

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Greco Dagoberto Fiorin¹

Eduardo Erivelton Campos²

SUMÁRIO

Introdução; 1 Provas; 1.1 Princípios das Provas; 2 Provas ilegais; 3 Provas Lícitas no Processo Penal; 3.1 Princípio dos Frutos da Árvore Envenenada; 3.2 Princípio da Proporcionalidade; 3.2.1 Proporcionalidade “favor rei”; 3.2.2 Proporcionalidade “pro societate”; Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo tem como objeto apresentar os parâmetros da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal, e as possibilidades destas provas serem admitidas, excluindo assim a sua ilicitude. Primeiramente será abordado o conceito de prova e sua relevância ao processo penal, e assim conhecer os motivos para a inadmissibilidade da prova ilícita. Posteriormente serão analisadas as causas que levam as provas a serem classificadas como provas ilegais ao processo, e fazer a distinção entre estas, com as duas categorias apresentadas pela doutrina. Por conseguinte serão levantadas as possibilidades da admissibilidade de provas ilícitas no processo penal, passando brevemente pelas exceções presentes na Lei e os princípios de admissibilidade. O artigo está dividido em três fases para abordar o tema levantado. Referente à metodologia empregada, utilizou-se, para o desenvolvimento desta presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

Palavras chaves: Provas. Provas ilícitas. Princípios.

INTRODUÇÃO

A evolução jurídica em relação aos meios de prova no processo penal deram a oportunidade dos julgadores buscarem a verdade real dos fatos com mais assiduidade com a amplitude de seus recursos, que chegaram a um ponto de quase serem absolutos, sem qualquer limite a ser adotado.

A partir deste aspecto surgiram correntes doutrinárias com a determinação de impor restrições a estes meios de busca da verdade no processo, fazendo com que as provas que fossem contrárias às leis, princípios e demais direcionamentos

¹ Greco Dagoberto Fiorin. Acadêmico do 8º período do Curso de Direito da UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: hanehane@uol.com.br, tel.: (47) 9984-7352.

² Professor orientador. Professor Especialista no curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Advogado (OAB/SC). E-mail: ducampos@gmail.com; ducampos@univali.br, tel.: (47) 9176-0919.

morais e jurídicos, seriam determinadas provas ilegais e não poderiam formar a base dos motivos relevados pelo julgador na decisão.

Após a inadmissibilidade da prova ilícita tornar-se a regra geral do ordenamento processual penal, foram nascendo mecanismos de contornar esta máxima, surgindo assim às exceções à regra principal. Porém por tratar da relação entre valores e princípios constitucionais, a inadmissibilidade ou admissibilidade das provas deve seguir rigorosos critérios e a razoabilidade quando valores morais ou princípios forem colocados de frente.

O presente artigo científico tem como objetivo estudar a admissibilidade de provas que foram colhidas de formas ilícitas para instruir o processo penal, e as possibilidades destas provas ilícitas não serem vedadas e excluídas do processo.

Dividindo-se em três momentos, primeiramente a conceituação da prova e sua importância para o processo, seguindo com a caracterização das provas ilícitas no processo penal e as suas divisões. Ao final o artigo demonstra as possibilidades utilizadas para a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Utiliza-se como método de pesquisa o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

1 PROVAS

A palavra prova teve sua origem do latim, da expressão *probatio*, a qual significa uma forma de verificação, inspeção, exame, confirmação, etc³. Desta expressão *probatio* deriva-se o seu real significado para o processo, que é direcionar de forma convincente certo indivíduo para demonstrar (provar) a veracidade ou não dos fatos em questão.⁴

As provas devem convencer o julgador, que na esfera processual é o juiz, dotado da capacidade e competência de decidir sobre a verdade dos fatos. Carnelutti, em seu livro retrata bem esta relação do juiz com as provas.

O juiz, a princípio, encontra-se diante de uma hipótese; não sabe como aconteceram as coisas, se soubesse, se estivesse estado presente aos fatos sobre os quais deve julgar, não seria juiz, e sim testemunha, e se decide, precisamente, converte a hipótese em tese,

³ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed., rev. e atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009. p. 3.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 343.

adquirindo a certeza de que aconteceu ou não um fato, ou seja, certificando esse fato.⁵

Posicionamento semelhante segue a doutrina atual, conforme entendimento de Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Magalhães Gomes Filho, onde a pretensão fundamentada está diretamente ligada a um ou mais fatos. A relação entre as partes de demonstrar a sua veracidade destes fatos por intermédio de suas afirmações gera a dúvida destas verdades, devendo o magistrado resolver esta incerteza, utilizando-se das provas relevantes produzidas: “a prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos”.⁶

Esta aproximação apresenta a probabilidade alegada por ambas às partes, devendo o magistrado excluir uma delas e tornar a probabilidade remanescente como a resolução do impasse, utilizando as provas como a base a sustentar esta decisão; como bem leciona Carnelutti: “as provas (de probare) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou a inexistência de um fato passado; a certeza se resolve, a rigor, em uma máxima probabilidade”.⁷

Já Fernando Capez trata a prova como “[...] todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com finalidade de comprovar a verdade de uma alegação”.⁸

Neste sentido segue o entendimento doutrinário de Leandro Cadenas Prado, onde provar é buscar a certeza, levando ao convencimento que determinado fato é verídico, por meio das provas, as quais nascem do conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz ou terceiros, objetivando a formação de um convencimento plausível e devidamente fundamentado pelo julgador, comprovando a existência ou inexistência das alegações levantadas:

Na esfera criminal, esse conjunto de atos deve convencer de tal forma o julgador, que seja capaz de sobrelevar o princípio constitucional da presunção de inocência, assertiva obviamente válida em caso de sentença condenatória, porquanto para a prolação de sentença absolutória basta a dúvida.⁹

⁵ CERNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 49.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 135.

⁷ CERNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 2001. p. 50.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 342.

⁹ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 3.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante em seu artigo 5º LVII que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, para o início do processo penal basta apenas o mínimo aceitável de indícios, porém, para o réu ser condenado deve-se observar a verdade real, como leciona Luiz Francisco Torquato Avolio: “o princípio da verdade real, que também se denomina da verdade material, como originariamente concebido, diz respeito ao poder-dever inquisitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria”.¹⁰

Desta forma, para o réu ser devidamente condenado é necessária a produção de provas robustas quanto à autoria e materialização do crime, neste sentido, não há como condenar um indivíduo pelo assassinato de outro apenas em alegações, sem, contudo, haver outras provas de autoria e materialização do fato imputado, como as digitais, a arma do crime ou o próprio cadáver, conforme Francesco Carnelutti explana em sua obra: “um juízo sem provas não se pode pronunciar; um juízo não se pode fazer sem provas”.¹¹

Assim, só é possível a condenação se demonstrada à certeza probatória pelo conjunto de provas produzidas que, devem ser utilizadas pelo julgador na fundamentação da sentença condenatória, caso contrário, a menor dúvida acarretará na absolvição do réu, como bem elucida Nucci: “para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade”¹², e Leandro Prado: “qualquer pessoa que tenha acesso à decisão fundamentada poderá comprovar a regularidade do que foi prolatado, em face das provas presentes”.¹³

1.1 Princípios das Provas

O ordenamento jurídico como um todo está amparado por um vasto sistema de princípios, que formam a base do direito em sua substância mais simples até relevantes conflitos entre si, neste sentido: “constituem o fundamento, o alicerce, a

¹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

¹¹ CERNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 2001. p. 50.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 343.

¹³ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2009. p. 4.

base de um sistema, e que condiciona as estruturas subsequentes, garantindo-lhes validade”.¹⁴

Desta mesma forma, as provas são regidas por diversos princípios como o Princípio da Auto Responsabilidade, da Oralidade, da Comunhão da Prova, do Contraditório, do Livre Convencimento, da Liberdade Probatória e o da Vedação das Provas Obtidas por Meios Ilícitos.

O Princípio da Auto Responsabilidade determina que cada uma das partes é responsável pelas consequências por suas ações e omissões na produção das provas, em função da faculdade processual da produção de provas pelas partes.¹⁵

O Princípio da Oralidade, dá-se normalmente pela prevalência da produção de provas orais¹⁶, e prevalecendo esta sobre a prova escrita.¹⁷

O Princípio da Comunhão da Prova, “significa que a prova, ainda que produzida por iniciativa de uma das partes, pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, [...]”.¹⁸

O Princípio do Contraditório, “produzida a prova, a parte *ex adversa* tem o direito constitucional de poder manifestar-se sobre ela; se produzida pelo Juiz, sobre ela têm as partes o direito não só de tomar ciência da sua produção como, também, o de se pronunciar sobre ela”.¹⁹

O Princípio do Livre Convencimento acarreta a livre persuasão do magistrado em seu julgamento, referente à valoração das provas, desde que devidamente fundamentada.²⁰

O Princípio da Liberdade Probatória zela pela liberdade na produção de provas, ainda que de ofício, na busca da verdade real dos fatos.²¹

O Princípio da Vedação das Provas Obtidas por Meios Ilícitos resguarda a garantia constitucional do inciso LVI do artigo 5º da CRFB/88, onde nenhuma

¹⁴ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2009. p. 6.

¹⁵ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2009. p.6.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218.

¹⁷ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2009. p.6.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p.345.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3. 2009. p. 218.

²⁰ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2009. p.6.

²¹ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**: teoria e interpretação dos tribunais superiores. 2009. p.6.

pessoa poderá ser condenada com fundamento em prova ilícita, matéria que será abordada com maior enfoque neste artigo.²²

2 PROVAS ILEGAIS

As provas como analisado acima, mostram-se ser o alicerce de uma justiça concreta e eficaz, justamente por serem o guia da verdade material, dentre as inúmeras alegações supostamente verídicas lançadas ao julgador pelas partes.

Na esfera penal as provas adquirem relevância maior ainda como já salientado, visto que elas formam a base para o magistrado expor sua decisão, a qual deve vir totalmente fundamentada nas provas produzidas, caso não haja provas contundentes, restara à absolvição.

Consequência esta, abordada por Carnelutti que, entre condenar um inocente, ou absolver um culpado, o mal menor deve preponderar sobre os demais, o qual até os dias atuais é de absolver um culpado, a condenar um inocente.

[...] não se pode pronunciar uma condenação penal contra alguém sem estar certo de sua culpabilidade, [...]; mas é igualmente injusto também absolvê-lo sem a certeza de que não tenha cometido o delito [...]. Em todo caso, no caso de incerteza, corre-se o risco de cometer uma injustiça.²³

Nesta busca incessante de provas para chegar-se na verdade e afastando assim a probabilidade, são utilizados os mais variados meios para a produção de provas, justamente por tratar-se sobre questão de garantia da liberdade do indivíduo.

Contudo, esta permissão probatória das partes, terceiros e juízes devem respeitar certos parâmetros morais e legais para o seu devido aproveitamento processual, sendo, portanto limitada.

O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório[...], não é absoluto, encontrando limites. [...]

Uma outra ordem de consideração também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.²⁴

²² PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p.6.

²³ CERNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 2001. p. 56.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.145-146.

A investigação do fato criminoso deve obedecer a uma série de regras preestabelecidas, seja de cunho processual ou material, observando a proteção em prol da defesa social, assim não aceita-se mais uma investida de aplicação da pena a qualquer modo, utilizando-se de provas que vão totalmente contra a moral e as Leis, pois na busca de uma verdade verídica, é necessário utilizar-se de métodos morais e legais para chegar-se a esta finalidade, especialmente na obtenção das provas, que serão a base da fundamentação judicial, neste sentido: “[...] o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo”.²⁵

Do ponto de vista da defesa social, o correto seria a utilização de qualquer meio ou prova como liberdade para o juiz penal realizar a pretensão punitiva do Estado, fazendo com que a obtenção da justiça na busca da verdade sobressaísse perante a liberdade individual.

[...] o juiz penal, diversamente do juiz civil, deveria ser dotado de poderes ilimitados, para efeito do acerto dos fatos, porque a descoberta da verdade, obtida de qualquer forma, é a premissa indispensável para alcançar o escopo “defesa social”.²⁶

O poder ilimitado do juiz não condiz com a realidade, já que a verdade material deve dar-se pela influência das partes exercida sobre o processo, e assim não propiciando uma verdade absoluta “do juiz”, obtida independentemente dos demais, mas em um processo que demonstre uma verdade judicial, através de mecanismos e atos válidos processualmente.

Vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei. A atitude do Juiz no cível, doutrina Dellepiane, é, em certo modo, passiva, e a prova reveste, então, o caráter de uma confrontação. No juízo criminal é diferente. Não se achando em presença de verdades feitas, de um acontecimento que se lhe apresenta reconstruído pelas partes, está obrigado a procurar, por si mesmo, essas verdades.

Apesar disso, os códigos de Processo Penal, em sua maioria, estabeleceram restrições quanto à prova. Não vigora, como se poderia pensar, o absoluto princípio da liberdade de prova.²⁷

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.146.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.148.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3. 2009. p. 220.

Havendo esta limitação que restringe a obtenção das provas para instruir o processo penal e posteriormente à fundamentação da decisão, tudo que é legalmente inadmissível, e que direcione contra o ordenamento jurídico como um todo é vedado a participar como prova no processo.

Caso ocorra de provas serem obtidas com violação a Lei ou algum destes outros direito implícitos ou explícitos, serão automaticamente provas ilícitas, vedada a sua utilização e proibida de instruir qualquer ato processual: “[...] a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais”.²⁸

Segundo Nucci o conceito de ilicitude das provas possui dois sentidos, um restrito e outro obviamente amplo: “O conceito de ilícito advém do latim (ilicitus = il + licitus), possuindo dois sentido: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito”.²⁹

Neste aspecto podemos dizer que as provas ilegais são divididas em duas categorias: as processuais denominadas provas ilegítimas, e as materiais chamadas de provas ilícitas ou propriamente ilícitas³⁰, igual entendimento tem Nucci: “[...] as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual”.³¹

Portanto se a prova for ilegítima, ou seja, no âmbito processual ela terá sido ilegitimamente produzida, exemplo, o testemunho de profissionais devidamente protegidos pela lei, que estão impedidos de testemunhar sobre o sigilo de sua profissão, como médicos e advogados: “Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima”.³²

Caso sua ilegalidade ocorra na natureza material da prova durante sua produção, esta terá sido ilicitamente obtida, como exemplo a confissão do crime mediante tortura, invasão de domicílio, entre outros.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.149.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 353.

³⁰ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 11.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 353.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 345.

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, que violem normas de Direito [...], bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais.³³

A inadmissibilidade das provas ilícitas é garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LVI, e foi inserida com modificações pela Lei nº 11.690 de 2008 ao Código de Processo Penal, pela nova redação do artigo 157.

Art. 5º [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos,³⁴

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.³⁵

Observa-se que no texto constitucional o legislador não materializou o conceito de provas obtidas por meios ilícitos, apenas legislou a sua inadmissibilidade no processo. Então a doutrina como já salientado dividiu as provas ilegais em: provas ilegítimas (direito processual) e provas ilícitas (direito material).

Porém com a nova redação do Código de Processo Penal novamente unificou as provas ilícitas em uma espécie apenas, sejam elas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais, englobando tanto as de direito processual como de direito material em uma única terminologia, provas ilícitas.

3 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Conceituada a prova ilícita, e constituída a regra geral para a mesma como a sua total inadmissibilidade para o processo, faz-se necessário agora analisar as exceções à regra geral, e assim, observar se existe alguma possibilidade de tais provas ilícitas serem aceitas a instruir a fundamentação processual de uma sentença penal condenatória.

Iniciando pelas excepcionalidades devidamente regulamentadas por lei, como exemplo o inciso XII do art. 5º da CRFB/1988, que determina a garantia

³³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 345-346.

³⁴ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso: 20.10.2011.

³⁵ BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso:20.10.2011.

constitucional da inviolabilidade das correspondências, comunicações telegráficas e das telefônicas.

Art. 5º [...] XII - é inviolável o 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;³⁶

A regra geral do artigo retro é da inviolabilidade dos sigilos apresentados, ou seja, a referida inviolabilidade pressupõe um direito material constitucional, que se violado ensejará na ilicitude das provas produzidas. Entretanto a parte final do artigo aplica uma excepcionalidade à regra, determinando a possibilidade de quebrar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, resguardando estas hipóteses aceitáveis de violabilidade mediante lei.

O dispositivo legal regulamentador do exposto acima é a Lei 9.296/1996. De certa forma as excepcionalidades para a admissão de provas ilícitas, que são regulamentadas por lei, não ensaiam relevantes problemáticas, ao menos até que sejam devidamente regulamentadas, visto que se é determinada a regulamentação por lei, e esta ainda não foi criada, automaticamente a lei anterior sobre a referida matéria ainda será vigente, pelo seu caráter de permissão sobre uma norma restritiva.

O problema está nas definições de admissibilidade que não decorrem da regulamentação por lei, nesta definição vejamos o § 1º do art. 157 do CPP:

São 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 uma fonte independente das primeiras.

Relativo à possibilidade de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, em sua essência rege o Princípio da Vedação das Provas Ilícitas, todavia foram formadas duas correntes distintas. Os que defendiam massivamente a inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilegal; e os doutrinadores que defendiam a possibilidade da sua admissibilidade frente à busca da verdade real ou material pelo juiz, em prol da defesa social, sendo que o indivíduo que produziu a prova ilícita seria devidamente penalizado pelo seu ato.³⁷

³⁶ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso: 20.10.2011.

³⁷ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 27.

Com a modernidade do Direito surgiu uma terceira corrente, que englobou ambas as correntes supra, e originou um misto, onde a regra geral cresce da inadmissibilidade das provas ilícitas, mas resguardando a exceção como a possibilidade da prova ilícita ser admitida no processo dependendo de cada caso, como aborda Leandro Cadenas Prado: “Trata-se do uso temperado dessas duas correntes, tendo como regra a impossibilidade do uso das provas ilícitas, mas com exceções, de acordo com o princípio da proporcionalidade [...]”.³⁸

Porém, antes de entrar no critério de proporcionalidade entre a prova ilícita e valores da defesa social, a seguir será demonstrado como fica a situação das provas obtidas por derivação das ilícitas, a fim de ver se esta derivação absorve ou não a ilicitude da prova original.

3.1 Princípio dos Frutos da Árvore Envenenada

Originária dos Estados Unidos e adotada desde 1914 na Suprema Corte americana³⁹, a teoria dos frutos da árvore envenenada consiste que, se a árvore está envenenada, qualquer fruto proveniente desta mesma árvore será afetado pelo veneno, assim o fruto também restará envenenado e (incomestível) para o processo.

Trazendo o conceito retro na linguagem jurídica, ocorre que, toda prova lícita produzida a partir de uma prova ilícita anteriormente constituída, adquire a sua ilicitude e tornasse também uma prova ilícita por derivação.

[...] quando a prova originária é ilícita, ilícita também será a dela derivada, em vista de sua contaminação. Assim, diz-se que há ilicitude por derivação. A prova é lícita por si só. Como exemplo, cite-se um documento qualquer, que, em regra geral, se consubstancia numa prova lícita. No entanto, se tal documento foi obtido através de uma busca domiciliar não autorizada, torna-se ilícito por derivação, e não poderá ser utilizada no processo.⁴⁰

Portanto, se uma prova deriva de outra produzida ilicitamente a primeira herdará sua ilicitude, todavia se não existe nexos causal entre a prova ilícita e a derivada, ou se a prova derivada puder ser obtida através de meios independentes da ilícita, estas não serão consideradas ilícitas, como regula o novo texto do CPP.

Art. 157 [...]

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e

³⁸ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 30.

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3. 2009. p. 244.

⁴⁰ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 31.

outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.⁴¹

A ressalva supra, sobre a possibilidade de admitir provas derivadas no processo penal, vinham sendo debatidas pela doutrina há tempos como demonstra-se a seguir.

[...] excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em independente source e, no segundo, na inevitable Discovery. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.⁴²

Desta maneira, quando não houver o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, esta segunda não absorve a ilicitude da primeira, visto que a causa da ilicitude da primeira prova (ilícita) não conduziu na produção da segunda prova (derivada), já que a ilicitude da prova originária não resultou como efeito para a produção da segunda.

Nucci aborda o tema determinando a exceção de conexão como sendo:

[...] inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a prova acoimada da derivada da primeira. É possível que determinada prova seja apontada por qualquer das partes como derivada de outra, considerada ilícita. [...] observa-se que não existe nexo de causa e efeito entre elas. Por isso, não se pode desentranhar a denominada prova derivada.⁴³

No tocante ao supracitado tem-se o seguinte exemplo do autor:

Ex.: afirma-se que a apreensão do objeto furtado somente se deu em razão da confissão do indiciado, extraída sob tortura. Seria a referida apreensão uma prova ilícita por derivação. Ocorre que, pela data do auto de apreensão, constata-se originar-se antes da medida assecuratória e, somente depois, o indiciado confessou a prática da infração.⁴⁴

⁴¹ BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso: 22.10.2011.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.154.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 361.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 361.

Referente à exceção por meio de fonte independente, caracterizasse pelo fato de que a sua produção seria obtida independentemente ou não da produção antecipada da prova ilícita, “nesse caso, a prova que deriva da prova ilícita originária seria inevitavelmente conseguida de qualquer outro modo”⁴⁵, como bem leciona a doutrina.

[...] prova separada (ou fonte independente): significa que a prova obtida aparenta ser derivada de outra, reputada ilícita, porém, [...] deduz-se que ela seria conseguida de qualquer jeito, independentemente da produção da referida prova ilícita.⁴⁶

Seguindo o exemplo de Nucci, podemos determinar um caso da seguinte forma:

Exemplificando: o indiciado confessa, sob tortura e indica onde estão guardados os bens furtados. Enquanto determinada equipe policial parte para o local de modo a realizar a apreensão, ao chegar, depara-se com outro time da polícia, de posse de mandado de busca, expedido por juiz de direito, checando e apreendendo o mesmo material.⁴⁷

Sob este aspecto, referente ao princípio do fruto da árvore envenenada, a regra geral é pela igual inadmissibilidade das provas que forem produzidas com base em prova ilícita, mesmo que esta prova derivada seja lícita, acabará por ser contaminada pela ilicitude da que lhe originou.

Salvo, na excepcionalidade de não haver uma relação de causa e efeito, entre a primeira prova ilícita e a segunda prova lícita, ou está segunda prova lícita for totalmente independente da prova ilícita, podendo aquela ser produzida sem que a prova ilícita originária tivesse sido descoberta.

3.2 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade também atua como um critério de excepcionalidade para afastar a ilicitude da prova, impossibilitando assim a sua vedação ao processo penal, e uma prova que no primeiro momento era ilícita tem sua ilicitude ou antijuridicidade excluída, passando ao status de prova lícita.⁴⁸

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 355.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 361.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2009. p. 361.

⁴⁸ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 31.

Conforme conceito apresentado por Leandro Cadenas Prado o princípio da proporcionalidade:

[...] tem como base o equilíbrio, a proporcionalidade entre valores contrastantes. Dessa forma, o princípio da vedação às provas ilícitas não deve ser visto como absoluto, sendo excepcionalmente relevado, sempre que estiver em jogo um valor significativo, podendo um princípio de menor importância ceder a um de maior relevância social.⁴⁹

Diante do entendimento doutrinário e jurisprudencial o princípio da proporcionalidade deve vir sustentado a partir do princípio da razoabilidade, pois mesmo que numa primeira impressão possa apresentar riscos a sua utilização, haverá casos que a única forma de impossibilitar uma injustiça ainda maior, será se utilizando deste princípio.⁵⁰

Sobre a visão processual penal o princípio da proporcionalidade tem-se dois extremos, um que vem respaldado pelo princípio do “favor rei”⁵¹; e outro defendendo a sua aplicabilidade em favor da sociedade, se sobrepondo as garantias individuais pela relevância de um bem maior, o da defesa social.⁵²

3.2.1 Proporcionalidade “favor rei”

O princípio da proporcionalidade para a admissão de provas ilícitas para beneficiar o réu, que vem amparada pela posição praticamente unânime, mesmo que a prova ilícita tenha sido colhida pelo próprio acusado, estaria este resguardando o seu direito, eliminando a ilicitude mediante causas legais, como a legítima defesa.⁵³

A doutrina destaca como um direito de defesa constitucional, para beneficiar o réu com a admissibilidade da prova ilícita.

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio favor rei.

⁴⁹ PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2009. p. 31.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.152.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.153.

⁵² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 349.

⁵³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 2003. p. 67.

Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.⁵⁴

Estas provas obtidas por meios ilícitos segundo Capez, não caem na vedação das provas ilícitas, já que esta inadmissibilidade “[...] não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas.”⁵⁵. Desta forma, não há impedimento legal para “[...] 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, [...]”⁵⁶

3.2.2 Proporcionalidade “pro societate”

No instante que o princípio da proporcionalidade é voltado para o bem social, este sobrepesa como um princípio de relevância na defesa da sociedade, que como consequência se sobrepõe ao individual, colocando de lado as garantias individuais e excluindo a ilicitude da prova.

Neste ponto Capez compartilha a possibilidade que:

[...] segundo o qual não existe propriamente um conflito entre garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.⁵⁷

No entanto é uma questão de grande complexidade no ordenamento jurídico processual, já que cabe à arbitrariedade do julgador em ponderar uma relevância superior benéfica a coletividade, em detrimento de um direito do indivíduo contraposto.

A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores constantes envolvidos.⁵⁸

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.153.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 351.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 349.

⁵⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 349.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

Fernando Capez⁵⁹ utiliza como exemplo a violação da correspondência do criminoso traficante, que envia cartas a chefes do narcotráfico internacional, o qual possui ramificações com o crime organizado. Seria juridicamente mais relevante assegurar um direito individual de violação a correspondência do criminoso, ou o resguardo ao princípio da dignidade humana, e assim assegurando o direito à vida de milhares de crianças e jovens, que seriam afetados por este meio de comunicação utilizado para cometer crimes e para a distribuição internacional de entorpecentes.

Exemplo retro poderia ser plenamente utilizado para a admissibilidade de uma interceptação telefônica ilícita, ou seja, que não foi concedida legalmente, através do princípio da razoabilidade, em função da relevância de princípios coletivos, que não podem ser deixados na total escuridão protetiva do Estado, pelo simples conflito com direito de determinado indivíduo.

Finalizando, Ada Pellegrini, Antonio Scarance e Magalhães Gomes Filho destacam a possibilidade de utilizar-se o princípio da proporcionalidade em benefício da sociedade como:

[...] instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situação tão extraordinária que levaria a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.⁶⁰

Seria como não condenar um traficante que foi surpreendido e preso com mais de uma tonelada de entorpecente, e colocando-o em liberdade, pelo simples fato dos policiais terem ido até o local mediante uma interceptação telefônica ilegal, neste caso deve prevalecer à lógica e condená-lo por um bem social maior ao próprio indivíduo. Contudo cada caso deve ser julgado de forma única, levantando todas as possibilidades e relevâncias possíveis entre os conflitos apresentados, e como cada magistrado tem uma discricionariedade própria, nem todos os casos serão entendidos e julgados de igual forma ou da melhor maneira possível.

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 2006. p.152.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo científico foi demonstrar as possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Desta forma, foram feitas considerações sobre a importante função da prova na eficácia do processo em geral. Em seguida foram expostos os motivos que fazem das provas serem a alma do processo penal, desde o seu início, tendo como ponto principal, o papel motivador da fundamentação jurídica que o julgador deve expor nas suas decisões.

Ficou evidenciado que a regra geral é para a inadmissibilidade de quaisquer que sejam as provas ilícitas, conforme regulamenta o art. 5º, inciso LVI da CRFB e o art. 157, caput do CPP, salvo este último, caso presentes os requisitos da exceção.

As provas ilícitas por derivação sofrem interferência pelo Princípio do Fruto da Árvore Envenenada, que exclui do processo qualquer prova lícita produzida a partir de uma prova ilícita anteriormente produzida. Todavia ficaram evidentes as duas formas de admissibilidade no presente caso. Primeiro pela falta de nexo causal da prova ilícita com o efeito de produção da prova lícita; e segundo, pela independência da prova lícita, ao fato que esta seria produzida sem mesmo a ilícita existir.

No que toca a admissibilidade da prova ilícita de acordo com o Princípio da Proporcionalidade, temos duas situações, a proporcionalidade “favor rei” que, em benefício ao acusado admite para o processo na caracterização da inocência toda e qualquer prova ilícita, inclusive a produzida pelo próprio acusado como matéria de defesa.

Porém, quando este princípio é voltado em “pro societate”, admitindo assim a utilização da prova ilícita em proteção aos direitos da sociedade e se sobrepondo aos do indivíduo, é necessário levar em consideração os valores e princípios referentes ao caso, para verificar se ocorrerá uma injustiça descarada, aproveitando-se desta maneira a prova ilícita no processo penal.

Comporta então a admissibilidade da prova ilícita no processo penal, desde que tomadas todas as precauções levantadas aqui, e devidamente enquadradas nas hipóteses demonstradas, seja em virtude da lei ou princípios.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso: 20.10.2011.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso: 20.10.2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **Da prova e do processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 2. ed., rev. e atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: 3. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.