório, examinando o mérito, poderá sentenciar pela absolvição. Outrora, a prova vedada (ilegítima) não irá gerar nulidade do processo se a sentença não estiver fundamentada exclusivamente nessa, será, portanto, relativa, podendo ser refeita e válida sua repetição, assim, mencionada na sentença a existência de outras provas, aptas à condenação, será suficiente para afastar a nulidade.

Neste diapasão, as correntes doutrinárias apresentam diversos argumentos, alguns pugnam pela admissibilidade da prova ilícita, apenas devendo punir o ilícito praticado pela parte que produziu a prova, outros entendem pela inadmissibilidade, em quaisquer circunstâncias, eis que sua produção iria contra a Constituição, também há os que entendem pela exclusão da ilicitude e, portanto, permissão de utilização dessa prova. Por fim, a última corrente crê que deva sempre haver a preponderância do

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.583

²² “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.583 e 584

²⁴ Capez, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.348.

interesse jurídico, mais valioso em questão, que traduz o exposto na teoria da proporcionalidade ou razoabilidade.

Há uma corrente, minoritária nos tempos atuais, sendo um de seus seguidores Franco Cordero, e que não possui mais amparo na jurisprudência, que defendia que a prova poderia ser admitida desde que não fosse vedada pelo ordenamento processual, a violação material não era discutida. Assim, o agente responsável pela prova ilícita poderia utilizá-la no processo, respondendo em outro processo quanto à violação da norma de direito material, visto que para seus seguidores não interessaria a violação do direito material, apenas a de direito processual²⁵. Esta corrente era seguida pelos que faziam uma leitura literal do art. 5º, LVI, da Constituição, onde mencionava de forma clara a proibição às provas ilícitas.

Outra corrente, seguida por Giuseppe Bettiol, que defende o Princípio da Proporcionalidade (na Alemanha) ou da Razoabilidade (nos Estados Unidos), entende que em certos casos a prova ilícita é admitida, sua aceitação ocorre nos casos em que a obtenção e admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais. Apresentam-se quando surgem conflitos entre os princípios fundamentais da Constituição, sendo necessária a comparação entre eles a fim de se verificar qual deva prevalecer, nestes casos o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação para se evitar maior prejuízo, como, por exemplo, uma condenação injusta. No Brasil, essa corrente é aceita com reservas, sobretudo em questões de direito de família, já nas matérias penais são raras as decisões que a adotam, visto ser uma teoria dotada de um imenso perigo, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade pode ser manipulado, para impor restrições de direitos fundamentais.²⁶

Essa teoria, surgida na Alemanha, no período pós-guerra, em regra dita que em caráter excepcional e em casos extremamente graves, pode-se usufruir das provas ilícitas, baseando-se esse entendimento no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes, onde admitida uma prova ilícita em casos necessários, significa romper os princípios gerais para se atender a uma finalidade excepcional justificável. Segundo essa teoria, a proibição desse tipo de prova segue um princípio relativo, no qual

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.584

²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.586 e 587

excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo interesse público de maior relevância a ser protegido, ou outro direito fundamental com ele contrastante.

Do ponto de vista dos adeptos dessa corrente, como Daniel Sarmento, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²⁷ e Ada Pellegrini Grinover²⁸, afirmam que a prova colhida com infringência aos direitos fundamentais do homem é inconstitucional e, via de consequência, ineficaz como prova, porém, tal vedação é abrandada para admitir a prova viciada, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, quando a sua obtenção e admissão puder ser considerada como a única forma, possível e razoável, de proteção a valores fundamentais, considerados urgentes na avaliação do caso que está sendo analisado.

Outra posição é quanto à admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo*, onde apenas seria admitida e valorada se fosse a favor do réu, visto que o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre eventual direito sacrificado na obtenção da prova, é o caso do acusado injustamente que viola a intimidade de outrem para provar sua inocência. Nesse sentido, explica Greco Filho²⁹, “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”. Tal comportamento do réu, quanto à obtenção da prova (ilícita), estaria acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, em prol do princípio da inocência, de molde a excluir a antijuridicidade, em certos casos. Cita-se como exemplo o caso do acusado que comete o delito de invasão de domicílio para obter elementos que demonstrem sua inocência, que estaria em estado de necessidade, que excluiria a ilicitude de sua conduta e conduziria à admissão da prova.

Doutrinadores entendem que, diante da obtenção da prova tida por ilícita, porém, captada a ser usada em seu favor, a fim de ser absolvido de determinada imputação legal, razão não há para se falar em ilicitude da prova, eis que permitida sua produção. Igualmente, é válida a utilização desse tipo de prova quando representar o único meio de que dispõe o réu para comprovar cabalmente sua inocência, passível de ser utilizada, portanto, em prol da defesa.

²⁷ RAMOS, Maira Silva da Fonseca Ramos. **A prova proibida no processo penal**. On Line. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7432>. 18/05/2011

²⁸ DONZELE, Patricia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. On Line, <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>. 16/04/2011

²⁹ Filho, Greco apud Aury Lopes Junior. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.588

Segundo Fernando Capez, a aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta grande discussão, visto que o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode servir de escudo a perpetuar condenações injustas. Tendo em vista que somos filhos de um Estado Democrático de direito, que busca a proteção da dignidade humana, é mais conveniente aceitar uma prova vedada, a qual é o único meio para provar a inocência de um acusado, do que permitir que alguém seja privado injustamente de sua liberdade.³⁰

Desse entendimento surge uma nova discussão: se admitida a prova ilícita, visto ser benéfica ao réu, pode-se, após, utilizar a mesma prova para punir terceiros em outro processo? Aury Lopes Jr entende que não, visto a prova estar sendo utilizada para evitar um absurdo da condenação de um inocente, logo não poderia ser utilizada contra terceiro, uma vez que para esse a prova é ilícita e, portanto, inadmissível no processo. Ela só é considerada lícita quando o acusado a obteve em estado de necessidade, sendo admitida em determinado processo, se for utilizada em outro terá seu caráter ilícito. Diante das demais teorias, essa é a que apresenta respaldo frente ao processo penal e ao conteúdo de sua instrumentalidade, sendo que já existem acórdãos acolhendo esse entendimento.³¹

Nesse ponto de vista, entende Fernando Capez (2011, p.353) 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”³².

Maior discussão é gerada quanto ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, visto se referir à acusação, as provas ilícitas não serão utilizadas para a defesa do acusado e sim para sua condenação, são os casos em que a vítima é quem estaria agindo em estado de necessidade ou em legítima defesa, sua ou de outrem. Esse entendimento é levado em consideração na medida em que o ordenamento jurídico está a proteger não apenas direitos individuais do réu, mas também das demais pessoas que se encontram nessa situação e merecem amparo. Nessa questão não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito à acusação da prova, trata-se de algo bem

³⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.592

³¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.589

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.353

mais profundo, visando resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Segundo Fernanço Capez³³, quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens protegidos pela Constituição, o juiz deve pesar e avaliar os valores envolvidos. Ainda, para ele, entre o sigilo do réu e o desbaratar de um crime, deve-se optar pela proteção à sociedade, invocando a prova dita ilícita para que ocorra essa proteção, conforme se observa no seguinte contexto, “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetido pelos sentenciados, eis que a clausula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”³⁴.

Das provas ilícitas vieram a surgir as provas ilícitas por derivação, não cogitadas na Constituição Federal de 1988, porém, objeto que logo se tornou debatido por doutrinadores e pela jurisprudência, figurando aqui o princípio da contaminação que se originou da Suprema Corte norte-americana, que a denominou como a teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), onde sendo repudiada a prova ilícita deve se verificar a contaminação que essa irá produzir em outras e até mesmo na sentença, conforme as exigências do artigo 573, §1º, do Código de Processo Penal brasileiro³⁵ e citadas nos parágrafos do artigo 157 do mesmo diploma. Diante desse esboço, são aquelas provas lícitas por si mesmas, mas produzidas por intermédio da informação extraída de prova ilicitamente colhida, dessa forma, não serão admitidas devido a sua contaminação, essa só será verificada quando evidenciado o nexo de causalidade e não será tida como contaminada quando puder ser obtida por uma fonte independente da ilícita. Um exemplo típico da prova ilícita por derivação é a apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime, obtido através de escuta telefônica ilegal, embora a busca e apreensão sejam efetivadas com mandado, ora legal, é um ato derivado do anterior, ilícito, logo contaminado está, ou o caso da confissão obtida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido, esta vem a ser uma prova lícita, porém, deriva da extorquida mediante tortura, ora ilícita.

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.357 e 358

³⁴ SFT, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649.

³⁵ “A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.”

Paulo Rangel e Hélio Bastos Tornaghi³⁶ defendem a tese de que, ante o fato de a Constituição não mencionar especificamente este tipo de prova, deve-se entender como permitida sua produção, visto que a prova obtida lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, deverá ser aceita no processo, pois cabe à lei distinguir esta, não o fazendo, não cabe ao intérprete esta missão. Todavia, em sentido contrário encontra-se o jurista Daniel Sarmiento³⁷, que entende pela inadmissibilidade de utilização da prova ilícita por derivação, em quaisquer circunstâncias, em consequência de que, se os elementos probatórios derivados das provas ilícitas forem admitidos, seria um estímulo à busca deste tipo de prova e um desrespeito aos direitos fundamentais no processo, da mesma forma entende o constitucionalista Alexandre de Moraes³⁸.

Levada a discussão ao Supremo Tribunal Federal, esse se encontrou dividido quanto a sua utilização no processo. Inicialmente, em suas manifestações demonstrou-se favorável à produção desse meio de prova, entendendo pela não contaminação e, portanto, validade dos atos subsequentes ao seu ingresso nos autos. Porém, em outros julgados recentes, manifestou-se pelo seu impedimento, visto entenderem como consequência de sua indevida utilização, a aplicação do artigo 573, § 1º, do Código de Processo Penal brasileiro, o qual se refere à extensão da nulidade dos atos processuais, cominando, também, sanção de nulidade aos atos processuais dependentes do ato nulo, devendo, desta forma, a prova ilícita originária, quanto à dela dependente, ser retirada do processo. Deste último entendimento, observa-se que o Supremo Tribunal Federal acatou a teoria dos *frutos da árvore envenenada*, entendendo pela contaminação de todas as provas que derivarem diretamente da prova obtida por meios ilícitos.

Uma vez transmitido o vício e contaminando os demais com a mesma intensidade, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivam, visto serem ilícitas as provas que deles se obtém. Porém, predomina o entendimento dos tribunais que não se anula sentença se esta não for baseada exclusivamente em provas ilícitas, ou seja, a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, tampouco, se anula decisão condenatória onde presente prova ilícita, se existirem provas lícitas aptas a fundamentar a decisão, onde estas possuem fonte própria, não sendo contaminada.

³⁶ RAMOS, Maira Silva da Fonseca. **A prova proibida no processo penal**. On Line. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7432>. 18/05/2011

³⁷ RAMOS, Maira Silva da Fonseca. **A prova proibida no processo penal**. On Line. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7432>. 18/05/2011

³⁸ MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 126

Quanto às interceptações telefônicas, muito utilizadas como provas, a doutrina veio a apresentar uma classificação³⁹, a fim de se esclarecer as que possam ser usadas como prova no processo. Dentre essas, com a vigência da Lei n. 9.296/1996, que regulamentou o inciso XII, *in fine*, do artigo 5º da Carta Magna, Fernando Capez⁴⁰ entende que a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica são abrangidas pela lei, assim, quando realizadas com autorização judicial são consideradas lícitas e admissíveis, caso contrário, constituem prova ilícita, só sendo admissível em benefício da defesa. Ressalta-se que esta exceção da inviolabilidade refere-se apenas às comunicações telefônicas com fins de investigação criminal e instrução processual penal, nos demais casos indicados na Carta Magna a inviolabilidade do sigilo se torna absoluta.

No que se refere à gravação clandestina há controvérsias, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de sua inadmissibilidade, visto contrariar o princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia, porém, veio a modificar o seu entendimento:

Considera-se prova lícita a gravação telefônica feita por um dos interlocutores da conversa, sem o conhecimento do outro. Afastou-se o argumento de afronta ao art. 5º, XII, da Constituição, uma vez que esta garantia constitucional refere-se à interceptação telefônica de conversa feita por terceiros, o que não ocorre na hipótese.⁴¹

Da mesma forma, transcreve a ementa a seguir

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO. ORDEM MANIFESTAMENTE ILEGAL. PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA POR UM DOS INTERLOCUTORES. 1. A gravação

³⁹ Interceptação telefônica em sentido estrito/Grampo: é a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos demais interlocutores.

Escuta telefônica: terceiro que capta a conversa com o consentimento de um dos interlocutores.

Interceptação ambiental: captação da conversa entre presentes, realizada por terceiro que esta no ambiente onde se encontra os interlocutores, sem o conhecimento destes.

Escuta ambiental: interceptação da conversa entre os presentes, realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns.

Gravação Clandestina: o próprio interlocutor registra a sua conversa, sem o conhecimento da outra parte.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.596

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.596 e 599

⁴¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 597

clandestina de conversa ambiental própria ou entre presentes por um dos interlocutores não é prova ilícita. Precedentes do STJ. [...] ⁴².

No entanto, esse entendimento não é majoritário entre os doutrinadores, Damásio E. de Jesus entende que a gravação clandestina (ilícita), como prova, não tem sido válida no processo penal; para Luiz Flávio Gomes, excepcionalmente, em face do princípio da proporcionalidade, admite-se a prova ilícita *pro reo*, ou seja, para provar a sua inocência, jamais para incriminá-lo. ⁴³

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal preceitua a impossibilidade de utilização de provas colhidas por meios ilícitos, em seu art. 5º, LVI, sendo que esse preceito era entendido como a permissão de provas ilegítimas (quando a norma afrontada é de natureza processual), e não havendo referência quanto ao tema no Código de Processo Penal. Porém, após a Lei 11.689/08, que disciplinou no Código de Processo Penal as questões relativas às provas ilícitas, regulamentando o artigo supra citado da Constituição Federal, passou-se a entender que tanto as provas de natureza material quanto as de natureza processual seriam consideradas ilícitas.

Essa discussão aprofunda-se cada vez mais, ao ponto de que são diversas as opiniões doutrinárias a esse respeito, enquanto alguns defendem que, por ser norma de cunho constitucional não devem ser consideradas sob nenhuma hipótese, outros, menos garantistas, defendem que não se pode descartar uma prova, mesmo que ilícita, se for o único meio de se provar a inocência do réu.

Ainda, discute-se se essa admissão deve ser considerada tanto *pro reo* quanto *pro societate*. Nesse ponto, alega-se que apenas o réu pode ser beneficiado, corrente essa majoritária na doutrina, porém deve-se analisar os dois lados, e se a prova torna-se válida para um, não pode deixar de beneficiar o outro, uma vez que no momento em que a prova é aceita passa a ser do processo e não mais das partes, individualmente. No mais, assim como não se pode desprezar uma prova, mesmo que ilícita, para que não se

⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70040250052, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 31/03/2011

⁴³ GOMES, Luis Flávio, JESUS, Damásio E., apud CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.598

condene um inocente, a mesma também não deve ser descartada para se prender um culpado e assim preservar a integridade de vários inocentes (sociedade).

As provas ilícitas, embora proibidas constitucionalmente, por, em sua maioria, violarem o direito à privacidade do cidadão, não podem e nem devem ser descartadas em todas as hipóteses, uma vez que trazem fielmente os fatos, e considerar que uma pessoa que representa a sociedade esteja invadindo - ao ouvir, gravar e filmar conversas ou fatos - a privacidade de outras pessoas que estão violando as regras sociais, não seja exatamente uma invasão à privacidade do outro, mas uma forma de tentar proteger sua sociedade de tais violações.

Portanto, conclui-se que, embora o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, proíba as provas colhidas de maneira ilícita, não se pode descartá-las em sua totalidade, quando essas possam trazer benefícios tanto ao réu inocente quanto à sociedade, uma vez que não se podem deixar impunes crimes e nem pessoas criminosas, apenas porque a única prova que se tem foi obtida sem o conhecimento destes, até porque, se tivessem conhecimento do ocorrido, talvez não tivessem possibilitado a produção de tal prova. Em outras palavras, a regra é pela inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, porém, excepcionalmente, serão admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009

DONZELE, Patricia Fortes Lopes. **Prova ilícita**. On Line, <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita>. 16/04/2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15º ed. São Paulo: Atlas, 2004

On Line, <http://www1.tjrs.jus.br/>, 18/04/2011.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. **A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização**. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7432>. 16/04/2011.

SILVA, Daiana Santos. **Inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal**. <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1090>, 16/04/2011.