

A admissibilidade da prova ilícita no processo penal

Autore: Kenia Ferreira Adania

In: Diritto brasiliano

RESUMO

No decurso deste trabalho será analisado o instituto da prova no processo penal e sua aplicabilidade sob a ótica constitucional. Inicialmente a abordagem será direcionada a teoria geral da prova no processo penal, com ênfase nas principais características, conceitos e classificações. Faz-se necessário destacar os posicionamentos de doutrinadores e da jurisprudência quanto à diferença entre provas ilegítimas e ilícitas. Para alguns doutrinadores a prova ilegítima deve ser eliminada dos autos, por ter sido produzida em desrespeito as normas processuais, porém não é o entendimento que prevalece, já que outros doutrinadores com amparo na jurisprudência defendem a tese de que provas produzidas em discordância com o ordenamento processual, podem ser refeitas, exceto quando ficar demonstrado o real prejuízo para as partes. No tocante as provas ilícitas, essas são obtidas alanceando os preceitos constitucionais, devendo ser extirpada do processo, conforme preceitua o art. 157 do Código Processo Penal. Contudo, este entendimento não é absoluto, doutrina e jurisprudência tem relativizado sua aplicação em algumas hipóteses, por entender que o réu frente ao aparato que o Estado detém para produção de provas, é considerado “inferior”, e ao produzir provas ilícitas para provar sua inocência, para uns doutrinadores sua conduta exclui a ilicitude, para outros a culpabilidade, tese que merece cautela no momento da sua apreciação. Em um aspecto mais específico, serão abordadas as teorias que complementam o entendimento de provas e sua aplicabilidade, sendo elas: Teoria dos frutos da árvore envenenada, Teoria da fonte absolutamente independente, Teoria da descoberta inevitável, Teoria da limitação da mancha purgada, Exceção da boa-fé e Teoria do encontro fortuito de provas. E por fim, será apreciada minuciosamente a espiritualização das provas ilícitas na atualidade, apresentando seus aspectos positivos, em consonância com o princípio da ponderação.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal, prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegal, teoria dos frutos da árvore envenenada, prova ilícita por derivação, teoria da descoberta inevitável, teoria do encontro fortuito de provas, admissibilidade da prova ilícita, princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

In the course of this study will analyze the evidence of the institute in criminal proceedings and their applicability under the constitutional perspective. Initially the approach will be directed to the general theory of evidence in criminal proceedings, with emphasis on key features, concepts and classifications. It is necessary to highlight the positions of legal scholars and case law on the difference between illegitimate and illegal evidence. For some illegitimate proof scholars should be removed from the file, to have been produced in breach of the procedural rules, but it is not the understanding that prevails, as other scholars with support in case law support the thesis that evidence at variance with the order procedural, can be rebuilt, except when it is shown the actual loss to the parties. Regarding the illegal evidence, these are obtained modify the constitutional provisions and should be rooted out of the process, as provided in art. 157 of the Criminal Procedure Code. However, this understanding is not absolute, doctrine and jurisprudence has relativized its application in some cases, understanding that the defendant against the apparatus that the state has to produce evidence, is considered "inferior" and to produce illegal evidence to prove his innocence, to some scholars their conduct excludes unlawfulness, for others the guilt thesis that deserves caution at the time of assessment. In a more specific aspect, the theories will be addressed that complement the understanding of evidence and its application, namely: theory of the fruits of the poisoned tree, Theory absolutely independent source, theory of inevitable discovery, theory of limiting purged spot, Exception good faith and Theory of the chance encounter of evidence. Finally, it will be thoroughly appreciated the spiritualization of illegal evidence at the present time, with its positive aspects, in line with the principle of weighting.

KEYWORDS: criminal prosecution, unlawful evidence, illegal evidence, illegal evidence, theory of the fruits of the tree poisoned, illegal evidence by derivation, theory of inevitable discovery, theory of chance encounter of evidence, admissibility of illegal evidence, the principle of proportionality

1. Introdução

O presente trabalho tem como ponto primordial análise das provas no processo penal, em especial as provas ilegítimas e/ou ilícitas e sua aplicabilidade. De forma ampla e geral será apresentado os princípios aplicáveis no momento da reprodução das provas e posicionamentos doutrinários acerca da matéria debatida.

Inicialmente cumpre esclarecer os posicionamentos doutrinários sobre a diferença entre provas ilegítimas e ilícitas, para alguns doutrinários a prova ilegítima são aquelas produzidas alanceando as normas

processuais, enquanto que as normas ilícitas pressupõe uma violação ao direito material e processual, sendo a principal diferença é que na segunda, a violação pode ocorrer na fase extrajudicial e judicial, e tem como consequência seu desentranhamento dos autos.

Doutrina minoritária entende que a nova redação dada ao artigo 157 do Código de Processo Penal, sana qualquer distinção entre as provas ilegítimas e ilícitas, em razão de que aplicam o mesmo efeito a ambas, devendo ser desconsideradas e extirpadas dos autos.

O ponto central da abordagem deste trabalho é detalhar a essência da prova, e quando pode ser apreciada valorativamente no processo penal, mesmo considerando-a ilícita. É perfeitamente possível sua aplicação em casos excepcionais, por ser o único meio capaz de levar a formação do convencimento do juiz sobre a verdade real, mas ressalta-se que trata de exceção, que para ser aplicada deve analisar criteriosamente a necessidade no caso concreto.

O alicerce para explicar a aplicação da prova ilícita no processo penal é previsto em diversas teorias, dentre elas teoria do fruto da árvore envenenada, teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade) e teoria da proporcionalidade, com uma análise criteriosa dos meios que foram empregados na sua produção, ponderando na hipossuficiência do réu comparado com a estrutura do Estado, porém, reforça-se que a prova ilícita é absolutamente descartável caso comprove a incompatibilidade com os preceitos fundamentais.

Em suma, é indispensável que a persecução penal seja amparada com provas incisivas, para alcançar o fim almejado, objetivando punições justas, atendendo o mandamento constitucional, mesmo que para esta finalidade utilize provas ilícitas, pois há o dever em punir, entretanto, com “JUSTIÇA”!

2. Conceitos e diferenças de provas ilícitas e ilegítimas

O conceito de prova no âmbito jurídico se baseia em levantar dados e elementos de como foram praticados e quais os meios utilizados para a produção de determinado resultado no mundo real, com o fim de reconstruir os fatos e influir no convencimento do juiz para que este possa decidir a sorte do réu.

Nas palavras de Renato Brasileiro[1] “identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa”.

Na visão de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar[2], a parte:

[...]objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos.

Contudo somente o que é essencial e relevante para resolver a demanda que deverá ser demonstrado para viabilizar o julgamento, uma vez que o direito, como regra, não precisa ser provado. Apenas as legislações mais especiais, como por exemplo, uma legislação municipal, consuetudinária ou até mesmo alienígena deverá se provar a existência e vigência nos autos.

Os fatos notórios, também classificados como verdade sabida, que são os de domínio de grande parte da população local, não carecem de ser provados no processo, assim como os fatos axiomáticos ou intuitivos independem de ser provados, pois estes se auto demonstram por si sós.

Deve se atentar também para a diferenciação entre as provas e os elementos de informação, pois aqueles, como dito anteriormente são utilizados para a livre apreciação do juiz e produzidos, em regra, no curso da ação penal, com a aplicação dos princípios da ampla defesa e contraditório e participação das partes interessadas na lide. Embora as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis possam ser produzidas em momento anterior à ação penal, o contraditório e a ampla defesa poderão ser diferidos e aplicados posteriormente no curso da ação penal.

Já os elementos de informação são aqueles colhidos pelo meio inquisitório, típico da fase de investigação criminal pela polícia judiciária, não sendo necessário a participação das partes nos atos e, dispensável o contraditório e ampla defesa. Nas palavras de Brasileiro[3]:

[...]elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Dito de outro modo, em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que, nesse momento, ainda não há falar em acusados em geral, na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal . Não obstante, tais elementos informativos são de vital importância para a persecução penal, pois podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado, bem como auxiliar na formação da opinio delicti do órgão da acusação.

Cabe ressaltar que o magistrado não poderá fundamentar a sentença somente em elementos de informação, pois, como dito anteriormente estes são produzidos sem a observância do contraditório e ampla defesa, o que seria uma afronta ao preceito no art. 5º, LV, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

2.1. Diferenças entre provas ilegítimas e provas ilícitas

A busca pela prova sofre limitações pelo Código Processo Penal, bem como pela própria Carta

Magna através de suas garantias, além do seu art. 5º, LVI, que diz: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Nesta feita, o Estado deve velar pelo due processo of law no que tange a obtenção de provas, seguindo categoricamente os procedimentos estipulados pelo Código Processo Penal e demais Leis Especiais, sob pena de ser punido com a anulação da prova obtida ilicitamente e o seu desentranhamento do processo. Bem explanador em seus dizeres, Távora[4] explica que:

O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito a legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

Seria um tanto contraditório se, para obter elementos probatórios para instruir uma ação penal para apurar um ilícito penal, que o Estado pudesse cometer outros ilícitos penais violando direitos e garantias de seus cidadãos. Para tanto então vejamos as diferenças e divergências doutrinárias acerca das provas ilegítimas e ilícitas.

2.1.1. Provas ilegítimas

Serão consideradas ilegítimas, as provas obtidas com violação da norma de direito processual, ou seja, quando no momento de sua aplicação não se observou o procedimento determinado no ordenamento jurídico. Como exemplo de prova obtida ilegitimamente suponhamos que ao colher o depoimento de uma testemunha em audiência, o magistrado esqueça de compromissá-la a dizer a verdade, incorrendo assim em violação do art. 203 do Código Processo Penal, o qual determina um dever ao juiz a compromissar a testemunha antes de realizar sua oitiva.

Outro exemplo seria se, no Tribunal do Júri, o Promotor de Justiça inovasse nos autos apresentando objetos em plenário, sem que estes estivessem efetivamente juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias e com a ciência da parte contrária, afrontando assim o disposto no Art. 479 do CPP.

Apesar de divergência doutrinária, a qual alguns apontam que as provas ilegítimas deveriam ser desentranhadas do processo por violação ao devido processo legal, por entender que diante do silêncio da lei, a redação do Art. 157 do CPP, tratou-as também como sendo ilegais, e deveriam ter o mesmo tratamento que estas. Este é o entendimento de Távora e Alencar[5] que expuseram em sua obra:

Alheia a classificação doutrinária, a Constituição Federal não fez referência distintiva entre provas ilícitas e ilegítimas, e tão pouco seria papel do legislador constituinte fazê-lo, sendo que a Lei nº 11.690/2008, que imprimiu a reforma no sistema probatório brasileiro, também não fez qualquer diferenciação, reputando na nova redação dada ao art. 157, caput, como ilícitas aquelas provas obtidas em violação a normas de caráter constitucional ou infraconstitucional, que por consequência, devem ser desentranhadas

dos autos. Evita-se dessa forma, a perpetuação no tempo dos efeitos deletérios que a prova ilícita pode causar. Detectando-se o vício na prova enquanto tal ou no procedimento de confecção, deve o magistrado, ouvindo as partes, determinar que ela seja desentranhada, e uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes acompanhar tal expediente.

Embora respeitável o entendimento dos doutos doutrinadores, outros discordam deste posicionamento, vez que o art. 157, caput, faz menção somente as provas obtidas de maneira ilegal, e tal artigo deve ser interpretado de maneira restritiva, sendo apenas as ilícitas desentranhadas do processo e às produzidas em desacordo com os procedimentos legais deverão ser aplicados as regras da teoria das nulidades. Este é o entendimento de Grinover, Gomes Filho e Fernandes[6] ao citar em seu livro:

[...]não parece ter sido a melhor a opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela 'obtida em violação a normas constitucionais ou legais' (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, caput, do CPP.

Esta é a posição a qual nos filiamos, uma vez que se assim não fosse, um pequeno erro no procedimento da obtenção da prova ensejaria em sua ilegalidade e a sua extirpação do processo, o que ocasionaria o favorecimento da parte ré que já é beneficiada com o princípio da dúvida, e uma extrema onerosidade a parte processante a qual já é incumbida a árdua missão de identificar e produzir as provas, e muitas vezes os erros nos procedimentos da produção da prova podem ser anulados e renovados sem prejuízo algum para o processo ou para as partes, garantido assim uma maior fidelidade com a verdade real dos fatos.

A nulidade da prova ilegítima pode ser absoluta ou relativa, sendo que aquela, pelo fato do prejuízo ser sempre presumido, poderá ser arguida em qualquer momento do processo desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, salvo quando se tratar de sentença condenatória ou absolutória imprópria, utilizando-se para tanto dos instrumentos da revisão criminal ou habeas corpus. Já quanto à nulidade relativa, para não sofrer os efeitos da preclusão, esta deverá ser indagada em momento oportuno, incumbindo a parte prejudicada demonstrar o prejuízo sofrido. No entanto, se precluso o prazo para arguir a nulidade relativa, ou se não for demonstrado o prejuízo para a parte que a solicitou, a prova ilegítima após sanada, poderá ser usada tanto para a acusação quanto para a defesa. Do contrário, se a nulidade relativa for reconhecida, a prova não poderá ser utilizada por nenhuma das partes.

2.1.2. Provas ilícitas

Quanto às provas obtidas de maneira ilícita, estas são produzidas com violação ao direito material ou processual, seja penal ou constitucional. A prova ilícita pressupõe uma violação no momento de sua colheita que é antes ou concomitante ao processo, e ao contrário do que acontece na prova ilegítima, ocorre de forma externa ao processo penal.

Elucidador é o exemplo de prova obtida ilicitamente citado por Renato Brasileiro[7] em seu manual ao expor que “se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.”. Diversos são os exemplos de provas ilícitas, v.g. como a interceptação telefônica obtida sem autorização judicial (art. 10 da Lei nº 9.296/1996), as obtidas mediante violação injustificada de domicílio (art. 5º, XI da CF/88), quando ocorre a violação da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem (art. 5º, X da CF/88) ou a confissão do acusado obtida em audiência sem que seja advertido quanto ao seu direito ao silêncio pelo magistrado (art. 5º, LXIII da CF/88).

As provas que violarem direitos fundamentais, também deverão ser desentranhadas do processo conforme apregoa o Art. 157, caput, do CPP, o qual diz que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". E poderão ser inutilizadas por decisão judicial, facultando as partes acompanharem o incidente, devendo-se, no entanto observar a preclusão da decisão de desentranhamento.

E as provas que são obtidas em derivação da apuração ilegal de fatos probatórios deverão prosperar no processo ou também desentranhadas? Acerca da divergência doutrinária sobre o tema abriremos tópico específico neste trabalho.

3. Casos de (in)admissibilidade da prova ilícita no processo penal

Visto o conceito de prova bem como das diferenças das ilegítimas com as ilícitas, faremos agora uma análise sobre a admissibilidade (ou não) das provas no processo penal, bem como as teorias que sustentam o posicionamento dos doutrinadores e aplicação pelos Tribunais no Brasil.

3.1. Das provas ilícitas por derivação (teoria dos frutos da árvore envenenada)

Também são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo, as provas lícitas, mas que foram produzidas a partir de outra ilegalmente produzidas, são denominadas pela doutrina e jurisprudência de provas ilícitas por derivação, provenientes da teoria dos frutos da árvore envenenada, tal tese é oriunda da jurisprudência norte americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. No Brasil, a referida teoria foi aceita somente na década de 90, quando o Supremo Tribunal Federal passou a admiti-la nos seus julgamentos. Ratificando o entendimento desta corte, em 2008, entrou em vigor da Lei 11.690, que alterou o art. 157 do CPP, tal teoria foi positivada no parágrafo primeiro deste

artigo, que assim aduz: “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”.

Como exemplos dados pela doutrina de provas derivadas das ilícitas, podemos citar Fernando Capez[8] o qual assevera que:

No caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem.

Interessante também foi o julgado da 2ª Turma do STF, no HC 90.298/RS do Relator Ministro Cezar Peluzo, julgado em 08/09/2009[9] o qual exponho abaixo:

A título de exemplo de aplicação da referida teoria, em recente caso concreto apreciado pela 2ª Turma do Supremo, considerou-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado judicial, de dados bancários de acusado, do que derivou a contaminação das demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal. Na visão do Supremo, o fato de o acusado ter confessado posteriormente não seria suficiente para que fosse mantida sua condenação, já que a referida confissão surgira como efeito da prova ilícitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia e ilegal do sigilo bancário. Concluiu-se, assim, que a palavra do acusado, como meio de prova, também padeceria de ilicitude, agora por derivação.

Tal julgado suscita as teorias de limitação da prova ilícita por derivação, que também estão positivadas na parte final do parágrafo primeiro do art. 157 do Código de Processo Penal, quais sejam

Teoria da fonte absolutamente independente: se existirem provas outras no processo que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originalmente ilícita, não há de se falar em contaminação, nem na aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados, e conseqüentemente a prova seria então lícita e totalmente aceita na instrução.

Tal teoria está exposta no art. 157, §2º do CPP e trás a definição que o legislador fez acerca de tal teoria segundo o qual “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”. Tal norma explicativa também faz alusão à teoria da descoberta inevitável quando aduz que “seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, que será estudada a seguir.

Teoria da descoberta inevitável: se por atos de investigação válidos a prova derivada seria conseguida de qualquer maneira, tal prova deve ser considerada para a apreciação do convencimento do juiz na sentença. Para tanto é preciso demonstrar através de elementos concretos de prova que a descoberta seria inevitável e assim produzida de qualquer modo.

Como exemplo, não se deve reconhecer como ilícita as declarações de testemunha que foi descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras testemunhas de fato, não vinculadas à interceptação. Deste situação é possível aludir que mesmo que a interceptação não existisse, a testemunha seria revelada pelas declarações das demais. A interceptação acabou não sendo decisiva para o descobrimento dessa pessoa, que inevitavelmente figuraria como testemunha, já que as demais a indicaram como tal.

É importante frisar também, através dos ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar[10] que:

Se houve contribuição efetiva, o vínculo de contaminação estará integralizado. Ademais, não acreditamos que bastaria o simples fato de a prova derivada poder ser descoberta de uma outra maneira para a ilicitude estar afastada. Uma conclusão de tal ordem é por demais indeterminada, podendo levar a um aproveitamento da prova derivada de uma ilícita quase sempre, pois outras possibilidades para descobrir a prova quase sempre existem, e a discussão jurídica se resolveria em especulação. O que se deve demonstrar, de forma cabal, é que o encontro dos demais elementos probatórios era uma questão inofismável, em face da interligação entre outras provas, ou por fruto de investigações ou fontes de produção autônomas.

Vale lembrar que, como dito anteriormente, esta teoria é plenamente aplicável no Brasil, como já positivada no art. 157, §3º, parte final do CPP, o que em nosso entendimento contribui com grande substância para a celeridade do processo, uma vez que as provas não teriam de ser novamente produzidas, e isso se não ocorresse a perda da oportunidade e estas não mais pudessem ser produzidas de maneira satisfatória.

Limitação da mancha purgada (vícios sanados ou tinta diluída): para relativizar a declaração de ilicitude de uma prova derivada por outra considerada ilícita, criou-se na doutrina norte americana a teoria da limitação da mancha purgada, que também é conhecida por contaminação expurgada, vícios sanados ou tinta diluída. Esta teoria preconiza que se o nexos de causalidade entre a prova considerada ilícita e a derivada desta, for muito atenuado ou superficial, o juiz poderá se valer da prova derivada para fazer juízo de mérito no caso concreto.

Com mais rigor e detalhamento Renato Brasileiro[11] explica tal teoria no seu manual de processo penal, a qual passamos a expor:

De acordo com essa limitação, não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexos causal entre a prova primária e a secundária for atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal. Nesse caso, apesar de já ter havido a contaminação de um determinado meio de prova em face da ilicitude ou ilegalidade da situação que o gerou, um acontecimento futuro expurga, afasta, elide esse vício, permitindo-se, assim, o aproveitamento da prova

inicialmente contaminada.

Diferentemente das demais teorias apresentadas, acertadamente esta não encontra guarida na jurisprudência brasileira, uma vez que feriria o mandamento constitucional de vedação das provas ilícitas e das derivadas das ilícitas, pois embora tênue o nexó entre a prova ilícita e a proveniente desta, ainda existe relação entre elas.

Exceção da boa-fé: com base nesta teoria o agente ao produzir a prova atua sem dolo de infringir a lei, pautado verdadeiramente em uma situação de erro. Como exemplo podemos citar o caso U.S. vs Leon, em 1984 apreciado pela Suprema Corte norte americana, em que foi expedido um mandado de busca e apreensão fundado em indícios insuficientes para a para a sua expedição, e o agente que executou o referido mandado desconhecia da sua ilegalidade, bem como não tinha motivos para desconfiar de sua licitude, concluindo por angariar provas para o processo. A Suprema Corte aceitou as provas com fundamento no princípio da boa-fé, pois como o policial confiou na licitude do mandado, o seu cumprimento não foi ilegal e não se justificaria a exclusão da prova dos autos.

Segundo Renato Brasileiro[12]:

Deve ser considerada válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que sua obtenção não tenha decorrido da vontade de quem procedeu à investigação, mas sim de uma situação de erro ou ignorância. Os dois critérios para sua aplicação seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta do agente.

Em sentido contrário Távora e Alencar[13] vislumbram pela não aplicação desta teoria na realidade brasileira alegando que:

[...]a boa-fé, como se conclui, não pode sozinha retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não ilide a contaminação, posto que é imprescindível não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à lei na produção do manancial probatório.

Ademais, não há indícios de aplicação dessas teorias pelos Tribunais Superiores no Brasil, pois a vedação da utilização das provas ilícitas também visa a proteção dos direitos e garantias fundamentais, portanto inadmissível seria a sua aceitação no sistema pátrio.

3.2. Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)

Entende-se por esta teoria que quando durante diligências realizadas para obtenção de provas para um determinado fato criminoso, casualmente é encontrada provas relativas a outro fato delituoso.

A título exemplificativo Renato Brasileiro[14] em seu manual afirmou que se em uma diligência,

uma autoridade policial ingresse em uma residência munida de mandado judicial de busca domiciliar com a finalidade de apreender animal de grande porte mantido em cativeiro sem autorização do IBAMA, e encontrarem provas de outro crime diverso daquele estipulado na ordem judicial em que se configuraria o estado de flagrante de delito, como no caso de se depararem com certa quantidade de droga no interior na residência, temos que a apreensão será considerada válida, pois, como se trata do delito de tráfico de drogas na modalidade de "ter em depósito", espécie de crime permanente, haverá situação de flagrante delito, autorizando o ingresso no domicílio mesmo sem autorização judicial, sendo assim estas provas poderão ser consideradas válidas. Mas se os policiais encontrarem provas referentes a crimes contra o sistema financeiro nacional, não de ser consideradas ilícitas, porquanto não relacionadas ao objeto do mandado de busca, caracterizando evidente violação do domicílio (CF, art. 5º, XI), pois, para tanto, não havia prévia autorização judicial.

Em síntese, para que a prova encontrada fortuitamente seja considerada válida deve-se verificar se não houve desvio de finalidade ou abuso de autoridade por parte do agente que angariou a prova, pois se constatar uma dessas situações a prova deverá ser considerada ilícita e desentranhada do processo.

Esta teoria é amplamente aplicada pela jurisprudência brasileira e tem o fito de evitar abusos por parte dos agentes estatais ao constranger direitos fundamentais salvaguardados pela nossa Constituição.

3.3. Teoria da proporcionalidade (da razoabilidade ou da ponderação)

Em regra não se admite a utilização da prova ilícita no processo penal, porém a doutrina e jurisprudência tem acolhido a utilização desta prova quando ela for usada em favor do réu. Isto, pois no conflito entre bens jurídicos protegidos pelo nosso ordenamento deve prevalecer aquele que for de maior relevância, sendo assim teremos de um lado o jus puniendi do Estado juntamente com o princípio da legalidade na produção de provas, confrontando com o direito de defesa constante no art. 5º, LV da CF/88 e com o princípio da presunção da inocência do inciso LVII do mesmo artigo, devendo prevalecer este último, em consonância com o status libertatis do réu. Estaríamos aqui a vislumbrar então o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que pondera as ações do Estado com toda sua estrutura apta a produzir provas, frente à hipossuficiência do réu ao tentar provar sua inocência.

Justificando este entendimento, doutrinadores como Grinover, Gomes Filho e Fernandes[15] asseveram que a admissão de prova ilícita produzida pelo réu inocente como único subterfúgio de conseguir sua absolvição, este estaria agindo em legítima defesa, o que, portanto excluiria a ilicitude do fato. Outros doutrinadores entendem pela inexigibilidade de conduta diversa a qual excluiria a culpabilidade da conduta.

Contudo Eugênio Pacelli Oliveira[16] expõe em seu livro que em tal situação o agente estaria agindo em

estado de necessidade excluindo-se, portanto, a ilicitude da ação. Posição esta a qual entendemos ser a mais adequada:

[...]quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a existência da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção. E assim é porque o seu não aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do direito, constituiria um insuperável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abominável ao Direito, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do Direito).

Contudo o princípio da proporcionalidade, como todos os demais princípios, não é absoluto, vez que deve avaliar a sua real utilidade para a persecução penal e os meios utilizados para a obtenção dessa prova. Deve haver um balanceamento da ilegalidade praticada para se conseguir essa prova, pois o agente ao utilizar de meios como a violência e grave ameaça para obter informações, causando sofrimento físico ou mental em alguém, nascerá uma prova totalmente ilícita, não podendo ser aceita no processo pela desproporcionalidade dos meios utilizados, uma vez que seria impreciso averiguar a veracidade das alegações da pessoa torturada. Se assim fosse aceito também descaracterizaria a essência da inadmissibilidade da prova ilícita e incentivaria a pratica de ilícitos penais graves para obtenção de provas com o fim de conseguir inocentar-se das acusações, ferindo-se assim a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Também não é admissível que a prova ilícita e proporcional que é usada para inocentar o agente evitando-se uma punição descabida, seja usada para demonstrar a culpa de outrem, pois assim não estaria mais amparado pelo estado de necessidade.

Alguns doutrinadores como o Brasileiro[17], também reconhecem que o princípio da ponderação poderá ser usado em favor da sociedade, como nos casos em que organizações criminosas se tornam tão estruturadas e articuladas que superam a infraestrutura dos Órgãos do Estado incumbidos de investigar e produzir provas, restabelecendo assim a isonomia e igualdade na persecução criminal. Contudo, como ocorre na admissibilidade pró réu, o princípio da ponderação em favor da sociedade também só seria possível em última ratio “[...]sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tomando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI)”.

Enfim, o próprio Supremo Tribunal Federal[18] em julgados recentes tem admitido a aplicação do princípio da proporcionalidade desde que em casos de extrema, inadiável e incontornável necessidade, levando-se em conta o caso concreto para essa análise. Em tal julgado, o próprio legislador originário

“[...]que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”.

4. Conclusão

A finalidade deste trabalho foi o estudo das situações em que são admitidas as provas ilícitas no processo penal brasileiro. Sendo abordados conceitos, posições doutrinárias acerca das principais teorias existentes no mundo e a sua aplicação pelos Tribunais em uma abordagem ampla sobre o conceito de provas, definindo que são dados e elementos levantados pela parte para reproduzir um fato já ocorrido, e apontou o entendimento de renomados doutrinadores nacionais. Ressaltou que as leis, ou seja, o direito, por se presumir que todos já o conhecem, não precisa ser provado no processo, bem como também não precisam, os fatos notórios. E mostrou a diferença entre provas e elementos de informação e como eles serão apreciados pelo magistrado ao proferir sentença.

No terceiro tópico buscou-se elucidar as diferenças e divergências apontadas pela doutrina entre provas ilegítimas e provas ilícitas, sendo que nas provas produzidas ilicitamente aplica-se as teorias da nulidade, e sendo estas de nulidade relativa, se não houver prejuízo para a parte, poderão ser refeitas no decorrer do processo. Quanto às provas obtidas ilicitamente, que na sua produção há o desrespeito a direitos fundamentais, materiais e processuais, deverão ser anuladas e desentranhadas do processo, não podendo servir de nenhuma forma para o convencimento do juiz na sentença.

No quarto e último tópico, para um aprendizado mais aprofundado foram apontadas as principais teorias acerca das provas ilícitas utilizadas no mundo, a posição dos doutrinadores nacionais acerca da aplicabilidade das provas ilícitas no processo penal bem como a aceitação dos Tribunais. Demonstrou-se a teoria da árvore dos frutos envenenados que foi positivada no Código de Processo Penal, pois via de regra, as provas derivadas das ilícitas, que embora sejam lícitas, também deverão ser inutilizadas e desentranhadas do processo. Contudo serão aceitas as provas do processo que não guardam relação com as ilícitas, bem como aquelas que, embora derivadas das ilícitas, inevitavelmente seriam produzidas por procedimentos de praxe nas investigações. Explicitou-se também no último tópico, outras duas teorias que são aceitas pelos Tribunais, sendo a do encontro fortuito de provas (serendipidade) e a da proporcionalidade, contudo devem ser aplicadas em última ratio e fundamentadas na garantia dos direitos fundamentais.

É oportuno mencionar também que as dificuldades para se elaborar este trabalho foram muitas, e isso só aumenta a satisfação em realizá-lo, uma vez que a aplicação de provas ilícitas, bem como a garantia dos

direitos fundamentais ao se produzir essas provas, é tema de grande importância no nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus nº. 79.512, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 16 mai 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus. Constrangimento Ilegal. Habeas Corpus nº 90.298, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 08 set 2009, DJe 195 de 15 set 2009.

BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3ª. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Legislação criminal especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 11ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013.

[1] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 571.

- [2] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013. p. 387.
- [3] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 572.
- [4] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013. p. 392.
- [5] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013. p. 393.
- [6] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. p. 125.
- [7] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 608.
- [8] CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. P. 184.
- [9] STF, 2• Turma, HC 90.298/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08/09/2009, DJe 195 15/10/2009.
- [10] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013. p. 398.
- [11] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 618.
- [12] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 620.
- [13] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2013. p. 400.
- [14] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 622.
- [15] GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. As nulidades no processo penal. 11ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. p. 128.
- [16] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 11ª ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 291.
- [17] BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. 3. Ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015. p. 630.

[18] STF, Pleno, HC79.512/RJ, Rel . Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16/05/2003 p. 92.

<https://www.diritto.it/admissibilidade-prova-ilicita-no-processo-penal/>