

EXCEÇÕES À INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Rômulo Lachi ¹

RESUMO: Este artigo foca o princípio da vedação das provas ilícitas no processo penal brasileiro, matéria constitucional que foi tratada de modo detalhado pela Lei 11.690/2008. Inicialmente, constata-se que a vedação das provas ilícitas é decorrência do devido processo legal e, outrossim, colide com outros princípios constitucionais, como da presunção de inocência e do direito à vida e à segurança, entre outros. Diante disso, usa-se a proporcionalidade para harmonizar o sistema no que se refere a aceitar ou não aceitar eventuais exceções à inadmissibilidade, no processo, das provas ilícitas. Assim, tendo em vista algumas hipóteses excepcionais apontadas pela doutrina (provas ilícitas por derivação, provas ilícitas em favor do réu e provas ilícitas em favor da sociedade), analisa-se cada uma delas com base no mencionado princípio da proporcionalidade, constatando se são coerentes com o ordenamento jurídico nacional e, em caso afirmativo, em quais condições se dá tal admissibilidade excepcional.

PALAVRAS-CHAVE: Provas Ilícitas; Lei 11.690/2008; Princípios colidentes; Proporcionalidade; Exceções.

ABSTRACT: *This article focuses on the principle of the inadmissibility of illegal evidences in the Brazilian penal process, constitutional subject that has been given a detailed legal regulation by the law 11.690/2008. At first, it is verified that the inadmissibility of illegal evidences comes from the due process of law and, besides, collides with other constitutional principles, such as presumption of innocence and the right to life and to security, among others. For those reasons, proportionality is used to carry out the harmonization of the system in relation to accepting or not accepting potential exceptions to the inadmissibility, in process, of illegal evidences. So, considering some exceptional hypotheses described by the doctrine (evidences gathered with the aid of information obtained illegally, illegal evidences pro defendant and illegal evidences pro society), each one of them is analysed based on the mentioned principle of proportionality, observing if they are coherent with the national legislation and, in affirmative case, in which conditions there is this exceptional admissibility.*

KEY WORDS: *Illegal Evidences; Law 11.690/2008; Colliding Principles; Proportionality; Exceptions.*

INTRODUÇÃO

Neste artigo, serão tratadas as provas ilícitas, que são vedadas no processo penal brasileiro, conforme o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Apesar da taxatividade da norma, este princípio constitucional tem sido objeto

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Especialista em “Direito Processual: Grandes Transformações” pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul e Instituto de Ensino Jurídico Luis Flávio Gomes – LFG.

de muita polêmica no tocante a sua interpretação, o que, por conseguinte, gera muitos estudos, sem uma solução clara a respeito. Também nos tribunais, apesar de existir certa convergência, ainda persistem debates acirrados.

Alguns estudiosos afirmam que para a compreensão do tema é preciso, primeiro, considerar que a prova, no âmbito jurídico, é um instrumento que auxilia na formação da convicção do magistrado sobre terem ocorrido ou não os fatos que se discutem no processo². Prosseguindo com este raciocínio e uma vez conceituada a prova, resta elucidar a ilicitude em questão. As provas ilícitas, assim, de acordo com o entendimento majoritário, são aquelas produzidas de forma a contrariar normas de direito material e constitucional ou normas de direito processual³.

Desse modo, vê-se que não há discussão sobre o conceito de provas ilícitas. De fato, até mesmo a recente Lei 11.690/2008 trata da matéria exatamente nesses termos.

Contudo, existe controvérsia sobre o alcance da vedação constitucional. Em outras palavras, discute-se a existência de exceções, ou seja, situações nas quais as provas ilícitas seriam admitidas no processo penal.

Acertadamente, o legislador deixou em aberto o tópico da admissibilidade excepcional das provas ilícitas, para que seja debatido no âmbito acadêmico e dos tribunais. Dessa forma, é certo que a lei citada e a polêmica que ronda o tema fazem deste um dos mais atuais e relevantes tópicos do direito processual penal brasileiro.

PANORAMA DAS PROVAS ILÍCITAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

No texto constitucional, a vedação das provas ilícitas é um princípio que tem suas raízes no devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da CF da seguinte forma: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, preleciona Moraes, constitui-se em duas espécies de proteção ao indivíduo, pois se reflete materialmente ao proteger o direito de liberdade e também formalmente ao fornecer igualdade de condições com o Estado no que se refere à defesa plena (que abrange a defesa técnica e a publicidade processual, entre outros direitos)⁴.

Especificamente no âmbito material, mais relevante para o presente estudo, significa que a pessoa tem o “direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que a lei estabelece”⁵. Portanto, é justamente por conta da aludida necessidade de que sejam cumpridas as disposições legais e constitucionais que se proíbem as provas ilícitas.

Assim, apesar de incontroverso que o devido processo legal impõe o segui-

² CINTRA, Antonio C. de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 349.

³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 301.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 124.

⁵ CAPEZ, *op. cit.*, p. 37.

mento da legislação infraconstitucional, tem-se uma tensão quando esta exigência se vê diante de elementos de igual hierarquia, ou seja, também extraídos da CF.

De fato, conforme Paulo e Alexandrino, o conflito entre direitos fundamentais se dá em situações nas quais, diante do caso concreto, uma parte invoca para si um direito fundamental ao passo que a outra também se encontra amparada por direito fundamental⁶.

Exemplificam os mesmos autores:

Em determinada relação jurídica, pode haver conflito entre a liberdade de comunicação (CF, art. 5º, IX) e a inviolabilidade da intimidade do indivíduo (CF, art. 5º, X). Outra relação jurídica pode contrapor liberdade de manifestação de pensamento (CF, art. 5º, IV) e vedação ao racismo (art. 5º, XLII), e assim por diante⁷.

Nesse sentido, as palavras de Moraes:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua⁸.

A título de breve conceito, pode-se dizer, com Paulo e Alexandrino, que a proporcionalidade corresponde à análise acerca de os meios estarem adequados ao fim visado, bem como se a utilização deles acarreta ou não cerceamento de direitos em maior grau que o necessário⁹.

Desse modo, no contexto da vedação das provas ilícitas, existe em cada caso concreto uma diversidade de princípios envolvidos, ora corroborando a vedação, ora relativizando-a, e cabe à proporcionalidade o papel de ferramenta a solucionar o conflito. É o que se verá a seguir.

EXCEÇÕES À INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Ao tratar do alcance da vedação, verifica-se que a tensão de princípios que possibilitaria sua relativização surge, em específico, diante de casos concretos, motivo pelo qual é preciso investigar, separadamente, as três principais hipóteses de exceção apontadas pela doutrina: as provas derivadas das ilícitas, as provas ilícitas em favor do réu e as provas ilícitas em favor da sociedade. Assim, serão agora vislumbrados os requisitos, o contexto e as peculiaridades de cada uma das três situações.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008, p. 101.

⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁸ MORAES, *op. cit.*, p. 63.

⁹ ALEXANDRINO, PAULO, *op. cit.*, p. 164.

Provas derivadas das ilícitas

A Lei 11.690/2008 deu a seguinte redação ao artigo 157, §§ 1º e 2º, do CPP:

Art. 157.

[...]

§ 1º 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.

§ 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.

Diante de tal texto legal, situa-se a temática desta forma: “A prova primeira é ilícita. Dela derivaram outras provas (prisão, apreensão etc.). Essas, as derivadas, são também ilícitas?”¹⁰.

O panorama jurídico nacional, em princípio, abraça a teoria dos frutos da árvore envenenada, conhecida como “fruits of the poisonous tree”, originada nos Estados Unidos “a partir de uma decisão proferida no caso *Sivertborne Lumber Co. vs. United States*, em 1920”¹¹.

Comprovando o acolhimento no direito brasileiro da aludida teoria, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

[...]

Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico [...] e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada¹².

Dessa forma, como se extrai da lei e da aludida decisão, não existe uma restrição absoluta para a admissão processual da prova que deriva da ilícita, e sim requisitos de admissibilidade.

Basicamente, haverá ilicitude se houver “patente nexo de causalidade entre a prova original (ilícita) e a derivada. De outro lado, é preciso que as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras”¹³. Em outras palavras, existe uma prova

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Reformas penais (V): provas*. Disponível em: <<http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art74.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2009.

¹¹ CAPEZ, *op. cit.*, p. 302.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus. Matéria Penal. HC 64.096/PR. Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA. Julgado em 27/05/2008, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=64096&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>, acesso em 07 abril 2009.*

¹³ GOMES, *op. cit.*

ilícita da qual decorre uma prova lícita, motivo pelo qual a lei a esta atribui o caráter de ilicitude por derivação.

Exemplos de provas consideradas ilícitas por derivação não faltam na doutrina. Mencione-se uma interceptação telefônica clandestina que permite à autoridade policial tomar conhecimento da existência de uma testemunha que possa incriminar o acusado ou, ainda, a confissão mediante tortura que forneça dados verdadeiros acerca da localização do produto do crime¹⁴.

Por outro lado, nem todas as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis. Conforme o artigo 157, § 1º, do CPP, são admitidas, ainda que derivadas das ilícitas, as provas em relação às quais não haja nexo de causalidade com a prova ilícita, bem como aquelas que sejam oriundas de fonte independente.

Acerca disso, Capez critica a definição legal de fonte independente e expõe seu entendimento, defendendo que as exceções que permitem a admissibilidade da prova derivada da ilícita são as seguintes:

(a) Limitação da fonte independente (*independent source limitation*): [...] Trata-se de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não-observância de formalidade na execução de mandando de busca e apreensão [...].

(b) Limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*): [...] tem-se afastado a tese da ilicitude derivada ou por contaminação quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, [...] a prova que deriva da prova ilícita originária seria inevitavelmente conseguida de qualquer outro modo. [...] O legislador considera, assim, fonte independente a descoberta inevitável¹⁵.

Neste ponto, cabe mencionar a crítica feita a essas exceções legais, pois sua abrangência poderia “esvaziar uma garantia constitucional, que é a vedação da utilização da prova ilícita”¹⁶. Com efeito, é difícil imaginar situação em que se possa descartar até as mais remotas possibilidades de, hipoteticamente, a autoridade policial descobrir a prova por meio de suas atividades investigativas. Dessa forma, corre-se o risco de que praticamente toda prova possa ser considerada descoberta inevitável e exceção a vedação¹⁷.

Enfim, apesar da polêmica, a admissão da prova derivada da ilícita ocorre sem ponderação de princípios, pois, ainda que fosse excluída a ilicitude que originou a prova, esta seria obtida de qualquer maneira, seja por meio da fonte independente ou da descoberta inevitável. Baseia-se tal raciocínio na seguinte explanação:

É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula desta última¹⁸.

¹⁴ CAPEZ, *op. cit.*, p. 302.

¹⁵ CAPEZ, *op. cit.*, pp. 309 e 310.

¹⁶ *Ibidem*, p. 310.

¹⁷ *Ibidem*, p. 310.

¹⁸ TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. *Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 15.

Outrossim, tem-se esta decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar admissível uma prova que deriva de ilícita:

1. Hipótese em que Juiz Federal, potencial vítima do “grampo telefônico”, deferiu diligências investigatórias requeridas pela Força-Tarefa composta por membros do Ministério Público e da Polícia Federal. Posteriormente, depois de ter-se deparado com provas contundentes da existência do crime, quando o próprio autor material do “grampo” confessou o delito, acolhendo a exceção oposta pelo Ministério Público Federal, deu-se por impedido/suspeito, remetendo os autos da investigação em andamento para o substituto.
2. É mister observar que a atuação do Magistrado impedido, até aquele momento, se restringiu a deferir diligências as quais se mostravam absolutamente pertinentes e necessárias à continuidade do trabalho inquisitivo-investigatório em andamento. Também não se pode olvidar que o foco central das investigações estava em outros episódios que caracterizariam, em tese, exploração de prestígio ou tráfico de influência, e lavagem de dinheiro.
3. As providências investigatórias determinadas pelo Juízo Federal – que não agiu de ofício, mas sim acolheu requerimento da Força-Tarefa – eram mais do que razoáveis e pertinentes naquelas circunstâncias, razão pela qual se evidenciaram proporcionais e adequadas, sem malferimento a direito fundamental do investigado. E, mesmo que o Juízo quisesse proceder de modo tendencioso, pretendendo interferir no resultado da prova a ser colhida, nem assim poderia fazê-lo, simplesmente porque não detinha o domínio das diligências em questão, que, é claro, foram realizadas pelo aparato policial.
4. O juiz, ainda que formalmente impedido para a futura ação penal, não teve interferência direta na produção dos elementos de prova na fase pré-processual, porque sobre estes não teve ingerência, razão pela qual não se pode tê-los como de origem ilícita.
5. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias, soberanas na aferição do quadro fático-probatório, consideraram os elementos de prova, ora impugnados, coligidos na fase pré-processual, prescindíveis, na medida que, mesmo os desconsiderando, sobejariam provas de autoria e materialidade do crime, provenientes de fontes independentes, obstando o pretendido reconhecimento de nulidade por derivação.
6. Não se mostra pertinente a discussão em torno de delação premiada oferecida a Réus pelo Ministério Público, e homologada pelo respectivo Juízo, em outros autos. O que interessa para a ação penal em tela são seus efetivos depoimentos prestados, os quais foram cotejados com as demais provas pelo juiz da causa para formar sua convicção, sendo garantido ao ora Paciente o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. Eventual nulidade desses acordos efetivados em outras ações penais – cuja discussão refoge aos limites de cognição deste writ – não tem o condão de atingir os depoimentos tomados na presente ação penal [...]”¹⁹.

Em síntese, a prova derivada da ilícita, nos casos da descoberta inevitável ou da fonte independente, é aceita no processo não por ser propriamente uma exceção à vedação constitucional, e sim porque seria produzida de qualquer modo e, portanto, é plenamente lícita.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Matéria Penal. HC 70.878/PR. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA. Julgado em 22/04/2008, disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=70878&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. acesso em 07 abril 2009.

Provas Ilícitas em Favor do Réu

Posicionamento tranquilo na doutrina é o da admissibilidade, no processo, da prova ilícita quando esta vier a favorecer o réu²⁰.

Porém, ainda que este ponto seja pacífico, cumpre estudar a tensão de princípios entre, de um lado, a vedação das provas ilícitas e, de outro, a presunção de inocência e a ampla defesa.

Para situar o estudo, como exemplo pacífico na doutrina de prova ilícita que favorece o réu, cite-se o indivíduo que, “injustamente acusado pela prática de um homicídio, grava clandestinamente uma conversa telefônica na qual terceira pessoa confessa a prática de tal crime”²¹. Diante dessa prova em tese ilícita, verifica-se a colisão de direitos fundamentais, pois a prova afronta a inviolabilidade das comunicações telefônicas²² e o direito à intimidade²³, ao mesmo tempo em que está conforme a ampla defesa, a liberdade e a presunção de inocência.

Assim, cabe perquirir a proporcionalidade, que, conforme asseverado, vem averiguar, no caso concreto, se o resultado (admissão daquela prova em detrimento da inviolabilidade do sigilo telefônico e da intimidade) é mais vantajoso para o sistema jurídico do que a restrição de direitos (liberdade, ampla defesa e presunção de inocência)²⁴.

Consoante a maioria da doutrina, realmente parece condizente com o ordenamento jurídico que seja aceita tal prova²⁵.

Com efeito, explica Capez que o princípio da vedação não pode amparar condenações injustas, nos seguintes termos:

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 humana²⁶.

Entendem de maneira semelhante Gomes²⁷, Cunha e Pinto²⁸ e Moraes²⁹.

Dessa forma, reputa-se pacífico que a presunção da inocência e a ampla defesa são maiores que o direito ao sigilo telefônico e à intimidade. Bem assim, não há divergência quanto a outros princípios, sempre prevalecendo o direito de a prova ilícita

²⁰ GOMES, *op. cit.*

²¹ CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal – Doutrina e prática*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 92.

²² CF, 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”.

²³ CF, art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁴ ALEXANDRINO, PAULO, *op. cit.*, p.164.

²⁵ CAPEZ, *op. cit.*, p. 305.

²⁶ *Ibidem*, p. 306.

²⁷ GOMES, *op. cit.*

²⁸ CUNHA, PINTO, *op. cit.*, p. 92.

²⁹ MORAES, *op. cit.*, p. 128.

ser usada em favor do réu para, em respeito à presunção de inocência, possibilitar a absolvição de um inocente.

Provas Ilícitas em Favor da Sociedade

Embora seja tranquila, nas letras jurídicas, a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, não se encontra o mesmo consenso quando em favor da sociedade³⁰.

À parte das divergências, é pacífico que também aqui colidem direitos fundamentais, vez que haveria aparente sobreposição, além da própria vedação, do devido processo legal e da presunção de inocência.

De outro lado, é possível que a retirada dos autos de uma prova relevante por conta de sua ilicitude impeça a condenação de um indivíduo que, de fato, tenha praticado o crime que lhe é imputado.

A hipotética absolvição nessas condições ignoraria o direito à propriedade (em alguns casos) e à segurança (artigo 5º, *caput*, da CF) do restante da sociedade, já que absolver o indivíduo que afronta tais valores contraria o ordenamento nesse sentido.

Logo, há colisão entre direitos fundamentais.

Contextualizando a temática, serão comparadas as hipóteses de excetuar a vedação em favor do réu e de excetuá-la em favor da sociedade.

Primeiro, na admissibilidade em favor do réu os direitos fundamentais que prevalecem são aqueles que preservam o indivíduo contra o arbítrio estatal (liberdade, devido processo legal, com seu desdobramento da ampla defesa, e presunção de inocência)³¹. Outrossim, é justamente essa – a defesa contra o arbítrio estatal³² – a função dos direitos fundamentais.

Em sentido contrário, ao admitir a prova em favor da sociedade, haveria restrição pelo Estado dos direitos fundamentais do réu, o que em regra não se admite, em razão de que a vedação “é uma garantia do indivíduo contra o Estado, que não poderia fazer uso desse tipo de prova contra o cidadão”³³.

É didático e ilustrativo, neste ponto, o seguinte julgado:

[...] A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que,

³¹ CAPEZ, *op. cit.*, p. 305.

³² ALEXANDRINO, PAULO, *op. cit.*, p. 92.

³³ BRITO, Gustavo. *A utilização de provas ilícitas pro reo e pro societate*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D_Provas%20il%l%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate_gustavo_brito.pdf>. Acesso em: 02 abril 2009.

embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular [...]³⁴.

Desse modo, diante da proporcionalidade, é regra que não deve ser admitida em favor da sociedade a prova ilícita, posição respaldada por grande parte da doutrina³⁵.

Cumpra, porém, continuar o raciocínio ilustrativo, motivo pelo qual se evoca outra situação: a confissão do réu feita em interrogatório judicial, porém sem a presença de advogado³⁶, violando o artigo 185 do CPP³⁷. É evidente a afronta à ampla defesa³⁸, de onde advém a exigência processual da presença de advogado no momento do interrogatório³⁹.

Sob outro prisma, contudo, afrontam-se os princípios da persecução penal que salvaguardam os direitos dos afetados pela infração penal, pois, com efeito, o crime ataca, entre outros, o direito à liberdade e à segurança, constatando-se tensão entre a vedação das provas ilícitas e sua hipotética admissão em favor da sociedade⁴⁰.

Em que pesem os fatores elencados no parágrafo anterior, também aqui a vedação deve ser a regra.

Efetivamente, o Estado possui vasto arsenal investigador⁴¹ e seria duvidoso que o indivíduo, como parte vulnerável, tivesse seu direito fundamental de ampla defesa suprimido sistematicamente⁴². Porém, é possível acrescentar ao contexto condições que tornem mais dificultoso o deslinde da situação. Para tanto, imagine-se o seguinte cenário descrito por Capez:

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Matéria Penal. RE 251445, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000, disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(251445\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(251445)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>, acesso em 06 abril 2009.

³⁵ GOMES, *op. cit.*; CUNHA, PINTO, *op. cit.*, p. 92; MORAES, *op. cit.*, p. 128; e TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 3. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225.

³⁶ CUNHA, PINTO, *op. cit.*, p. 91.

³⁷ Art. 185 do CPP: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

³⁸ CF, art. 5º, 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”.

³⁹ CAPEZ, *op. cit.*, pp. 21-22.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 30-31.

⁴¹ MORAES, *op. cit.*, p. 124.

⁴² CAPEZ, *op. cit.*, pp. 21-22.

Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?⁴³

Embora o uso dessa prova em favor da sociedade (e contra o réu) viole o devido processo legal tanto quanto no exemplo anterior, o peso dos valores é muito distinto. Explica-se. No singelo exemplo da confissão judicial sem presença de advogado, o direito à ampla defesa colidia com o direito da sociedade à segurança, referindo-se este último especificamente à vítima afetada ou, de modo eventual e abstrato, a outras vítimas individuais futuras.

No entanto, ao acrescentar ao caso o envolvimento de organização criminosa, o direito à segurança ganha uma dimensão muito maior, como se depreende da basilar explanação a seguir:

Trata-se de algo mais profundo. 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 contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não⁴⁴.

Conforme mencionado, não se trata apenas de uma vítima em particular ou de uma afronta singular ao ordenamento jurídico, mas, isto sim, toda uma coletividade afetada diretamente por uma violação sistemática e grandiosa do sistema de leis como um todo.

Apesar da indiscutível força dos argumentos contrários à admissão em favor da sociedade da prova ilícita, é preciso ressaltar:

Esquecem-se, entretanto, os adeptos da impossibilidade de utilização de provas ilícitas pro societate, que a sua admissibilidade não ocorre em qualquer ocasião ou a arbítrio do Estado, sob pena de constituir uma clara violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurados pela Constituição Federal.

A utilização de provas ilícitas pelo Estado só é possível quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: a) em caráter excepcional; b) em situações de extrema gravidade; c) quando em contraste direitos fundamentais; e d) com expressa autorização da autoridade judicial⁴⁵.

⁴³ *Ibidem*, p. 305.

⁴⁴ CAPEZ, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁵ BRITO, *op. cit.*

Como se vê, não há razão para que direitos da sociedade sejam automaticamente considerados inferiores a direitos do indivíduo, entendimento também sustentado por Araújo e Nunes Júnior:

No mesmo sentido, crime gravíssimo que, se concretizado, colocaria em risco a segurança de todo o País poderia ser olvidado porque seu conhecimento teve origem em prova ilícita? A resposta a tais questionamentos é a aplicação do sobredito princípio da proporcionalidade, que interdita o excesso na aplicação de regras constitucionais⁴⁶.

Portanto, está demonstrado que não há direitos absolutos.

De outro lado, Capez, que é um dos defensores da admissibilidade excepcional de tal prova em favor da sociedade, sustenta existirem alguns limites, como se vê:

A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção do princípio da proporcionalidade, que deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*. Ressalvamos apenas a prática de tortura, que, por afrontar normas de direito natural, anteriores e superiores às próprias Constituições, jamais pode ser admitida, seja para que fim for⁴⁷.

Em outras palavras, Capez defende que há um limite absoluto – o direito natural – para a admissibilidade em favor da sociedade, especificamente no caso da tortura⁴⁸.

Contudo, o mecanismo responsável pela harmonização dos valores constitucionais colidentes é a proporcionalidade, que, por sua vez, pressupõe sempre o exame do caso concreto⁴⁹.

Dessarte, por vezes, os limites no caso concreto serão até mais rígidos do que a vedação apenas em hipótese de tortura. Assim é porque, se na obtenção da prova for empregada violência contra a pessoa (não necessariamente tortura)⁵⁰, a quantidade de princípios envolvidos passa a ser maior.

Efetivamente, a admissão em favor da sociedade resvala no devido processo legal e na presunção de inocência, ao passo que, se for acrescentado o fator da violência,

⁴⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 172.

⁴⁷ CAPEZ, op. cit., pp. 307-308.

⁴⁸ Cabe frisar que não será feito aqui um estudo aprofundado da tortura, sendo adotada, para os fins deste artigo, a definição dada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984, nos seguintes termos: “Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

⁴⁹ MORAES, op. cit., p. 63.

⁵⁰ Entende-se que a violência é gênero do qual a tortura é espécie. Apesar de as doutrinas consultadas não exemplificarem a situação, pode-se pensar, como exemplo de violência sem tortura, no caso do agente policial que, com o fim de colher provas, ingressa em domicílio sem o devido mandado e, diante da resistência do morador, provoca-lhe lesão corporal.

será afetado também o direito à vida, o qual abrange a integridade física e a saúde (inclusive mental)⁵¹, e à liberdade, entre outros direitos fundamentais.

Diante disso, se presente a violência contra a pessoa na ocasião da produção de provas ilícitas, deve o julgador guardar redobrada cautela ao ponderar o caso concreto.

Assim, em síntese, a regra é que a prova ilícita em favor da sociedade permaneça vedada, mas a proporcionalidade permite sua admissão excepcional.

Note-se, de outro ângulo, que o entendimento acerca da admissibilidade em favor do réu segue caminho exatamente oposto, pois nesse caso a prova ilícita deve ser admitida como regra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vedação das provas ilícitas no processo veio expressa na CF de 1988 (artigo 5º, inciso LVI) e sobre ela se debruçaram doutrinas e tribunais para construir um arcabouço teórico explicativo.

O tempo sedimentou essas ideias e possibilitou o regramento da matéria trazido pela Lei 11.690/2008, que atualizou o CPP na temática das provas de forma geral e, principalmente, recolocou a vedação no centro dos debates atuais.

Contudo, mesmo antes do advento da referida lei, no panorama em questão sempre houve tensão entre a vedação das provas ilícitas e outros direitos fundamentais (entre eles, devido processo legal, presunção de inocência e direito à vida, à propriedade e à segurança), ensejando debates sobre exceções à vedação.

A análise de tais exceções, por sua vez, dá-se necessariamente por meio do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação, embora deva ser observada perante cada caso concreto em particular, pode ter suas linhas gerais delineadas no campo teórico.

As principais exceções mencionadas pela doutrina e aqui expostas são as provas ilícitas por derivação, as provas ilícitas em favor do réu e as provas ilícitas em favor da sociedade.

A prova ilícita por derivação, tratada diretamente pela Lei 11.690/2008, pode ser aceita no processo se enquadrada nas hipóteses descritas pelo legislador (fonte independente ou descoberta inevitável). Porém, ao se amoldar a esses casos, deixa de ser considerada ilícita e, conseqüentemente, não é mais exceção à vedação. Passa, de modo automático, para o rol de provas despidas de ilicitude.

Outrossim, a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, com base na proporcionalidade, é respaldada pela maioria da doutrina, que entende que a presunção de inocência e o devido processo legal são maiores que quaisquer outros princípios colidentes, pois eventualmente podem impedir a condenação de um inocente.

A admissibilidade em favor da sociedade, por fim, é a mais polêmica das hipóteses de exceção. De um lado, a sociedade tem seu direito à vida, à segurança e ao patrimônio. De outro, o acusado tem seu direito ao devido processo legal e à presunção de inocência.

Apesar das divergências, a análise embasada na proporcionalidade permite

constatar que, diante dessa forma de colisão, é admissível a prova ilícita em favor da sociedade, em casos extremos, quando os valores constitucionais que vêm a ser preservados por essa admissibilidade forem de suma relevância e maiores que os demais.

Dessa forma, a regra é repudiar as provas ilícitas no processo penal, em decorrência do princípio constitucional da vedação das provas ilícitas, de onde provém a Lei 11.690/2008.

No entanto, é forçoso reconhecer que todos os princípios constitucionais são relativos entre si e, havendo colisão, devem ter seu alcance medido no caso concreto por meio da proporcionalidade. Assim, podem as provas ilícitas ser admitidas em casos excepcionais, seja em favor do réu ou em favor da sociedade, a depender da livre convicção (portanto, devidamente fundamentada) do magistrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

BRITO, Gustavo. A utilização de provas ilícitas pro reo e pro societate. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D_Provas%20il%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate_gustavo_brito.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antonio C. de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal – Doutrina e prática**. Salvador: JusPodivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Reformas penais (V): provas. Disponível em: <<http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art74.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2009.

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

TÁVORA, Nestor, ANTONNI, Rosmar. **Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivm, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.