

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

ADRIANA GARCIA PINTO COELHO

**INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO**

RIO DE JANEIRO

2008

ADRIANA GARCIA PINTO COELHO

INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
– Faculdade Nacional de Direito.

Orientador: Prof. Geraldo Prado.

RIO DE JANEIRO

2008

Ficha Catalográfica

Coelho, Adriana Garcia Pinto.

Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Direito Processual Penal Brasileiro./Adriana Garcia Pinto Coelho – 2008.70f.

Orientador: Geraldo Prado.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f.68.

1. Provas Ilícitas – Monografias. 2. Inadmissibilidade da prova ilícita. I. Geraldo Prado. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Direito Processual Penal Brasileiro.

ADRIANA GARCIA PINTO COELHO

INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL
PENAL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso para
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Universidade Federal do Rio de Janeiro
– Faculdade Nacional de Direito sob
orientação do Prof. Geraldo Prado.

Data de aprovação: 24/06/2008.

Banca Examinadora:

Professor Geraldo Prado – Presidente da Banca Examinadora
Sr. Dr. Geraldo Prado – Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador.

Juiz de Direito André Nicolitti

Professora Doutora Carolina Maria de Aquino Medici

À meus pais, Marsen e William, e irmãos, William, Flávio e Hugo, que são minha fortaleza e incansáveis incentivadores do meu crescimento. Ao Rafael pelo amor e apoio incondicional.

A doutrina identifica na sistemática das provas uma fundamental função de garantia para as partes *“la quale trascende e supera la consueta distinzione tra diritto sostanziale e*

processo, inserendosi a pieno titolo nella dimensione costituzionale (ed internazionale) del processo «equo» e «giusto»”.

Luigi Paolo Comoglio.

RESUMO

COELHO, Adriana Garcia Pinto. Inadmissibilidade da Prova Ilícita no Direito Processual Penal Brasileiro, 2008. 69F. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho tem por finalidade principal analisar os fundamentos legais, políticos e lógicos da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro. Para desenvolvimento do tema, primeiramente são analisados os princípios e conceitos relativos à prova. Em seguida, são apresentadas as construções doutrinárias acerca da utilização da prova ilícita no processo, tanto no direito comparado quanto no direito interno, com uma breve abordagem histórica (teoria da admissibilidade, teoria da inadmissibilidade e a aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade). Posteriormente, conclui-se que vige no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da inadmissibilidade, sendo então apresentados os fundamentos atinentes à questão. Por fim, analisa-se a questão da extensão dos efeitos da ilicitude às provas derivadas daquelas obtidas por meios ilícitos, também denominadas provas ilícitas por derivação, citando-se, de forma propedêutica, a doutrina americana denominada “*fruits of the poisonous tree*” e a doutrina alemã intitulada de “efeito-à-distância”.

Palavras-Chave: Inadmissibilidade; prova ilícita; prova ilícita por derivação; processo penal.

RIASSUNTO

COELHO, Adriana Garcia Pinto. L'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge nel diritto processuale penale brasiliano, 2008. 69f. Tese di Laurea (Laurea in Giurisprudenza) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Questo studio ha l'obiettivo di esaminare i principali fondamenti legali, politici e logici dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge nel processo penale brasiliano. A sviluppare il tema, sono esaminati i principi e concetti relativi alla prova. Quindi, sono mostrati i costruzioni dottrinali circa l'uso delle prove vietate nel processo, tanto nel diritto comparato come nell'ambito interno dell'ordinamento brasiliano, con una breve sintesi storica (tesi dell'utilizzabilità, tesi dell'inutilizzabilità, applicazioni del principio della proporzionalità o ragionevolezza). Successivamente, sono presentati i motivi che fondamentano la adozione della tesi dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge per il processo penale brasiliano. Infine, si presenta la questione dell'inutilizzabilità derivata: le prove ottenute da quelle vietate non possono essere utilizzate, citando, ancora, propedeuticamente la teoria dei "frutti dell'albero avvelenato" (fruits of the poisonous tree doctrine), degli Stati Uniti, e la teoria tedesca intitolata: effetto-a-distanza.

Parole Chiavi: Inutilizzabilità; prove vietate; inutilizzabilità derivata; diritto processuale penale.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. PRINCÍPIOS REGULADORES DA PROVA	10
2.1. Princípio do Devido Processo Legal	11
2.2. Princípio do Contraditório e da ampla defesa	13
2.3. Princípio da Comunhão da Prova	15
3. CONCEITOS RELATIVOS À PROVA	18
3.1. Conceito de prova	18
3.2. Direito à prova	25
3.3. Limitações do Direito à prova	29
3.4. Provas Vedadas	31
4. POSICIONAMENTOS REFERENTES À UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS	35
4.1. Direito Comparado	35
4.2. Teoria da Admissibilidade	40
4.3. Teoria da Inadmissibilidade	42
4.4. Aplicação do princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade	45
4.5. Direito Brasileiro	49
5. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO	57
6. CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

O Direito tem a função de coordenar os interesses que se manifestam na vida social, harmonizando as relações intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo desgaste e sacrifício. Assim, o Estado moderno exerce o seu poder de jurisdição para a solução de conflitos interindividuais (que envolve as pessoas e inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões com o fim de pacificação através da realização de um processo justo.¹

O direito processual, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional na medida em que esta disciplina estabelece a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garante a distribuição da justiça e a efetividade das normas e fixa alguns princípios processuais. O direito processual penal chega a ser notado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.²

No processo penal, as partes buscam a reconstrução dos fatos pretéritos, os quais constituem suposta atividade delitativa, com a apresentação de elementos que afirmam a tese que defendem. Estes elementos são as provas, indispensáveis à formação da convicção do juiz natural da causa, que se coloca de forma equidistante às alegações feitas pelas partes para, em análise apurada destes elementos, buscar o convencimento acerca da verdade dos fatos ocorridos e assim decidir a lide de forma justa.

Sabido que “a prova é a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional”³, é certo que estas são indispensáveis ao deslinde das questões jurídicas apresentadas em juízo; isto porque é através da análise desta que o juiz forma a sua convicção acerca da verdade e, a partir daí, exerce com legitimidade o poder jurisdicional a fim de compor os interesses em conflitos.

¹ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 20ª edição, 2004, p.19 e 24.

² Idem. *Ibidem*. p.78.

³ MALATESTA, Nicola F. dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. São Paulo: Bookseller, 6ª edição, 2005, p.90.

Diante disso, como reflexo das garantias do contraditório e ampla defesa, consagradas constitucionalmente, a regra é que as partes têm liberdade em apresentar todas as provas que sirvam para fundamentar a tese que alegam no caso concreto. Contudo, essa liberdade na busca pelas provas não pode ser exercida a qualquer custo: devem ser respeitados, sobretudo, os direitos fundamentais da pessoa e as demais garantias e vedações constitucionais.

Nesse contexto, o trabalho em tela tem por objetivo demonstrar os limites da prova no processo penal, destacando-se a inadmissibilidade daquela obtida por meios ilícitos.

2. PRINCÍPIOS REGULADORES DA PROVA

A noção do que é essencial muda inexoravelmente de acordo com os valores sociais vigentes à época em que um ordenamento é elaborado. Assim, os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além da moral e da ética, que lhes são inerentes, muitas vezes valem como algo externo ao sistema processual, servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

A Constituição da República Federativa do Brasil - CF, como Lei Maior de todo o direito vigente, assim determina em seu preâmbulo a finalidade do Estado Democrático de Direito:

“...destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”

A Carta Magna então prevê os valores fundamentais a nortear todo o sistema no art 1º: “I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”.

Os preceitos fundamentais, que dão caráter aos sistemas processuais, são fixados pela ciência processual através de uma síntese crítica. Alguns princípios são comuns a todos os sistemas; outros são especificamente direcionados a certa matéria.⁴

Neste quadro, o Direito Processual Penal brasileiro deve ater-se aos princípios fundamentais sob a égide da Constituição, que são tidos como garantias essenciais do indivíduo tanto enquanto pessoa como enquanto cidadão e observar os princípios específicos relacionados à matéria, dada a sua devida importância na dinâmica das liberdades públicas.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 20ª edição, 2004, p.50.

No que tange a matéria probatória, podemos destacar o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da comunhão das provas, que serão delineados a seguir.

2.1 Princípio do Devido Processo Legal

Os preceitos colocados na Constituição com relevância processual têm natureza de normas de garantia na medida em que constituem garantias das partes (direitos públicos subjetivos) e do próprio processo, considerado como fator legitimante do próprio exercício da jurisdição.⁵

Também são considerados normas de garantia, do mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶ que passaram a integrar o sistema constitucional interno⁷ por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF⁸.

Elencado no art. 5º, inc. LIV, da CF⁹, o princípio do devido processo legal é entendido como o conjunto das garantias constitucionais indispensáveis ao correto exercício da jurisdição que de tal modo asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais.¹⁰

Assim, o princípio desdobra-se em um rico leque de garantias, que são inerentes ao regular desenrolar do processo, e, portanto, indispensáveis ao válido exercício da função jurisdicional. Estas garantias representam um direito de toda a sociedade,

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.27.

⁶ O Decreto nº 678 de 06.11.1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op.cit.* p.27.

⁸ O artigo 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁹ O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 20ª edição, 2004, p.82.

interessando não apenas às partes, mas ao próprio processo, sendo condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.¹¹

Destarte, o contraditório e a ampla defesa devem estar presentes em todos os processos em que haja litigantes ou acusado¹² (art. 5º, inc. LV, da CF¹³), os atos serão em regra públicos (art. 5º, inc. LX, da CF¹⁴) e a causa será julgada pelo juiz natural competente (art. 5º, inc. LIII, da CF¹⁵) de forma imparcial (art.8º, da Declaração dos Direitos do Homem da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1948¹⁶), apresentando as razões que fundamentam a decisão (art.93, inc. IX, da CF¹⁷).

Há garantias previstas especificamente para o processo penal como a presunção de não-culpabilidade do acusado ou presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF¹⁸); a comunicabilidade do preso (art.5º, inc. LXIII, da CF¹⁹), devendo ser informado os seus direitos e assegurada a assistência da família e de advogado; há previsão de

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.27.

¹² O inquérito policial, diferentemente da instrução criminal, não está adstrito às garantias do contraditório e da ampla defesa, pois não há ainda acusado, mas mero indiciado (CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. p. 83).

¹³ O artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “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”.

¹⁴ O artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

¹⁵ O artigo 5º, inciso LIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

¹⁶ O art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos versa sobre as garantias judiciais e dispõe: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/andec678-92.pdf. Acessado em 29 de abril de 2008).

¹⁷ O artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

¹⁸ O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹⁹ O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

indenização por erro judiciário e pela prisão que supere os limites da condenação (art. 5º, inc. LXXV, da CF²⁰).²¹

Dentre outras garantias está ainda a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI, da CF²²), sendo certo que estas provas são inutilizáveis no processo. Esta vedação é objeto do presente estudo e seus pormenores serão desenvolvidos nos próximos capítulos.

Pode-se afirmar ainda que a garantia do acesso à justiça, consagrada pelo próprio direito de ação e o direito de defesa, tem como conteúdo o direito ao processo com as garantias do devido processo legal.

Hoje se entende que o princípio em tela não abarca apenas o direito ao procedimento adequado previsto em lei, mas também a realidade social presente, sendo consoante à relação de direito material controvertida.²³

2.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais do processo que defluem do devido processo legal e estão elencados de forma clara no art. 5º, inc. LV, da CF: “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”.

O sistema penal brasileiro segue o modelo acusatório, no qual as funções de julgar a acusar estão reservadas a órgãos distintos.²⁴ O juiz coloca-se de forma

²⁰ O artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o de ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

²¹ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p.84.

²² O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²³ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p.82.

²⁴ O juiz tem o poder de jurisdição e a persecução penal do Estado é prerrogativa do Ministério Público – art.129, I, da CF, salvo nos casos de ação penal privada, quando a iniciativa é do ofendido – art.100, caput, Código Penal – Código Penal.

equidistante às partes, por força do dever de imparcialidade, devendo dar as mesmas oportunidades a ambas as partes de serem ouvidas, apresentar provas e influir no resultado no processo, dando concretude ao princípio do contraditório.²⁵

A igualdade no processo é entendida substancialmente como paridade de armas, ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, devendo ser as atividades da acusação e da defesa recíprocas entre si. O contraditório só pode ser eficaz se as partes possuírem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes.²⁶

Portanto, a audiência bilateral, que reflete o brocado romano *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve ser ouvida, é elemento inerente à noção de contraditório. Tourinho Filho²⁷ afirma de forma precisa a idéia que a bilateralidade traduz: “a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*”. As partes têm direito de que sejam desenvolvidas todas as atividades necessárias à tutela dos próprios interesses ao longo de todo o processo.²⁸

Assim, o contraditório se desdobra em dois momentos: informação e reação. A informação diz respeito à necessidade das partes terem ciência dos atos processuais que seguem no curso do processo (compreende citações, intimações e notificações) para poder contradizê-los. A participação ativa das partes na instrução do processo também deve ser garantida, pois as mesmas têm o direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e resultado do processo, influenciando na convicção do juiz acerca dos fatos ocorridos, devendo ser possível a reação das partes aos atos que lhes são desfavoráveis.²⁹

Destarte, pode-se verificar que indispensável à efetividade do contraditório é a possibilidade de ampla defesa do acusado. O direito à defesa é consectário lógico

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p.55.

²⁶ AVOLIO, Luis Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2003, p.27.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2002, p.20.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.143.

²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.138 e AVOLIO, Luis Francisco Torquato. Op. cit. p.28.

desta garantia processual. Essencial, portanto, é a defesa técnica por advogado ou a autodefesa, que é um direito indisponível do réu, da forma mais extensa possível.

Evidencia-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo no qual é analisada a veracidade das alegações feitas pelas partes para se chegar ao conteúdo do provimento jurisdicional.

GOMES FILHO ainda alerta que o contraditório “representa, especialmente na justiça penal, uma *opção de civilidade*, na medida em que implica em reconhecer a dignidade do acusado, cuja presença nas atividades de preparação da sentença é tão necessária quanto a do acusador”.³⁰

Conclui-se que o direito de defesa, que implica na possibilidade (compreendido aqui o aspecto da admissibilidade) de produção das provas necessárias em juízo, está contido nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2.3. Princípio da Comunhão da Prova

O ônus da prova em seu aspecto subjetivo, de acordo com as lições de BADARÓ, indica o encargo que pesa sobre as partes de buscar as fontes de prova para introduzi-las no processo pelos meios de prova; isto com o intuito de influir no convencimento do juiz acerca da veracidade das alegações feitas. Este ônus visa motivar a participação ativa das partes em fornecer as provas que pretendem ver conhecidas no processo ante o risco da prova frustrada (entendida como aquela que não logrou êxito em convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados).³¹

Contudo, no momento do julgamento, o juiz deve valorar todo o material probatório existente nos autos independentemente de qual das partes produziu a prova,

³⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.136.

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181-182. No mesmo sentido se pronuncia DINAMARCO in DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, v.3. 5ª ed., 2004-2005, p. 72.

já que o magistrado deve decidir a causa (de maneira fundamentada - art. 93, inc. IX, da CF) de acordo com sua convicção sobre a ocorrência dos fatos.

Assim, GUSTAVO BADARÓ coloca de forma precisa:

“se um fato está provado, pouco importa se foi o autor ou o réu que levou para os autos o meio de prova que permitiu ao juiz formar o seu convencimento sobre a veracidade ou falsidade da alegação sobre o fato que deveria ser provado”.³²

CÂNDIDO DINAMARCO, corroborando com este entendimento, aduz: “o que importa é a existência da prova, não as circunstâncias em que veio a ter ao processo”.³³

Cabe colocar que o juiz tem atividade probatória supletiva (poder instrutório), na medida em que a lei lhe confere o poder de determinar a produção de prova de ofício para dirimir circunstância relevante à conclusão da causa (art. 156 do Código de Processo Penal)³⁴, visando assim obter convicção acerca da realidade dos fatos ocorridos.³⁵

Outro aspecto a destacar é que uma vez realizada a prova, ela será eficaz tanto em benefício como em prejuízo de qualquer das partes, ou seja, o juiz deve considerar na sentença todas as provas produzidas, mesmo que uma das partes o tenha feito contra si mesma.³⁶

Conseqüentemente, a não produção de provas por uma parte de fato que é de seu interesse não implica necessariamente em uma conseqüência desfavorável, pois o juiz ou mesmo a parte contrária poderá produzir tal prova.³⁷

O ônus da produção da prova de um fato pela parte interessada não é indispensável, no entanto, a falta da prova pode levar a uma situação de vantagem para o onerado, pois, se o fato de seu interesse não for provado por ele, pelo juiz ou pela

³² BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. Op. cit. p.185.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 84.

³⁴ Existem divergências doutrinárias no que tange a atividade probatória do juiz que não cabe aqui serem expostas minuciosamente. Há quem entenda, por exemplo, que seria inconstitucional a produção de prova de ofício pelo juiz pelo princípio da imparcialidade e da vigência do sistema acusatório, devendo ser interpretado o artigo 156 do Código de Processo Penal como possibilidade do juiz dirimir controvérsia de prova produzida pelas partes e não de produzir nova prova com tal finalidade (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 292-293).

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. Op. cit. p.190.

³⁶ Idem. Ibidem. p. 186.

³⁷ Idem. Ibidem. p. 187.

parte contrária, o resultado será provavelmente em seu desfavor, já que suas alegações não restarão provadas.

Nesse sentido, PAULO RANGEL acrescenta que o sentido da palavra comunhão designada para nomear o princípio significa a participação comum de crenças, idéias ou interesses; assim, no contexto da prova, nos remete ao entendimento de que a mesma, uma vez introduzida no processo, pertence a todos os sujeitos processuais, não obstante ter sido levada por apenas um deles.³⁸

Enfim, pode-se estabelecer que o princípio da comunhão da prova ou da aquisição da prova consiste no fato de que o juiz irá valorar em sua decisão todas as provas introduzidas no processo, independentemente de quem as tenha produzido, pois o esclarecimento dos fatos ocorridos é essencial para o exercício da jurisdição penal. O que importa é o que para ele restou provado a partir da análise do material probatório constante nos autos, o qual, como veremos a diante, é objeto de juízo prévio de admissibilidade.

3. CONCEITOS RELATIVOS À PROVA

A prova é elemento indispensável à atividade processual, pois é a partir dela que o magistrado irá constatar os elementos dos quais precisa ter ciência para solucionar os conflitos que se apresentam.

³⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 12ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pg. 406.

Embora o Estado Democrático de Direito estabeleça como regra a liberdade do indivíduo, a sociedade organizada dispõe da pretensão punitiva em relação àquele que transgride regras penais, as quais tem elevado valor na ordem social.

ADA GRINOVER lembra que a função que o direito exerce na sociedade é “de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificam entre os seus membros”, isto de forma a “ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”.³⁹

No processo penal, o importante é entender a dinâmica dos fatos pretéritos, que se verifica pela análise das provas apresentadas, para que se justifique a medida da sanção penal imposta ao acusado.

3.1. Conceito de prova penal

A tutela jurisdicional do Estado é requerida para que sejam solucionados, de forma pacificadora e justa, os conflitos que surgem com a insatisfação gerada a partir de uma pretensão resistida. E toda pretensão prende-se a algum fato ou fatos, em que se fundamenta.⁴⁰

Ao autor da demanda incumbe a afirmação da ocorrência dos fatos através dos elementos de convicção que fundamentam sua tese, garantindo os efeitos jurídicos esperados; ao demandado incumbe a contraposição das alegações apresentadas pelo autor.

A prova judiciária penal tem, portanto, o objetivo reconstruir os fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica⁴¹, para

³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 20.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2004, p.141.

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 6ª edição, 2006, p. 285.

formar a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrências dos fatos. Assim, a prova diz respeito aos fatos, mas não a todos.

Segundo ADA GRINOVER⁴², os fatos notórios (que são de conhecimento de todos, fazendo parte da cultura e informação de um povo), os impertinentes (que são estranhos ao objeto da causa), os irrelevantes (que embora pertençam à causa, não influenciam na decisão), os que sejam cobertos por presunção legal de existência ou veracidade e os impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis), não devem se admitidos como prova em juízo.

No contexto processual penal é irrelevante que os fatos sejam incontroversos já que, apesar da convergência das partes, o juiz penal deve se balizar nas provas que possam fazer-lhe conhecer os fatos reais e verdadeiros.⁴³ Como dito, o objetivo é a reconstrução dos fatos ocorridos.

Cabe ressaltar que constituem objeto da prova as alegações de fato e não os fatos alegados, até porque, como afirma CÂNDIDO DINAMARCO⁴⁴, as alegações é que estão suscetíveis à verificação da verdade posto que podem ser verazes ou mentirosas; os fatos existem ou não existem, ou ocorreram ou não ocorreram.

MALATESTA conclui que “o objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; o objetivo principal das suas investigações é, em outros termos, o estudo das provas de certeza”.⁴⁵

Para a condenação penal, conseqüentemente, é necessário um elevado grau de verossimilhança e probabilidade sobre a prova da materialidade e autoria do fato delitivo para que gere a certeza da verdade dos fatos na consciência do juiz. Como bem destaca MALATESTA⁴⁶, é sob a eficácia persuasiva da prova que o espírito humano se sente no cõncio poder da verdade e se baseia na convicção racional.

⁴² CINTRA, Antônio Carlos de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p.350.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.155.

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, v.3, 5ªed., 2004-2005, p.58.

⁴⁵ MALATESTA, Flamarino dei. *A Lógica das provas em matéria criminal*. 6ª edição, São Paulo: Bookseller, 2005, p.90.

⁴⁶ Loc. cit.

É certo que pela presunção de inocência e pelo princípio do *in dubio pro reo*, garantias constitucionais que defluem do art.5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil – CF⁴⁷, o acusado deverá ser absolvido em caso de dúvida acerca das alegações por insuficiência de provas (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal - CPP⁴⁸), as quais devem revelar “certeza” acerca do ocorrido.

O termo prova não nos remete a uma aceção absoluta.

No dicionário a palavra prova, do latim *proba*, nos direciona a 18 conotações, dentre as quais destaca-se:

1. Aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente. **2.** Ato que atesta ou garante uma intenção, um sentimento; testemunho, garantia. **3.** Processo pelo qual se verifica a exatidão de um cálculo. **4.** Ato de ingerir ou degustar certa porção de comida ou bebida a fim de verificar-lhe a qualidade, o sabor, a temperatura, o teor alcoólico, ou o estado. **5.** Experiência para se verificar se uma roupa que está sendo feita se ajusta bem ao corpo, ou se assentará bem. **15.** *Dir. Jud. Civ. e Pen.* Atividade realizada no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento: o objeto da prova são os fatos. **16.** *Dir. Jud. Civ. E Pen.* O resultado dessa atividade: julgar segundo a prova dos autos. **17.** *Dir. Jud. Civ. e Pen.* Cada um dos meios empregados para formar a convicção do julgador: prova documental; prova testemunhal. **18.** *Lóg.* O que leva à admissão de uma proposição ou da realidade de um fato.⁴⁹

Concluí-se, então, que na essência, o termo prova designa um ato, uma prática ou documento que seja uma garantia evidente de uma alegação ou que ateste uma situação ou fato.

Juridicamente, prova em sentido amplo compreende os atos de investigação realizados pela polícia judiciária que ensejam da instauração do processo, que tem validade limitada (devem ser admitidas pelo juiz para serem validadas e posteriormente

⁴⁷ O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁴⁸ O artigo 386, do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, dispõe: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts.17, 18, 19, 22 e 24,§1º, do Código Penal); VI – não existir prova suficiente para a condenação”

⁴⁹ FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Positivo, 3ª ed., 2004, p. 1.649.

valoradas), e os atos de prova, denominados de prova em sentido estrito, que são aqueles realizados no processo sob o crivo do contraditório e que poderão embasar a sentença penal condenatória.⁵⁰

A palavra prova pode ainda assumir diferentes sentidos: indica, num primeiro momento, o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos, mas pode designar o resultado dessa atividade ou ainda apontar os meios de prova.⁵¹

Destarte, distingue-se a prova penal pelo sentido jurídico que lhe é empregado como fonte de prova, meio de prova e objeto da prova. As fontes de prova são os fatos percebidos pelo juiz a partir dos quais se chega a um meio de prova a fim de buscar a realidade dos fatos ocorridos; os meios de prova são os instrumentos pelos quais as fontes de prova são fixadas em juízo (testemunho e perícia, por exemplo) e objeto da prova é o fato a ser provado que se verifica pela fonte e se produz pelo meio de prova.

Para MITTERMAIER⁵², a prova, sendo base de argumentações que cada uma das partes emprega para ganhar a convicção do juiz, pode ser encarada em relação àquele que a produz e com relação àquele perante quem ela é dada. Sob o primeiro aspecto, a prova, tomada subjetivamente, designaria os esforços feitos pelas partes para fundar a convicção no ânimo do juiz e habilitá-lo a decidir com toda a certeza a respeito dos fatos da causa; prova e produção de prova seriam sinônimos. Considerada em relação ao segundo aspecto, a prova seria sinônimo de certeza, tomada objetivamente; designaria o complexo dos fortes motivos que, com toda segurança, dão em conclusão a realidade dos fatos imputados.

Quanto às atividades processuais concernentes à prova pode-se destacar quatro momentos: a proposição (indicação ou requerimento das provas pelas partes); a admissão (manifestação do juiz acerca da admissibilidade da produção da prova em juízo, que implica num juízo de relevância, pertinência e possibilidade da prova a ser produzida no processo); a produção (introdução das provas admitidas no processo;

⁵⁰ LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p.5.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.142.

⁵² MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 4ª ed., 2004, p.76.

fixação em juízo) e a apreciação (valoração das provas pelo juiz, que reflete um juízo de veracidade).⁵³

Cada ordenamento apresenta requisitos a serem observados para que os momentos da prova se desenvolvam regularmente no processo.

No Brasil, a proposição da prova é feita em regra a requerimento da acusação na denúncia ou na queixa-crime (art. 41, do CPP⁵⁴), conforme o caso seja de ação penal pública ou ação penal privada, respectivamente, e na defesa prévia (art. 395, do CPP⁵⁵) pela defesa. Contudo, havendo necessidade, POLASTRI entende que deve ser admitida a proposição de produção de prova a qualquer tempo no processo em nome do princípio constitucional da ampla defesa.⁵⁶

Para que a prova seja admitida o juiz deve verificar a relevância da prova para a verificação da veracidade dos fatos alegados, a sua pertinência (útil ao esclarecimento dos fatos ocorridos) a possibilidade da produção da prova em juízo de acordo com o estágio do conhecimento humano (o fato pode ser possível, mas a produção da prova não: por exemplo, pode ser possível que determinado planeta seja habitado, mas impossível produzir-se tal prova)⁵⁷, e, principalmente, se esta foi colhida de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

A produção das provas em juízo poderá se dar imediatamente (prova documental, por exemplo) ou com data pré-fixada (prova testemunhal, por exemplo, que é produzida em audiência).

A avaliação das provas passou por diferentes fases e modificou-se ao longo da história amoldando-se às convicções, às conveniências, aos costumes e ao regime político de cada povo.⁵⁸

⁵³ Loc. cit.

⁵⁴ O artigo 41 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 dispõe: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário o rol de testemunhas”.

⁵⁵ O artigo 395 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 dispõe: “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas”.

⁵⁶ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit. p. 12.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2002, p.460.

Na antiguidade vigorava o sistema *ordálico* que, baseado em superstição, entendia que a Divindade intervia nos julgamentos demonstrando a culpabilidade do acusado. Assim, submetia-se o possível culpado a uma prova, como passar os pés descalços sobre um ferro em brasa, para aferir sua responsabilidade, já que as divindades favoreceriam aquele que estivesse com a razão.⁵⁹

Posteriormente, já com a idéia de Estado delimitado pelo território, prevaleceu o sistema da prova legal ou sistema tarifado, pelo qual o juiz deveria ater-se às regras de avaliação previamente estabelecidas pela lei processual. Cada prova tinha um valor certo, constante e inalterado estabelecido em lei; atribuía-se a uma prova maior ou menor valor em detrimento da outra.⁶⁰

Na Roma antiga surgiu o sistema da livre ou íntima convicção que outorga ao juiz ampla liberdade de julgar de acordo com a sua consciência, sem qualquer vínculo ou limitações legais. As convicções pessoais do juiz acerca das provas apresentadas é que direcionam a decisão.

Hoje temos ainda o sistema do livre convencimento motivado ou da livre persuasão que busca evitar o arbítrio do juiz sem justificativas plausíveis. Por este método o juiz é livre na formação do seu convencimento acerca da veracidade das provas, não estando atrelado a qualquer critério legal de valoração. Contudo, só poderá utilizar-se das provas admitidas pela lei que estão sujeitas a um prévio juízo de credibilidade para influírem no processo, as quais não podem ser ilícitas ou ilegítimas. É indispensável, ainda, a fundamentação da decisão a partir de uma argumentação racional, com a exposição dos motivos que levaram à valoração das provas que embasam a decisão final, proporcionando a impugnação desta pela parte insatisfeita.

No processo penal brasileiro, apesar do 157⁶¹, do CPP, indicar o sistema da livre convicção, entende-se que, a partir de uma interpretação conforme a Constituição da República (que é posterior ao Código de Processo Penal e Lei Maior a orientar o ordenamento jurídico), o que vige é o sistema do livre convencimento motivado. O art.

⁵⁹ Loc. cit.

⁶⁰ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit. p.74.

⁶¹ O artigo 157 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 dispõe: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova".

93, inc. IX, da CF é claro: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Ademais, o próprio código aponta a necessidade de serem fundamentadas as decisões do juiz de acordo com o disposto no art. 381, inc. III: “A sentença conterá: III - a indicação dos motivos de fato e direito em que se fundar a decisão”. A valoração das provas produzidas, então, é feita no fim do procedimento judicial na sentença, de forma fundamentada, pelo juiz natural da causa, em regra.

Cabe ressaltar que há excepcionalmente a valoração das provas pelo sistema da livre convicção no procedimento do Tribunal do Júri. A decisão do júri popular é soberana e de acordo com a convicção íntima dos jurados, não dependendo de motivação ou justificativa.⁶²

3.2. Direito à prova

Os direitos individuais protegidos pela Constituição da República são cláusulas consagradoras do direito de defesa do juízo criminal cuja leitura implica no reconhecimento do direito à prova.⁶³

Assim, das garantias do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF) e da presunção de inocência

⁶² O artigo 5º, XXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. E o artigo 493 do Código de Processo Penal de 1941 dispõe: “A sentença será fundamentada, salvo quanto às conclusões que resultarem das respostas aos quesitos e lida pelo juiz, de público, antes de encerrada a sessão do julgamento”.

⁶³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 80.

(art. 5º, inc. LVII, da CF) se extrai o direito de defender-se provando, sendo este um pressuposto para a realização de um processo justo e condição indispensável para que se possa obter a prova da culpabilidade do acusado.⁶⁴

Nesse contexto importante trazer a colocação de MALATESTA acerca do direito à persecução penal:

“tendo a sociedade ofendida o direito de punir o réu, não tem, contudo, o direito de ver sacrificada uma vítima em seu altar, qualquer que seja, culpada ou inocente; não: o direito da sociedade só se afirma racionalmente como direito de punir o verdadeiro réu; , para o espírito humano, só é verdadeiro o que é certo. Por isso, absolvendo em caso de dúvida razoável, presta-se homenagem ao direito do acusado e não se oprime o direito da sociedade”.⁶⁵

Acrescenta peremptoriamente TUCCI⁶⁶ que o direito à prova legitimamente obtida ou produzida é ínsito à contraditoriedade da instrução criminal.

A relação entre as partes e as provas tem sido tratada em termos de ônus pela doutrina processual penal.

O ônus processual é entendido como uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse, já que a não realização da conduta implica na exclusão do benefício pretendido⁶⁷ sem configurar, no entanto, um ato ilícito. Diz-se que há ônus quando o exercício de uma faculdade é condição para se obter uma determinada situação de vantagem ou para impedir uma situação desvantajosa⁶⁸.

⁶⁴ Loc. cit.

⁶⁵ MALATESTA, Flamarino dei. Op. cit. p.13.

⁶⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo, Rogério Lauria Tucci (tese de titular), 1993, p. 226-227, *apud*, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.81.

⁶⁷ Há casos em que o não cumprimento do ônus torna improvável a vantagem ou provável o prejuízo; ou seja, o titular passa a correr o risco de ser prejudicado, mas é possível que o risco não se consuma. Em outros casos, o descumprimento do ônus gera inevitavelmente uma consequência desfavorável (BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.174).

⁶⁸ Os sujeitos da relação jurídica processual podem se encontrar em posição ativa ou em posição passiva. A posição ativa ou favorável é aquela preordenada a realizar um interesse do titular que se funda em um direito, poder ou faculdade; a posição passiva ou desfavorável é aquela que realiza o interesse de outrem em face ao titular da posição jurídica, o qual consiste em uma obrigação, dever ou sujeição. O ônus processual deve ser entendido como posição ativa por não ser possível a exigência ou imposição do seu cumprimento, cabendo apenas àquele que tem o ônus decidir acerca de sua implementação. Este representa posições jurídicas lícitas, mesmo quando há seu descumprimento posto que é uma faculdade (BADARÓ, Gustavo Henrique R. I., *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.169-172).

Assim, como afirma GOLDSCHIMIDT⁶⁹, os ônus são um imperativo do próprio interesse que se manifestam sob ameaça de um prejuízo.

O ônus da prova, por iniciativa dos processualistas austríacos⁷⁰, é visto sob um aspecto objetivo e subjetivo.

Objetivamente, o ônus da prova se refere ao critério estabelecido pelo legislador para julgamento da causa pelo juiz nos casos em que haja incerteza acerca dos fatos, independentemente de qualquer atividade das partes. O juiz deve analisar toda a prova existente nos autos, sem levar em consideração quem as produziu, para obter a convicção acerca da ocorrência dos fatos levados a conhecimento em juízo, o que é concluído a partir de um juízo de veracidade das alegações das partes.⁷¹

Subjetivamente, o ônus da prova se refere ao encargo que pesa sob as partes de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo pelos meios de prova para que os fatos sejam conhecidos no processo e suas alegações comprovadas. As partes são estimuladas a fornecer a prova dos fatos alegados ante o risco de frustração do interesse em jogo (aqui há uma possibilidade de gravame e não um prejuízo irrevogável ou infalível).⁷²

Neste sentido, há quem entenda que os fatos constitutivos devem ser demonstrados só pelo autor, e os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos devem ser comprovados com as provas produzidas pelo réu. Contudo, diante do princípio da comunhão ou aquisição das provas, esta distribuição do ônus da prova é incompatível com a ordem processual vigente, sendo certo que as provas produzidas por ambas as partes servirão à formação da convicção do juiz acerca dos fatos ocorridos, não importando se a decisão é favorável ou não à parte que produziu as provas convincentes.⁷³

⁶⁹ James Goldschmidt. *Teoria General del proceso*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 82-83, *apud*, BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

⁷⁰ *Idem*. *Ibidem*. p. 178.

⁷¹ *Idem*. *Ibidem*. p. 181.

⁷² *Loc. cit.*

⁷³ *Loc. cit.*

De acordo com GUSTAVO BADARÓ, o disposto no art. 156⁷⁴ do CPP, que estabelece a regra de que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, deve ser interpretado de acordo com o art. 41⁷⁵ do mesmo diploma, a partir do qual se verifica o dever do Ministério Público de narrar na denúncia o fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Deste modo, ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, incumbiria ao acusador demonstrar existência de um crime cuja autoria deva ser imputada ao acusado (aqui compreendidos os conceitos de culpabilidade e ilicitude) para que a denúncia seja recebida e assim instaurado o processo penal condenatório.⁷⁶

HÉLIO TORNAGHI entende que o art. 156 do Código de Processo Penal revela que as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provados pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos compete a quem o fato aproveita.⁷⁷

ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO⁷⁸ evidencia que o reconhecimento de um verdadeiro direito subjetivo à prova, cujos titulares são as partes no processo, implica em garantir que as partes tenham as mesmas condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que servirá de base à decisão.

A prova deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional, tanto antes, para se obter elementos que autorizem a persecução penal ou que possam evitá-la, como durante o processo.

O exercício do direito à prova compreende, então, segundo GOMES FILHO⁷⁹, o direito à investigação, pois a faculdade de descobrir provas é condição indispensável para tanto; o poder de iniciativa de introdução do material probatório no processo (direito de proposição de provas); a participação nos atos de produção, para possibilitar

⁷⁴ O artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 dispõe: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

⁷⁵ O artigo 41 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 dispõe: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. Op. cit. p.257-258.

⁷⁷ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*/São Paulo: Saraiva, v.3, 2ª ed., 1977, p. 469, *apud*, BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. Op. cit. p. 258.

⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 85.

⁷⁹ *Idem*. *Ibidem*. p. 87-89.

o exercício do contraditório com a produção de eventuais contra-provas e o direito à apreciação das provas introduzidas no processo, que é verificado pela motivação da sentença, assegurando-se, assim, a efetividade do direito à prova.

CÂNDIDO DINAMARCO assevera que o direito à prova é exercido mediante o emprego de fontes de prova legitimamente obtidas e a regular aplicação das técnicas representadas pelos meios de prova. Constitucionalmente, o direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o justo processo.⁸⁰

A jurisprudência brasileira, de acordo com ADA GRINOVER, é pacífica no sentido de ser imprescindível dar-se oportunidade ampla às partes para oferecerem material probatório, falando-se genericamente em cerceamento de defesa ou de acusação caso isto não ocorra.⁸¹

Nesta seara importante é a questão da admissibilidade, pertinência e relevância da prova, que são características indispensáveis das provas a serem introduzidas no processo. Estas restrições do direito à prova de uma das partes asseguram, de outro lado, o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada. Daí conclui-se que há um direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes que subsiste em confluência ao direito à prova.⁸²

3.3. Limites do direito à prova

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos de forma absoluta em face da natural restrição resultante da convivência das liberdades, não sendo permitido que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública ou liberdades de outrem. Os direitos individuais são considerados de forma harmônica com a sociedade, na medida em que o indivíduo é parte da

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 47-48.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.144.

⁸² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.88-89.

organização social, justificando-se assim, no Estado social de direito, tanto os direitos como suas limitações.⁸³

Deste modo, como todo direito, o direito à prova não é irrestrito ou infinito. O processo só pode fazer-se dentro de escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

A investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas em consonância com as regras estabelecidas já que a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu a qualquer custo; a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. A observância do procedimento estabelecido é uma garantia do indivíduo.⁸⁴

Analisando o horizonte político-criminal das proibições de prova, COSTA ANDRADE⁸⁵ afirma que o sistema não pode superar seus problemas a custa do despeito do valor autônomo da pessoa. Os limites são impostos tanto em nome dos valores e direitos pessoais como em nome dos próprios interesses que devem ser promovidos pelo processo penal.

Ainda no que tange as proibições de prova, GÖSSEL⁸⁶ assevera que a estas cabe a tarefa de prevenir que o imperativo da realização da justiça material resultante do Estado de Direito seja obtida a custa de violações à dignidade da pessoa humana ou da violação de outros princípios. Do Estado de Direito decorre tanto o dever de averiguar a verdade quanto a delimitação dessa averiguação.

Destarte, a Constituição da República de 1988 prevê limitações para traçar o perfil dogmático do direito à prova, iniciando pelo veto às provas obtidas por meio ilícito. Em nível infraconstitucional é estabelecido um sistema que estabelece os momentos, fases e preclusões referentes aos meios de prova, que constituem delimitação a este direito e a seu exercício. Conforme CÂNDIDO DINAMARCO, falar em direito à prova,

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.152-153.

⁸⁴ Idem. Ibidem. p.153-154.

⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p.118-119.

⁸⁶ GÖSSEL, Bockelmann-Fs., *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. p.119.

portanto, é se referir ao direito à prova legítima a ser exercida segundo os procedimentos previstos pela lei.⁸⁷

São estabelecidas limitações ao objeto da prova, aos meios de introdução do material probatório em juízo e determinados os procedimentos adequados às operações de colheita de provas⁸⁸. Estes limites podem ter fundamentos extraprocessuais (critérios políticos, por ser inconcebível que o Estado se utilize de métodos que não levem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material, comprometendo a legitimação do sistema punitivo), como a proibição de introdução das provas obtidas por meios que violam direitos fundamentais, ou processuais (critérios lógicos, que exprimem o interesse em uma correta e eficiente – aqui ínsito o conceito de economia processual - apuração dos fatos ocorridos), como as provas impertinentes ou irrelevantes ou que possam conduzir o julgador a uma avaliação errônea.⁸⁹

Antes da introdução do material probatório no processo faz-se, assim, um juízo de admissibilidade por critérios jurídicos para impedir que tenha ingresso no processo e sejam valoradas pelo juiz as provas provenientes de fontes espúrias ou meios de prova imputados inidôneos.⁹⁰

FREDERICO MARQUES ensina que, de um modo geral, são inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor, que são: os meios probatórios de invocação sobrenatural e aqueles que sejam incompatíveis com os princípios de defesa e à dignidade da pessoa humana.⁹¹

Enfim, o direito subjetivo à introdução do material probatório no processo é correlato ao direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes, que são restrições impostas para assegurar o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida produzida e valorada⁹².

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 49.

⁸⁸ Cabe ressaltar que o Brasil adota o sistema das provas explicativas, ou seja, a lei processual indica algumas provas mais utilizadas, chamadas de nominadas, sem prejuízo das partes utilizarem outras não previstas, chamadas de inominadas, que serão objeto de um juízo de admissibilidade pelo juiz da causa. (LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p.36)

⁸⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.92-93 e 96-99.

⁹⁰ Idem. Ibidem. p.95.

⁹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, v.2,1997, p. 256

⁹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.89.

Conclui-se com os ensinamentos de GOMES FILHO que, na constatação de que o ordenamento é uno, vem crescendo o âmbito abarcado pelas proibições de prova: a violação de qualquer de suas regras, com o propósito de obtenção de provas, deverá conduzir ao reconhecimento da ilegalidade das mesmas, que não poderão influenciar no convencimento do juiz acerca dos fatos ocorridos, ou seja, não poderão ser introduzidas no processo.⁹³

ADA GRINOVER arremata o assunto afirmando que as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova devem ser aceitas e estabelecidas, ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício.⁹⁴

3.4. Provas Vedadas

A questão da denominada “prova lícita” implica na investigação do que tange a relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório, tendo em vista os aspectos que permeiam o processo penal da busca da verdade em defesa da sociedade e do respeito aos direitos fundamentais do indivíduo que podem ser afetados pela investigação.⁹⁵

A prova vedada, de acordo com a doutrina italiana trazida por NUVOLONE, é toda aquela que for contrária a uma específica norma legal ou a um princípio de direito positivo. Esta pode ter um sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção (provas obtidas por meios criminosos) ou um sentido relativo quando o ordenamento permite o meio de prova condicionando sua admissibilidade à observância de determinadas formas.⁹⁶

⁹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pg.100.

⁹⁴ Idem. Ibidem. p. 154.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p.123.

⁹⁶ Loc. cit.

A vedação pode ser estabelecida tanto pela lei processual quanto pela norma material e ainda pode ser expressa ou ser implicitamente deduzida dos princípios gerais.⁹⁷

Nessa tônica, a proibição de natureza processual, que é colocada em função dos interesses atinentes à lógica e finalidade do processo, constitui o ato considerado ilegítimo; e a proibição de natureza substancial, que serve mediatamente a interesses processuais e diretamente ao reconhecimento dos direitos do indivíduo, independentemente do processo, leva a constatação do ato ilícito. Em ambos os casos a violação do impedimento configura uma ilegalidade.⁹⁸

A prova ilegítima é então consubstanciada em dispositivos processuais que contém regras de exclusão de determinadas provas, como a proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional (art. 207, do CPP brasileiro). AVOLIO bem conclui que nestes casos “tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade”.⁹⁹

Utilizando-se então da terminologia adotada por NUVOLONE, a prova ilegal ou vedada é aquela que viola normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. A prova será ilegítima quando a proibição for colocada por uma lei processual; a prova será ilícita quando a proibição for de natureza material.

Ocorre que determinadas provas ilícitas podem ao mesmo tempo ser ilegítimas se a lei processual também impede a sua produção em juízo. Neste caso, a prova ilícita é processualmente inadmissível e, portanto, fulminada de nulidade, devendo ser considerada ineficaz a decisão que se fundar sobre ela.¹⁰⁰

Por prova ilícita em sentido estrito indica-se, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, comumente

⁹⁷ Loc. cit.

⁹⁸ Idem. Ibidem. p.123-124.

⁹⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.43.

¹⁰⁰GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.157.

colocadas para proteção das liberdades públicas, especialmente os direitos de personalidade e da sua manifestação que é o direito à intimidade.¹⁰¹

Deste modo, ADA GRINOVER constata que “constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art.5º, XII,da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art.5º, III, da CF); as colhidas com infringência à inimizade (art.5º, X, da CF) etc”. É lembrada ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que integra hoje o sistema constitucional brasileiro e prevê no seu art. 11 a proteção da honra e da dignidade, dentre outras garantias.¹⁰²

Por todo o exposto, o conteúdo do art. 5º, LVI, da Constituição da República de 1988, qual seja: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, deve ser entendido como uma vedação imposta pelo diploma que abarca proibições de natureza material e processual na medida em que não poderão ser utilizadas no processo as provas que tenham sido colhidas de forma ilícita, ou seja, contrariando substancialmente o ordenamento jurídico.

Neste sentido, se pronuncia ADA GRINOVER:

Ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual da provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material.¹⁰³

Contudo, existem construções doutrinárias que entendem não ser absoluta a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos contemplada pela Carta Magna pela eventual aplicação do princípio da ponderação de interesses ou, ainda, pelo princípio da busca da verdade real.

O problema da provas ilícitas, como bem apresenta a autora, está circunscrito à ilegalidade própria de um ato anterior ou não coincidente com aquele de produção em juízo; que, por outro lado, não concerne ao problema do conteúdo e da veracidade da

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 129.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Ob. cit. p.158-159.

¹⁰³ Idem. Ibidem. p.166.

prova, que se projetam no âmbito da valoração.¹⁰⁴ Ou seja, o fato de não poderem ser utilizadas no processo as provas colhidas de forma ilegal, mesmo que as mesmas possam refletir a realidade dos fatos ocorridos, gera discussões na seara do direito penal.

4. POSICIONAMENTOS REFERENTES À UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

A problemática que envolve o conflito entre os direitos coletivos e os direitos individuais é pivô de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que oscilam entre a prevalência de um direito em detrimento do outro, de acordo com os valores vigentes à época em cada lugar.

¹⁰⁴ Idem. Ibidem. p.159-160.

A utilização do conteúdo da prova obtida por meios ilícitos na decisão de uma causa é uma das questões que suscita alvoroço no âmbito de tais discussões. Sobre o tema, existem as teorias que variam entre a admissibilidade e a inadmissibilidade das provas ilegais, as quais são entendidas de forma absoluta por uns ordenamentos e relativamente ponderadas por outros.

No Direito Brasileiro, a partir da interpretação dos valores emanados da Constituição surgem doutrinas que mitigam a vedação expressa contida no art. 5º, LVI deste mesmo diploma, as quais serão expostas nos capítulos que seguem.

4.1. Direito Comparado

ADA PELEGRINI GRINOVER, em seu livro *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*¹⁰⁵, e LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, em seu livro *Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*¹⁰⁶, apresentam um estudo comparativo dos critérios adotados quanto à admissibilidade, ou não, das provas ilícitas em diversos ordenamentos jurídicos, que é de importante observação e, portanto, será apresentado a seguir.

No sistema da *common law*, a opinião dominante na doutrina anglo-americana no que se refere à admissibilidade da prova é adstrita ao conceito de *illegally obtained evidence*, que se aplica a possibilidade de produção processual de elementos objetivos que influenciem no convencimento do juiz.

O termo *illegally* compreende, a princípio, qualquer forma de ilícito: tanto o de natureza criminal quanto o de natureza civil ou disciplinar. No entanto, o que importa analisar é a natureza das normas ou princípios violados para que se considere o ato inconstitucional ou apenas ilegal.

¹⁰⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976, p.147- 186.

¹⁰⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 45-55.

A palavra *evidence* significa meio de prova, que designa qualquer meio capaz de fornecer ao tribunal *basis of proof*. A seu turno, *proof* significa a total demonstração em juízo da veracidade e verossimilhança da ocorrência dos fatos, do *factum probandum*.

Na expressão *illegally obtained evidence*, a *evidence* em questão é a denominada a *real evidence* e não a *circunstancial evidence*. A *real evidence* é a prova do ato praticado em desacordo com o ordenamento jurídico que é suscetível de apreensão direta pelo juiz, ou seja, que compreenda dados da realidade ontológica.

No que tange a admissibilidade das provas a questão que se coloca é se a tutela da esfera de liberdade e intimidade do indivíduo se sobrepõe, ou não, ao interesse do Estado em punir o infrator, mesmo que se utilize provas de autoria e culpa colhidas de forma arbitrária, em dissonância com o direito positivo e regras morais.

Para o ordenamento anglo-saxão tradicional, é prevalente o entendimento de que a ilegalidade é secundária para o processo, sendo a questão da admissibilidade das provas resolvidas a partir da relevância destas. A atividade ilegal no colhimento das provas não modifica a eficácia probatória da *real evidence*.

A exigência da busca da verdade é vista com finalidade primeira do processo, contudo, há exclusão da admissibilidade probatória de certos fatos, ainda que plenamente relevantes, por exigência de princípios extraprocessuais de *public policy*, que tem finalidades estranhas ao princípio da busca da verdade.

Assim, a prova admissível é aquela cuja produção seja concretamente relevante para o processo e que não esteja em contraste com regras extrínsecas à atividade da polícia, denominadas *rules of extrinsic policy*, que eventualmente estejam atinentes à matéria em questão.

Nesse sentido estão pautados os ordenamentos jurídicos do Canadá, África do Sul e Austrália.

Na Inglaterra, a regra prevalente é a irrelevância dos métodos com os quais foi obtida a prova, afirmando-se que seria um obstáculo perigoso à administração da justiça que as provas conseguidas de forma ilegal não pudessem ser utilizadas¹⁰⁷; contudo, existe a tendência inovadora em relação a esse sistema tradicional da

¹⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.101.

common law com a introdução das *judges rules*, que mostrou a necessidade de um controle jurisdicional rigoroso da atividade policial para que a admissibilidade das provas arbitrariamente obtidas não configure incentivo à ilegalidade dos agentes. Reconheceu-se um poder discricionário ao juiz para excluir as provas resultantes de um procedimento irregular, mas essa não constitui uma regra geral.

Em sentido oposto, os Estados Unidos da América empregam como regra a inadmissibilidade das provas ilícitas¹⁰⁸.

Este país usufruiu desde suas origens de uma Constituição escrita que, de forma rígida, se limitou a traçar normas genéricas cuja concretização é confiada à função legislativa e à função jurisdicional, permitindo, assim, a flexibilidade do seu conteúdo que se adequa às exigências econômico-sociais que mudam ao longo do tempo.

Nesse contexto, a Constituição federal se coloca como sistema inviolável de valores que devem nortear as atividades estatais, dentre os quais está o *bill of rights*, que contém os direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, com interpretação da previsão do *privilege against self-incrimination*, da Emenda V, o *right to counsel*, da Emenda VI e a tutela da esfera privada da Emenda IV, que prevê: “*right of the people to be secure in their persons, houses, paper and effects, against unreasonable searches and seizures...*”, a Suprema Corte Americana firmou que a prova obtida com infringência à Emenda IV seria inadmissível no processo criminal federal (decisão do caso *Weeks v. United States* em 1914) e no processo criminal estadual (decisão do caso *Wolf v. Colorado* em 1949).

Na experiência americana, não há garantia absoluta na esfera da inviolabilidade dos direitos públicos subjetivos, pois se considera que cada direito fundamental é exercido dentro de uma coletividade organizada, prevalecendo o bem comum diante do interesse privado. Contudo, ADA GRINOVER adverte que segundo COMOGLIO, o bem individual será sacrificado apenas diante de uma justificativa contundente em proporção à importância do bem coletivo¹⁰⁹; aqui se apresenta o critério de razoabilidade (*reasonableness*).

¹⁰⁸ Esta evolução veio de 1914, com o caso *Weeks v. United States*, que previu a inadmissibilidade no âmbito federal, até 1962, com o caso *Mapp v. Ohio*. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p.155).

¹⁰⁹ Idem. Ibidem. p.160.

Sob o ponto de vista americano, a inadmissibilidade das provas ilícitas no âmbito do processo criminal decorre de sua obtenção constituir uma ilicitude constitucional (apenas nos atos de busca e apreensão realizados pelas autoridades públicas), da qual nasce a ilegitimidade processual (*exclusionary rule*).

Cabe ressaltar que a inadmissibilidade das provas ilícitas neste caso encontra limitações: só ocorre em processos criminais, diante dos atos de busca e apreensão realizados por funcionários públicos, e apenas a vítima é legitimada para requerer a exclusão da prova obtida ilegalmente (o sujeito da relação jurídico-processual deve coincidir com o ofendido em seu direito à intimidade). Outra questão atinente à *exclusionary rule* é a inadmissibilidade das provas, mesmo que indiretas, decorrentes daquela obtida por meios ilícitos (teoria *fruits of the poisonous tree*).

Na França, assim como na Bélgica, a inadmissibilidade das provas ilícitas está atrelada às regras de nulidade, ou seja, a lei processual deve vedar a utilização da prova ilícita para que esta não possa ser produzida no processo e figurar na fundamentação do juiz na decisão. Assim, somente as provas ilícitas (violadoras da lei material) consideradas também ilegítimas (violadoras da lei processual) que seriam inadmissíveis. A prova nula então vicia todo o processo e especialmente o julgamento que nele se funde.

Na Espanha, a doutrina dominante se posiciona pela inadmissibilidade das provas ilegalmente obtidas, pois constitui violação à regra segundo a qual os fatos ilícitos não devem aproveitar o seu autor. AVOLIO expõe que o autor espanhol LOPEZ ainda afirma que não se deve levar em consideração em que momento processual a prova ilícita foi constatada, pois, tanto na admissão quanto na valoração a ineficácia é a mesma.¹¹⁰

Na Itália, a questão da admissibilidade das provas modificou-se com o tempo.

Primeiramente, vigorava o entendimento de que a prova ilícita deveria ser admitida processualmente, independentemente da sanção cabível no âmbito material da prática ilegal na obtenção da mesma. Neste momento, privilegiava-se a então finalidade primeira do processo penal, que era a busca da verdade real, não podendo ser afastadas as provas relevantes para a reconstrução dos fatos ocorridos pela mera

¹¹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 54.

existência de fraude ou ilegalidade na sua obtenção. O axioma *male captum, bene retentum* (mal colhida, bem produzida) consagrava o posicionamento.

Em 1973, com a elaboração jurisprudencial da Corte Constitucional Italiana na Sentença nº34, firmou-se o entendimento de que as provas ilícitas não devem ser admitidas no processo diante da inconstitucionalidade destas, independentemente de previsão específica das normas processuais. Considerou-se que a utilização desarrazoada das normas técnicas de exercício dos poderes processuais e o prejuízo desarrazoado do indivíduo no processo diante da violação de direitos materiais são práticas que vão de encontro à garantia constitucional do *due process of law* (devido processo legal).

Atualmente, com a previsão do art.191 do Código de Processo Penal italiano 1988¹¹¹, pelo qual determinou-se que as provas ilicitamente adquiridas são inutilizáveis no processo, a posição da doutrina italiana fixou-se pela inadmissibilidade da prova ilicitamente adquirida, que não deve, contudo, ser entendida de forma absoluta, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que posteriormente será explicado.

Na Alemanha, já houve quem defendesse a admissibilidade da prova ilegalmente obtida¹¹², porém, atualmente, a doutrina dominante se reporta aos preceitos constitucionais que indicam a prevalência da proteção dos direitos do Homem em detrimento do princípio da busca da verdade real e do interesse público na persecução penal, tendo em vista o problema da tutela dos direitos do indivíduo em face dos perigos da técnica.

Assim, as provas obtidas de forma ilícita passaram a ser inadmissíveis no processo com a superação da dicotomia ilegalidade e ilegitimidade no ordenamento alemão, que decorreu de uma interpretação dedutiva das normas constitucionais (principalmente da cláusula do *due process of law* – devido processo legal).

A jurisprudência alemã, no entanto, admite exceções (como a legítima defesa e a verificação de interesses superiores, prevalentes) à proibição das provas ilícitas pela

¹¹¹ O artigo 191 do Código de Processo Penal italiano de 1988, dispõe: “ 1. *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*. 2. *L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*” – Idem. Ibidem. p. 48.

¹¹² Por exemplo, SCHÖNKE sustentava que o interesse da coletividade deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica do ordenamento - no caso, a ilicitude da forma como a prova fora obtida – Idem. Ibidem. p.44.

interpretação dos valores em jogo através do princípio da proporcionalidade entre meio e fim.

4.2. Teoria da Admissibilidade

A teoria em tela entende que apenas as provas colhidas em dissonância com a lei processual, as denominadas provas ilegítimas, não podem ser admitidas e valoradas pelo juiz no processo. A violação de uma norma material, por sua vez, acarretaria apenas sanção no âmbito penal, civil ou administrativo, conforme previsão legal para o caso concreto.¹¹³

A expressão *male captum bene retentum* (mal colhida e bem produzida - bem conservada) empregada pelos autores que defendem essa posição, reflete o entendimento de que o problema jurídico da admissibilidade diz respeito à forma como a prova é introduzida no processo e não à maneira que a prova fora colhida¹¹⁴. Considera-se que o direito processual e o direito material são independentes.

Afirma-se que a admissibilidade da prova deve ser julgada segundo a lei processual, enquanto quem agir contra o direito deve ser punido, sendo a prova validamente produzida no processo e seu conteúdo normalmente levado em consideração para constatação dos fatos ocorridos. A punição do infrator subsiste sem atingir o conteúdo do material probatório colhido ilegalmente.

Nesse íterim, considerou-se que a admissibilidade e a relevância da produção probatória é aferida com base em critérios autônomos do processo, sem ater-se aos paradigmas do direito material, inclusive de conteúdo constitucional.¹¹⁵

A prova teria apenas o objetivo de certificar a verdade materialmente alegada, malgrado a inobservância dos preceitos morais e legais elencados pelo ordenamento jurídico vigente.¹¹⁶

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p.136-137.

¹¹⁴ Idem. Ibidem. pg. 137.

¹¹⁵ Idem. Ibidem. pg. 137-138.

Só não seria admissível no processo a prova colhida de forma ilícita se houvesse norma processual que impusesse a exclusão da prova obtida com a realização de um ato ilícito.

Nesse sentido, CORDERO¹¹⁷ afirmava que a solução para o problema da utilização das provas ilícitas estaria na correlação entre a violação da norma que prevê a inadmissibilidade e a nulidade do vício, ou seja, estabelecer-se ligação entre os fenômenos do processo e do direito substancial.

Corroborando com este entendimento, CARNELLUTI indicava que se a ilicitude da prova provocasse a nulidade da mesma, a dificuldade estaria resolvida, e, ainda, tal nulidade permitiria a renovação do ato praticado.¹¹⁸

Tal questão assim, segundo os referidos autores, seria sanada à luz dos princípios atinentes à nulidade e às sanatórias dos atos inválidos, considerando, da mesma forma, a inadmissibilidade da prova ilegítima e não da prova ilícita.

Esta teoria encontra-se praticamente superada pela maioria dos ordenamentos, pois chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo por refletir flagrante inconstitucionalidade na medida em que viola normas e princípios constitucionais fundamentais, como a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria integridade e dignidade da pessoa humana.¹¹⁹

4.3. Teoria da Inadmissibilidade

A teoria da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente é sustentada com vistas à unidade do ordenamento jurídico, por um lado, e com vistas aos fundamentos constitucionais.

Primeiramente, afirma-se não ser possível o juiz fundamentar a sentença com base em prova obtida ilicitamente, pois é inaceitável e incongruente o exercício das

¹¹⁶ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., 2004, p.59.

¹¹⁷ CORDERO, *Prove Illecite, apud*, GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p.138.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 139.

¹¹⁹ Idem. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ªed., 2004, p.160.

atividades exercidas pelo Estado (no caso, a repressão ao crime) se dar com base em ato cometido em dissonância com o ordenamento jurídico; a legalidade deve ser assegurada em qualquer caso, sobretudo na repressão ao cometimento de atos ilícitos.¹²⁰

Nesse contexto, importante é a lição de GOMES FILHO:

“Especialmente na área criminal, em que se cuida da restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados a partir da norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo”.¹²¹

Nesta linha, COSTA ANDRADE traz a colação os ensinamentos de AMELUNG:

“O Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, <<o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração restará frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena”.¹²²

A inadmissibilidade constitui, ainda, desestímulo à prática de atos ilícitos e medida a refrear o arbítrio do poder público, já que, na prática, as sanções administrativas são raramente aplicadas aos funcionários públicos (normalmente policiais) que realizam atos em desrespeito à lei ou com abuso de autoridade.¹²³

Nesse sentido, METELLO SCAPARONE, constata o fundamento do posicionamento inovador da jurisprudência americana, em relação ao sistema tradicional da *commom law*, que considera inadmissíveis as prova ilícitas:

“A Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da Polícia; assim, porque, em primeiro lugar, a maioria dos casos os abusos são

¹²⁰ Idem. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p. 141.

¹²¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.99.

¹²² AMELUNG. *Informationsbeherrschungsrechte*. p.22, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 15.

¹²³ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p.62.

cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para promover ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade de ação penal, dificilmente tal ocorreria; finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares a seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei; por tais motivos, entendeu-se que apenas a exclusão das provas conseguidas ao arrepio da lei seria um eficaz impedimento a tais abusos”.¹²⁴

Diante da verificação, o livre convencimento do magistrado estaria adstrito aos meios de prova legais e moralmente admitidos pelo direito posto, não sendo possível o pronunciamento com base em prova ilicitamente constituída, as quais são consideradas imprestáveis a qualquer valoração judicial.¹²⁵

A certeza moral do juiz acerca dos fatos ocorridos não pode ser discricionária a ponto de se basear no que é ilegal, passível de dúvida ou vicioso; a fundamentação da decisão deve observar as regras técnicas em consonância com as leis e princípios vigentes.

Nesse sentido, perfeita é a lição de NUVOLONE:

“o princípio do livre convencimento significa o princípio pelo qual o juiz não está vinculado a um sistema de provas legais (pelo qual certos fatos só podem ser provados com determinados meios e pelo qual certas provas não podem ser infirmadas por outras); mas não significa que o juiz não esteja vinculado à legalidade na escolha da prova e na sua admissão”.¹²⁶

Importante ressaltar, ainda, as considerações de MOACYR AMARAL DOS SANTOS:

“O juiz, não obstante aprecie as provas livremente, não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a *vis probandi* destas; a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e sim condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica, a regras de

¹²⁴ SCAPARONE, METELLO. *Common law e processo penale*. Milano:Giuffrè, 1974, p.19-20, *apud*, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p. 102.

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.142.

¹²⁶ NUVOLONE. *Notas sobre a prova no processo penal*, *Revista de Direito Penal*, v. 23, p. 23, jan./junho 1977, Rio de Janeiro: Forense, *apud*, PEDROSO, Fernando de A., *Prova Penal: Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.163.

experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram”.¹²⁷

Segundo essa teoria, a prova obtida com violação de normas jurídicas, sejam elas de natureza processual ou substancial, principalmente as que protegem os direitos fundamentais, é tida como inadmissível no processo, podendo o prejudicado pleitear a ineficácia da mesma em juízo.

Sobre o tema, importante são as considerações de ADA GRINOVER :

“...a recusa da prova obtida através de um procedimento ilegal não é conseqüência de uma atitude meramente formalista, ma sim, pelo contrário, de uma tomada de posição no sentido de que o formalismo existe apenas para a defesa dos princípios superiores: nesse caso, para a defesa de importantes direito e garantias, colocados para a tutela da personalidade humana”.¹²⁸

O ordenamento jurídico é uma unidade constituída de um complexo de normas, princípios e valores que devem ser interpretados num mesmo sentido, portanto, as provas consideradas ilegais (por violação de direito material) não podem ser utilizadas no processo, mesmo que tenham aptidão para evidenciar fatos relevantes.

Corroborando com o entendimento, NUVOLONE assevera: “o direito processual tem autonomia própria, mas o ordenamento jurídico não está construído em compartimentos estanques; conseqüentemente, os institutos processuais recebem sua qualificação também de outros ramos”.¹²⁹

Por outro lado, tendo por base a preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo pela Constituição, parte da doutrina entende que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser objeto de apreciação em juízo por serem inconstitucionais, independento, para a exclusão destas, de previsão de inadmissibilidade em norma processual.¹³⁰

¹²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova Judiciária no cível e no comercial*, v.1, p.359, apud, SUANNES, Adalto, Provas eticamente inadmissíveis no processo penal, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.8, n.31, p.75-101, julho/set. 2000.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.142.

¹²⁹ NUVOLONE. *Le prove vietate*. p.442, apud, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.142-143.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.145.

Assim, o conceito atual de inconstitucionalidade da avaliação judicial baseada em prova obtida de forma ilegal, através da superação da dicotomia entre direito substancial e direito processual, veio harmonizar os valores norteadores do processo.

Entende-se que a investigação da realidade dos fatos ocorridos não pode ser realizada a qualquer preço, sem levar em conta os direitos fundamentais do indivíduo.

A exclusão das provas ilícitas representa, conforme ADA GRINOVER, “o preço consciente, em termos de busca da verdade, que a sociedade liberal está preparada a pagar, a fim de proteger o valor ‘liberdade’”.¹³¹ Ou seja, o princípio da busca da verdade real que até então era tido como orientador do processo, é mitigado em virtude da observância da dinâmica constitucional de proteção da liberdade e da dignidade humana do indivíduo, que são valores primordiais no Estado Democrático de Direito.

4.4. Aplicação do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

A matriz do princípio da proporcionalidade nos remete à Antiguidade Clássica, onde os gregos e romanos entendiam que a razão do direito está em garantir o bem-estar dos indivíduos reunidos em comunidade. Naquele momento, a utilidade pública era a justificativa da intervenção do Estado no patrimônio privado.¹³²

Posteriormente a noção de proporcionalidade se estendeu para o campo da moral e da ética onde se entende a expressão no sentido de que a reação às agressões sofridas devem ser proporcionais a estas (o padrão do equilíbrio harmônico, do justo), e na concepção da justiça distributiva, que impõe divisão de encargos e recompensas como decorrência da posição ocupada pelo sujeito na comunidade e pelos serviços que tenha prestado.¹³³

A percepção atual do princípio da proporcionalidade foi construída principalmente pelo Tribunal Constitucional alemão e nos remete a e se confunde com a origem do Estado Democrático de direito, onde se busca manter em equilíbrio os diversos poderes

¹³¹ Idem. Ibidem. p. 144.

¹³² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Ob. cit. p.56.

¹³³ Loc. cit.

estatais e o respeito mútuo entre o Estado e os indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos direitos fundamentais inalienáveis.¹³⁴

Destarte, o princípio corresponde a uma limitação do poder do Estado decorrente da garantia da integridade física e moral daqueles que lhes são sub-rogados.¹³⁵ Essa limitação é verificada pela ponderação dos interesses e valores constitucionais em conflito no caso a ser analisado.

Doutrinadores entendem que o princípio da proporcionalidade ou da racionalidade (também denominado teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses) se coloca na sistemática das proibições de prova a fim de que a vedação probatória das provas obtidas por meios ilícitos seja sopesada em casos de especial gravidade nos quais valores constitucionalmente relevantes estejam presentes.¹³⁶

A aplicação do princípio neste caso visa corrigir eventuais distorções decorrentes da aplicação rígida da vedação em casos de excepcional gravidade. Assim, deveria ser permitida a utilização da prova obtida por meios ilícitos se esta fora a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais considerados preponderantes pela avaliação judicial.¹³⁷

Sob a ótica do direito de defesa, que é garantido de forma prioritária no processo penal, onde vigora o princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo*, muitos autores entendem que a aplicação do princípio da proporcionalidade é legítima. Inclusive, nos casos em que a prova ilícita é colhida pelo próprio acusado, a ilicitude seria eliminada pelas causas de exclusão da antijuridicidade, como a legítima defesa.¹³⁸

Esta exceção à exclusão da prova ilícita se justifica, ainda, para os defensores da teoria, pela busca da efetividade do valor justiça, que deve ser entendido como tão relevante quanto outros princípios e valores constitucionais.¹³⁹

¹³⁴ Idem. Ibidem. p.57.

¹³⁵ Loc. cit.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.145.

¹³⁷ Loc. cit.

¹³⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p.67.

¹³⁹ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p. 65.

Nesse sentido, AVOLIO acrescenta: “a própria relação ‘direito material-direito processual’ é de ‘meio-fim’, trazendo ínsita a marca da proporcionalidade: o excesso de formalismo no processo, assim, poderia inviabilizar a aplicação do direito material”.¹⁴⁰

A crítica à teoria está relacionada ao subjetivismo conferido ao órgão julgador na ponderação dos valores fundamentais conflitantes, já que a análise não se baseia em critérios definidos objetivamente. Entende-se que a subjetividade do critério adotado para a avaliação dos valores que eventualmente autorizem a utilização de uma prova ilícita poderia causar grande insegurança aos jurisdicionados¹⁴¹ e, a certo ponto, incentivar a prática de atos ilícitos.

Assim, AVOLIO evidencia:

“Sem dúvida, existe o perigo, percebido nos precedentes jurisprudenciais colacionados, de que os juízes, na definição da *fattispecie* singular, venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral”.¹⁴²

Sustenta TROCKER¹⁴³ que haveria a necessidade de se estabelecer critérios para a aplicação do princípio da proporcionalidade pela determinação: dos valores em jogo, da ordem (normativa) das prioridades, do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido). O autor ainda adverte que as maiores incertezas derivam efetivamente da errônea individualização dos valores em jogo.

Contudo, CAPELLETTI¹⁴⁴, entre outros autores, entende que, apesar dos riscos da subjetividade concedida, o princípio da proporcionalidade pode transformar-se em instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção do justo equilíbrio entre os valores conflitantes; isto se aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes.

Sobre a crítica, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA se opõe:

¹⁴⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p.60.

¹⁴¹ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p. 66.

¹⁴² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p.67.

¹⁴³ TROCKER. *Processo Civile a Costituzione*, apud, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 66 - 67.

¹⁴⁴ CAPELLETTI. *Fundamental Guarantees*. p. 765-766, apud, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.146.

“Mas não se deve perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como o de ‘bons costumes’, o de ‘mulher honesta’ ou o de ‘interesse público’. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso”.¹⁴⁵

Enfim, parte da doutrina entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão das provas ilícitas no processo é necessária, tendo em vista que a ponderação dos valores conflitantes (mormente, entre valores de interesse coletivo e de interesse individual, no direito processual penal) em casos de especial gravidade deve ser realizada, dando-se efetividade ao valor justiça.

4.5. Direito Brasileiro

A doutrina brasileira, até o advento da Constituição da República de 1988, apresentava divergências quanto à admissibilidade da prova ilícita no processo.

Até então, prevalecia a teoria da admissibilidade¹⁴⁶, pela qual a prova ilícita deveria ser admitida, sendo aproveitado seu conteúdo em nome do princípio da busca da verdade real, sem prejuízo das sanções a serem impostas ao infrator da lei, sobretudo no direito de família.

Naquele momento, a jurisprudência aderiu a doutrina do *male captum bene retentum* (mal colhida e bem produzida), tendo entendido o Ministro CORDEIRO GUERRA, em acórdão, que o autor do ilícito deve ser punido e a prova reputada válida, desde que o seu teor seja confirmado por outras evidências colhidas da instrução criminal. Neste ponto, fundava-se na assertiva de que o direito de assegurar a impunidade dos próprios

¹⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa, A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas, *in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 29, out./dez. de 1996, p. 20-29.

¹⁴⁶ Ver os ditames da teoria da admissibilidade expostos no item 4.2.

crimes não está contido entre os direitos humanos e, sendo assim, a prova do crime, mesmo que colhida pela autoridade com excesso no cumprimento de seu dever, deve ser utilizada no processo e o servidor público responsabilizado.¹⁴⁷

O Ministro RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, em acórdão de 1951, nesse sentido sustentava:

“os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação á estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais”.¹⁴⁸

Porém, o posicionamento em prol da admissibilidade foi perdendo vigor com o tempo.

HELIO TORNAGHI, posteriormente, entendeu que o juiz, apesar de não poder admitir esse meio de prova, deveria levar em conta o conteúdo do que é apresentado pelas partes por medida de responsabilidade. Sendo assim, as provas ilícitas deveriam ser admitidas como indício, sendo reputado válido e admissível tudo o que seja descoberto a partir destes indícios.¹⁴⁹

Porém, chegou-se a conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos é inconstitucional por violar normas e princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa; destarte, esta deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados.¹⁵⁰

Para a mudança, importante foram as considerações de ADA GRINOVER, antes mesmo da vigência da atual Constituição Federal:

“Sendo inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas, no processo, preconizando pura e simplesmente a punição do infrator pelo ilícito material cometido, afastada, como o fizemos, a simples visão unitária que pretende superar a distinção entre ilícito material e inadmissibilidade processual, em um posicionamento que se baseia na unidade do

¹⁴⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 74.

¹⁴⁸ Loc. cit.

¹⁴⁹ LENZ, Luiz Alberto T. F. *Os meios moralmente legítimos de prova*. pg. 278, apud, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p.74.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. p.160.

ordenamento jurídico, a necessária correlação entre o ato ilícito material, da obtenção da prova e a sua inadmissibilidade e ineficácia processuais somente pode ser feita, como vimos, pela qualificação que os institutos processuais recebem do direito constitucional.

É, assim, nas normas constitucionais e nos princípios gerais da Lei Maior que se devem subsumir a avaliação substancial do ilícito extrajudicial e a qualificação processual de sua repercussão dentro do processo, deduzindo-se a proibição de admitir as provas obtidas contra a Constituição e sua ineficácia, diretamente desta”.¹⁵¹

Atualmente, vige no direito processual penal brasileiro o sistema acusatório, onde a busca da verdade real a qualquer preço não é finalidade primeira do processo, devendo ser preservadas, antes e principalmente, as liberdades públicas garantidas ao indivíduo pela própria Lei Maior.¹⁵²

Nesse contexto, como já fora dito¹⁵³, o direito à prova (entendido como o direito das partes à introdução no processo das provas que entendam úteis e necessárias a demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões¹⁵⁴) encontra limites em decorrência da necessária convivência das liberdades dos indivíduos que se encontram em sociedade, não podendo ser permitido que qualquer destas liberdades seja exercida de modo danoso à ordem pública ou liberdades de outrem.

Sobre o tema, NELSON HUNGRIA bem se pronunciou aduzindo que a liberdade da apreciação dos meios de prova, por maior que seja, não é total: o limite é aquele que garanta a exclusão dos meios de prova que atentem contra o pudor público, ou se revelem subversivas à ordem pública, violentos e atentatórios à personalidade humana ou à moral pública.¹⁵⁵

Diante de tal dinâmica constitucional, a Carta Magna de 1988 estabeleceu de forma peremptória a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, o que se extrai da redação do art. 5º, LVI, do citado diploma: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹⁵¹ Idem. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p.199-200.

¹⁵² MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p.48-49.

¹⁵³ Observar o disposto no item 3.3.

¹⁵⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.91.

¹⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *A liberdade dos meios de prova*. Revista Jurídica, apud, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p.76.

Verifica-se que o legislador deixa claro e evidente o posicionamento que prevalece no ordenamento pátrio: o da teoria da inadmissibilidade.

Aqui, veda-se a utilização das provas obtidas por meios ilícitos; ou seja, as provas colhidas com violação do direito material não podem ser admitidas no processo e, se eventualmente produzidas, serão reputadas inválidas, não podendo o juiz decidir a causa com base neste tipo de prova.

Nesse íterim, entende-se que a vedação constitucional se refere tanto à prova materialmente ilícita quanto à prova processualmente ilegítima, estabelecendo aí a ligação entre a ilicitude material e sanção processual da inadmissibilidade, que era, até então, questão objeto de discussão.¹⁵⁶

A admissibilidade consiste em uma valoração prévia da prova a ser introduzida no processo, visando evitar que elementos provenientes de fontes espúrias ou meios de prova reputados inidôneos sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos.¹⁵⁷

A proibição em tela constitui, ainda, desestímulo à prática de atos ilícitos e medida a refrear o arbítrio do poder público, já que, na prática, as sanções administrativas são raramente aplicadas aos funcionários públicos (normalmente policiais) que realizam atos em desrespeito à lei ou com abuso de autoridade.¹⁵⁸

Ademais, é incoerente e inconcebível, de acordo com a doutrina majoritária, que o Estado se utilize de meios atentatórios às normas materiais para concretizar a persecução penal, sendo certo que tal contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e a legitimação do próprio sistema punitivo.¹⁵⁹

Sobre a questão, importante é a constatação de AMELUNG:

“O Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, <<o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração restará frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena”.¹⁶⁰

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. p.166.

¹⁵⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.95.

¹⁵⁸ Observar a nota nº 123 no item 4.3.

¹⁵⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit. p.99

Com esse sentido, ainda expõe ADERBAL DE BARROS que as provas ilícitas e ilegítimas são inaceitáveis em juízo, pois colidem com o fim do processo penal. A repressão à criminalidade exige uma postura ética por parte da autoridade policial, que não pode valer-se dos mesmos meios empregados pelos delinquentes que combate.¹⁶¹

No entanto, mesmo diante da clareza da vedação constitucional (art. 5º, LVI, da CF) e das legítimas justificativas em que esta se baseia, há quem entenda que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos deve ser mitigada pela adoção do princípio da proporcionalidade¹⁶² em casos de excepcional relevância, com o fim de realizar a justiça no caso concreto.¹⁶³

Dentre os autores que defendem a aplicação do citado princípio está José Carlos Barbosa Moreira, quem entende que o juiz deve verificar no caso concreto qual dos interesses em conflito deve prevalecer e em que medida. Para tanto, o magistrado deveria verificar se a transgressão da norma material é justificada por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento ilícito da parte, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução no processo¹⁶⁴ (a legítima defesa, por exemplo, excluiria a antijuridicidade na colheita da prova).

Outro fator invocado pela doutrina se refere ao direito de provar a inocência, tido como prevalente em relação ao interesse da norma proibitiva, evidenciando-se, ainda, que o Estado não tem interesse em condenar um inocente, o que poderia eventualmente implicar na impunidade do verdadeiro culpado.¹⁶⁵

¹⁶⁰ AMELUNG. *Informationsbeherrschungsrechte*. p. 22, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 15.

¹⁶¹ BARROS, Aderbal. *A investigação criminosa da prova*, *apud*, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p. 76.

¹⁶² Observar o disposto no item 4.4.

¹⁶³ “De um lado, Weber Martins Batista, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães, entre outros, afirmam não haver espaço algum no ordenamento para acatar a admissibilidade das provas consideradas ilícitas no processo, em função da forma cogente como foi redigido tal dispositivo; de outro lado, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Calmon Passos defendem o posicionamento de que não há nenhum direito fundamental absoluto, e muito menos hierarquia entre estes, e, portanto, seria extremamente injusto que o direito à prova, decorrente do direito de ação e de defesa (acesso ao judiciário), estivesse sempre submerso a um direito de igual hierarquia, sem que o menos se examinasse o valor de suas alegações” - MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p.68.

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa, A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas, *in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 29, out./dez., 1996, p.21.

¹⁶⁵ Idem. *Ibidem*. p.22.

Contudo, devemos atentar para o fato de que a segurança jurídica e a ordem social dependem da convivência harmônica entre as liberdades públicas, não cabendo exceção às garantias constitucionais do cidadão, que é protagonista no Estado Democrático de Direito.

Além disso, as exceções às normas constitucionais devem ser estabelecidas no mesmo âmbito sob pena de inconstitucionalidade. E assim, quando entendeu cabível e necessário, o próprio legislador constitucional previu a exceção ao direito à intimidade, garantia fundamental, no 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” (regulamentação dada pela Lei 9.296 de 1996).¹⁶⁶

Ademais, a exclusão da prova ilícita, como dito, visa justamente prevenir abusos das autoridades e dos particulares que buscam exercer seus direitos a qualquer custo. Aqui cabe lembrar a máxima: o direito de um vai até onde começa o do outro (isto para que reine a paz social, objetivo maior do controle estatal sobre a sociedade).

De outro lado, os autores que defendem a teoria da proporcionalidade entenderem que a ponderação dos valores pode transformar-se em instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção do justo equilíbrio entre os valores conflitantes; isto se aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes.¹⁶⁷

No entanto, é certo que o subjetivismo conferido ao órgão julgador pode causar enorme insegurança aos jurisdicionados e, até certo ponto incentivar a prática de atos ilícitos¹⁶⁸. Pode-se ainda, neste ponto, perder-se de vista os critérios no plano geral¹⁶⁹.

¹⁶⁶ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p.49.

¹⁶⁷ CAPELLETTI. *Fundamental Guarantees*. p. 765-766, *apud*, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. p. 146.

¹⁶⁸ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. Op. cit. p. 66.

¹⁶⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op. cit. p.67.

As decisões jurisprudenciais vêm tornando sólida a vedação constitucional, entendendo ser inadmissível a prova ilícita em qualquer circunstância.

Neste sentido destaca-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

“2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüentemente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz das teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou imputação”.¹⁷⁰

Sendo então evidente que as provas obtidas por meios ilícitos são repudiadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina entende tais provas como inexistentes, ou seja, inaptas a figurarem como prova no processo penal, e, portanto, ineficazes.¹⁷¹

Se verificada a ilicitude da prova antes da introdução do material probatório no processo, estas serão inadmitidas pelo magistrado; se constatada durante o processo, esta deve ser desentranhada dos autos, como já determinou o Supremo Tribunal Federal, e não poderão ser valoradas na decisão do juiz.¹⁷²

Quando, entretanto, a sentença passada em julgado se basear em prova vedada pela constituição, esta será considerada nula, podendo ser desconstituída por via da revisão criminal; se isto ocorrer em sede de *habeas corpus*, a sentença deverá ser anulada pelo tribunal indicando-se as provas viciadas, as quais deverão ser desentranhadas do processo.¹⁷³

No procedimento do júri, se a decisão de pronúncia basear-se em prova ilícita, esta poderá ser reformada em via recursal ou anulada mediante *habeas corpus*, porém, se nenhuma providência for tomada, o veredicto dos jurados será irremediavelmente nulo, já que a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar; aqui não compete ao juiz Presidente tomar alguma medida em relação à decisão de

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* nº 80.949/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Paciente: Francisco Agathos Trivelas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. DJ 14/12/2001. pg.26. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03 de junho de 2008.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. p. 170.

¹⁷² Loc. cit.

¹⁷³ Idem Ibidem. p. 171.

pronúncia. No entanto, se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não foram levadas em consideração na decisão de pronúncia, o Presidente deverá desentranhá-las antes que os jurados tomem conhecimento das mesmas. Já no caso de os jurados fazerem referência à prova obtida por meios ilícitos em plenário, em violação ao contraditório previsto no art.475¹⁷⁴, do Código de Processo Penal, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença.¹⁷⁵

Para concluir a questão, cabe trazer a baila as alterações dos artigos do Código de Processo Penal sobre prova trazidas pela Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008, as quais reafirmam a teoria da inadmissibilidade adotada pelo ordenamento brasileiro:

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

§ 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 de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.(grifo meu).¹⁷⁶

¹⁷⁴ O artigo 475 do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 dispõe: “Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante no processo”.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. p. 171.

¹⁷⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acessado em 12 de junho de 2008.

5 . PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

Uma das questões polêmicas que se põe na seara das proibições de prova é a possibilidade de extensão dos efeitos da ilicitude de uma prova aos meios de prova obtidos subseqüentemente; ou seja, discute-se acerca da utilização da prova (lícita em si) descoberta a partir de uma prova inicialmente viciada.

A doutrina e a jurisprudência no direito comparado não chegaram a um posicionamento sólido quanto a esse problema, o qual se apresenta, logicamente, em ordenamentos que inadmitem no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Diversas são as soluções aplicadas por cada ordenamento.

A experiência norte-americana formulou a chamada *fruits of the poisonous tree doctrine* (teoria da árvore dos frutos envenenados, também chamada de *taint doctrine*) em 1920, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, segundo a qual toda regra de exclusão é aplicável às demais provas maculadas pela investigação

inconstitucional; vale dizer: “o vício da origem se transmite a todos os elementos probatórios obtidos graças à prova ilícita: na conhecida expressão, não se podem aproveitar os frutos da árvore venenosa”¹⁷⁷. Aqui vigora o princípio do efeito à distância das regras de exclusão da prova (*exclusionary rules*) com o propósito de assegurar eficácia ao programa de prevenção de práticas ilegais praticadas pelos agentes de controle, principalmente a polícia.¹⁷⁸

Contudo, os tribunais e doutrinadores americanos foram fundamentando e sistematizando uma gama de exceções à teoria com argumentos de fundo político-criminal ao longo do tempo: a *doctrine of attenuation* abre a porta à valoração da prova secundária na medida em que reduz as margens de um efeito à distância às indicações de uma estrita *condicio sine qua non*. A independent source legitima a valoração das provas secundárias quando elas poderiam ter sido obtidas de forma autônoma e legal, à margem da causa de exclusão que pende sobre a prova primária (vale ressaltar que neste caso, para os tribunais americanos, a produção da prova secundária por via independente e legal deve ser eminentemente concreta – *inevitable discovery exception*, a descoberta por meios legais seria inevitável)¹⁷⁹. A *purged taint* permite a valoração da prova secundária nos casos em que o réu pratique um ato voluntário que reitera o conteúdo da prova derivada, obtida através de outra viciada, neste caso o vício de origem é ‘purgado’ por subseqüente ato voluntário do réu que reitera declaração constante de confissão ilicitamente obtida¹⁸⁰. Aponta-se, ainda a *the good faith exception*, pela qual a prova secundária é valorada tendo em vista que o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação¹⁸¹.

¹⁷⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas, in *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 29, out./dez.,1996, p. 23.

¹⁷⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p.170.

¹⁷⁹ Idem.Ibidem. p.172.

¹⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, “O processo penal norte-americano e a sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº12, p. 93, jul/dez.2000, *apud*, SOUZA, Alexandre Araújo de. O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas, in *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n.17, jan.jun.2003, p.55.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, “O processo penal norte-americano e a sua influência”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº12, p. 93, jul/dez.2000, *apud*, SOUZA, Alexandre Araújo de. O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas, in *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n.17, jan.jun.2003, p.55.

Por sua vez, o direito alemão, majoritariamente, não reconhece qualquer efeito à distância (*Fernwirkung*) às proibições de prova, nessa linha argumenta-se: “o processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediatos pura e simplesmente não existissem”¹⁸²; tal medida paralisaria a administração da justiça penal e comprometeria irremediavelmente sua eficácia; a consideração de que a ilicitude inquina a prova primária não preclui a possibilidade de acesso, por procedimentos legalmente admissíveis, à prova secundária.¹⁸³ Sobre a questão, GÖSSEL destaca que a jurisprudência admite a valoração dos conhecimentos fortuitos e assevera que o que a lei pretende evitar é que o resultado obtido em contravenção da norma seja utilizado para a condenação do argüido e não impedir desde então a consideração dos demais resultados da investigação que os fatos indevidamente adquiridos permitiriam alcançar.¹⁸⁴

No entanto, convém advertir há outros entendimentos esposados ainda no direito germânico, entre outros: a) autores entendem que o não reconhecimento do efeito à distância à prova maculada pela ilegalidade mina a eficácia das normas que proíbem a utilização da prova obtida ilicitamente, neutralizando o conteúdo da tutela abarcada pelas proibições de prova; por exemplo, reportando-se concretamente às provas obtidas mediante tortura, HASSEMER¹⁸⁵ enfatiza que a recusa do efeito à distância paralisaria e dissolveria “a força expressiva da proibição de tortura, tanto no plano cultural como jurídico”; b) alguns sustentam que só a doutrina da ponderação de interesses poderá oferecer uma resposta às questões que concerne o efeito à distância das proibições de prova, onde é feita uma cuidada valoração relativa aos interesses conflitantes no caso concreto; c) ainda há quem afirme que o problema do efeito à distância só poderia suscitar-se em relação às provas secundárias a cujo rastro as autoridades da perseguição penal não teriam chegado sem violação à lei, ou seja, quando as autoridades competentes teriam seguramente – ao menos muito provavelmente – chegado à prova secundária sem violação da lei; a valoração da prova secundária seria admissível se não houvesse nexo de causalidade efetivo entre ela e a

¹⁸² MEYER, Jescheck-Fs, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. p. 173.

¹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. p.173-174.

¹⁸⁴ GÖSSEL, Bockelmann-Fs, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. p.112.

¹⁸⁵ HASSEMER, Maihofer-Fs, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. p.175.

violação originária; d) a mais, cita-se a hipótese em que o nexo de causalidade entre a prova viciada e a prova secundária é interrompido por força de ação livre e auto-responsável do arguido, caso em que a prova, em si lícita, derivada da ilícita poderia ser utilizada no processo; e) WOLTER sustenta a valoração da prova secundária no contexto da luta contra a criminalidade grave mesmo nos casos em que haja nexo de causalidade entre esta e a prova originária ilegal, ressalvando-se duas exceções: quando a valoração da prova secundária não se revele necessária diante da existência de outra alternativa menos onerosa e quando a proibição da prova primária se dê em razão de violação grosseira da lei e do direito.¹⁸⁶

No ordenamento brasileiro não havia, até o advento da Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, previsão expressa em relação às prova ilícitas por derivação, surgindo até então discussões quanto à extensão da ilicitude.

Considerava-se que, com a vigência da teoria da inadmissibilidade, pela qual as provas obtidas por meios ilícitos não poderão ser valoradas no processo, poder-se-ia entender repudiada a prova obtida através de informação conseguidas de forma ilícita, por mais que esta seja lícita em si, já que a ilicitude do meio contamina o objeto da prova.¹⁸⁷

Aponta-se ser impossível negar a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições de prova; nada valeriam as restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; a finalidade é evitar condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal, conforme bem salienta GOMES FILHO.¹⁸⁸

Nesse sentido, ADA GRINOVER adverte que, em atenção às garantias da pessoa humana, sendo mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a

¹⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit. p.175-180.

¹⁸⁷ MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., 2004, p.77.

¹⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119-110.

ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo.¹⁸⁹

Corroborando com o entendimento, assevera AVOLIO que:

“...se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção a valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo. Pouco importa, assim, que uma lei ordinária venha ou não a prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação, pois já estamos diante da ponte – antes extraída do sistema constitucional e ora inserida textualmente na Constituição – que possibilita deduzir a inadmissibilidade processual a partir da ilicitude material.”¹⁹⁰

De outro lado, MIRABETE¹⁹¹ defende a admissibilidade da prova que, lícita em si, seja derivada de outra viciada; para tanto, aduz que o texto constitucional não prevê expressamente vedação à prova derivada da obtida por meio ilícito, prevalecendo a eficácia da vedação constitucional somente quando a prova em questão é colhida ilicitamente, não sendo possível a extensão da ilicitude à que dela deriva. Entendendo da mesma forma, PAULO RANGEL¹⁹² acrescenta o argumento de que onde a Constituição não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou recentemente sobre o tema da seguinte forma:

“A questão da doutrina dos frutos da árvore envenenada (*‘fruits of the poisonous tree’*): a questão da ilicitude por derivação.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.
- A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2004, p.162.

¹⁹⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.72-73.

¹⁹¹ Idem. Ibidem. p.71-72.

¹⁹² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 12ª ed., 2007, p. 416.

expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do ‘due process of law’ e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade familiar.
- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.
- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.
- A questão da fonte autônoma de prova (*‘an independent source’*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência Comparada (e experiência da suprema corte americana): Casos *‘Silverthorne Lumber Co. v. United States (1920); Segura v. United States (1984); Nix v. Williams (1984); Murray v. United States (1988)’*, v.g.¹⁹³

Diante de tais termos proferidos de forma unânime pela Suprema Corte (destaca-se: recentemente), podemos concluir que o entendimento ultimamente aplicado é no sentido de que as provas secundárias que tenham qualquer liame com prova anteriormente obtida em violação à Constituição não poderão ser utilizadas no processo, devendo ser repugnadas. Não há que se falar em ilicitude por derivação

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Recurso em Habeas Corpus nº 90376/RJ. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Recorrido: Ministério Público Federal. DJ 18.05.2007. p. 113. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 05 de junho de 2008.

quando a prova secundária for autônoma, totalmente desvinculada da prova colhida de forma ilícita pela autoridade competente.

Ademais, a recente Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, que alterou os dispositivos do Código de Processo Penal que versam sobre prova, dispôs claramente:

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

§ 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 de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.(grifo meu).”¹⁹⁴

6. CONCLUSÃO

A partir da análise das questões suscitadas no desenvolvimento deste trabalho de conclusão de curso pode-se estabelecer algumas considerações no que tange a questão da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro.

Primeiramente constata-se a importância da prova no processo penal: é através da análise do material probatório que o magistrado extrai os elementos dos quais precisa ter ciência para solucionar os conflitos e justificar a medida da sanção penal imposta ao acusado. Essa análise consiste em avaliar a veracidade das alegações de fato espostas pelas partes para a reconstrução do ocorrido com a maior coincidência com a realidade histórica dos fatos.

¹⁹⁴

Diante do sistema, a regra é que as partes tenham ampla oportunidade de provar as suas alegações, influenciando da mesma forma no convencimento do juiz acerca da realidade dos fatos ocorridos. Contudo, esse direito à prova não é absoluto; para a convivência entre as liberdades públicas, é certo que nenhum dos direitos e faculdades podem ser exercidos de forma danosa à ordem pública ou às liberdades de outrem. Assim, são estabelecidas limitações ao exercício deste direito para assegurar o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida produzida e valorada, fazendo-se um juízo de admissibilidade de todo o material probatório a ser introduzido no processo; neste momento cuida-se para que não sejam valoradas pelo juiz as provas provenientes de fontes espúrias ou meios de prova imputados inidôneos, até porque, a finalidade primeira do processo penal não é a busca da verdade a qualquer preço e a aplicação da pena ao réu a qualquer custo: devem ser sobretudo respeitados os valores garantidos constitucionalmente a todo indivíduo.

O sistema infraconstitucional estabelece momentos, fases e preclusões referentes aos meios de prova. No processo, na medida em que há ínsito o interesse em uma correta e eficiente apuração dos fatos, não podem ser admitidas as provas cujo objeto seja fato notório, impertinente, irrelevante, presumido legalmente ou impossível.

Por sua vez, a Constituição da República de 1988, no art. 5º, LVI, estabelece a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilegal; aqui a vedação correlaciona o ato ilícito (proibição de natureza material) ao ato ilegítimo (proibição de natureza processual) na medida em que se estabelece uma sanção processual (a inadmissibilidade) pela violação das normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis na colheita do material probatório, devendo ainda ser considerada ineficaz a decisão que se fundar sobre a prova vedada.

Os fundamentos colocados pela doutrina para a exclusão das provas ilegais são os seguintes:

- Não é possível fundamentar a sentença com base em prova obtida ilicitamente, pois é inaceitável e incongruente o exercício das atividades exercidas pelo Estado (no caso, a repressão ao crime) se dar com base em ato cometido em dissonância com o ordenamento jurídico: a autoridade policial não pode valer-se dos mesmos meios empregados pelos

delinqüentes que combate; a legalidade deve ser assegurada em qualquer caso, sobretudo na repressão ao cometimento de atos ilícitos. Tal contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo;

- A inadmissibilidade constitui desestímulo à prática de atos ilícitos e medida a refrear o arbítrio do poder público, já que, na prática, as sanções administrativas são raramente aplicadas aos funcionários públicos (normalmente policiais) que realizam atos em desrespeito à lei ou com abuso de autoridade;
- O ordenamento jurídico é uma unidade constituída de um complexo de normas, princípios e valores que devem ser interpretados num mesmo sentido, portanto, as provas consideradas ilegais (por violação de direito material) não podem ser utilizadas no processo, mesmo que tenham aptidão para evidenciar fatos relevantes;
- O livre convencimento do magistrado estaria adstrito aos meios de prova legais e moralmente admitidos pelo direito posto, não sendo possível o pronunciamento com base em prova ilicitamente constituída, as quais são consideradas imprestáveis a qualquer valoração judicial. A certeza moral do juiz acerca dos fatos ocorridos não pode ser discricionária a ponto de se basear no que é ilegal, passível de dúvida ou vicioso; a fundamentação da decisão deve observar as regras técnicas em consonância com as leis e princípios vigentes;
- tendo por base a preservação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo pela Constituição, entende-se que as provas obtidas por meios ilícitos não podem ser objeto de apreciação em juízo por serem inconstitucionais, independentemente, para a exclusão destas, de previsão de inadmissibilidade em norma processual, ao contrário do que alguns doutrinadores argumentam. O conceito atual de inconstitucionalidade da avaliação judicial baseada em prova obtida de forma ilegal, através da superação da dicotomia entre direito substancial e direito processual, veio harmonizar os valores norteadores do processo.

Em relação a este último argumento, a recente Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, que modificou os dispositivos relativos à prova no Código de Processo Penal, encerra qualquer discussão relativa à dicotomia entre o direito substancial e direito processual no âmbito da vedação da prova ilícita, pois este veio estabelecer no âmbito infraconstitucional, da mesma forma, a inadmissibilidade das provas ilícitas, explicitamente entendidas como aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, que não poderão ser valoradas na decisão e deverão ser desentranhadas do processo.

No entanto, mesmo diante da clareza da vedação constitucional (art. 5º, LVI, da CF) e das legítimas justificativas em que esta se baseia, há quem entenda que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos deve ser mitigada pela adoção do princípio da proporcionalidade em casos de excepcional relevância, com o fim de realizar a justiça no caso concreto; aqui argumentam que a ponderação dos valores pode transformar-se em instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção do justo equilíbrio entre os valores conflitantes em situações tão extraordinárias, que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais, desusuais e repugnantes. Para tanto, o magistrado deveria verificar se a transgressão da norma material é justificada por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento ilícito da parte, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução no processo (a legítima defesa, por exemplo, excluiria a antijuridicidade na colheita da prova).

Porém, é certo que o subjetivismo conferido ao órgão julgador pode causar enorme insegurança aos jurisdicionados e, até certo ponto incentivar a prática de atos ilícitos. Pode-se ainda, neste ponto, perder-se de vista os critérios no plano geral. A exclusão da prova ilícita visa justamente prevenir abusos das autoridades e dos particulares que buscam exercer seus direitos a qualquer custo, sem ter em vista os valores constitucionais garantidos a todos os indivíduos.

Outro fator invocado pela doutrina se refere ao direito de provar a inocência, tido como prevalente em relação ao interesse da norma proibitiva, evidenciando-se, ainda, que o Estado não tem interesse em condenar um inocente, o que poderia eventualmente implicar na impunidade do verdadeiro culpado.

Contudo, devemos atentar para o fato de que a segurança jurídica e a ordem social dependem da convivência harmônica entre as liberdades públicas, não cabendo exceção às garantias constitucionais do cidadão, que é protagonista no Estado Democrático de Direito. Além disso, as exceções às normas constitucionais devem ser estabelecidas no mesmo âmbito sob pena de inconstitucionalidade. E assim, quando entendeu cabível e necessário, o próprio legislador constitucional previu a exceção ao direito à intimidade, garantia fundamental, no art. 5º, XII.

Com relação à extensão dos efeitos da ilicitude de uma prova aos meios de prova obtidos subseqüentemente, o ordenamento jurídico brasileiro se posicionou expressamente recentemente com o advento da Lei nº Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, determinando a inadmissibilidade das provas que, mesmo lícitas em si, sejam derivadas das ilícitas, salvo quando não houver nexos de causalidade entre a prova inicialmente viciada e a prova dela derivada ou quando esta última poderia ter sido obtida por uma fonte independente da prova ilícita, sendo então considerada fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Ou seja, foi então consagrada a teoria da árvore dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), de origem norte-americana, com a exceção da independent source (que legitima a valoração das provas secundárias quando elas poderiam ter sido obtidas de forma autônoma e legal, à margem da causa de exclusão que pende sobre a prova primária), também contemplada por este ordenamento.

Cabe apontar que o fundamento da contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial não leva em conta somente o critério de causalidade, mas principalmente a finalidade com que são estabelecidas as proibições de prova, pois de nada valeriam as restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz. O objetivo é evitar condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARANDIER, Márcio Gaspar. A Prova Ilícita no Processo Penal – breves comentários, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 2, abril/junho 1993.

- CINTRA, Antônio de A., GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 20ª ed., 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, v.3. 5ª ed., 2004-2005.
- FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Positivo, 3ª ed., 2004
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2004.
- _____. *Liberdades Públicas e Processo Penal: As Interceptações Telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- _____. Provas Lícitas ou Ilícitas considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no processo penal brasileiro, *in Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.4, n.4, p.49-69, jan./fev., 2004.
- MALATESTA, Nicola Flamarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Campinas: Bookseller, 6ª ed., 2005.
- MENDONÇA, Raquel Pinheiro de A. *Provas ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2ª ed., 2004.
- MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas:Bookseller, 4ª ed., 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas, *in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 29, out./dez., 1996, pg. 20-29.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 12^a ed., 2007.

SOUZA, Alexandre Araújo de. O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas, *in Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n.17, jan.jun.2003.

SUANNES, Adauto Alonso. Provas Eticamente Inadmissíveis no Processo Penal, *in Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.8, n.31, p.75-101, julho/set., 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 4^a ed., 2002.

REFERÊNCIAS NA INTERNET

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* nº 80.949/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Paciente: Francisco Agathos Trivelas. Coator: Superior Tribunal de Justiça. DJ 14/12/2001. pg.26. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 03 de junho de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Recurso em Habeas Corpus nº 90376/RJ. Recorrente: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Recorrido: Ministério Público Federal. DJ 18.05.2007. p. 113. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 05 de junho de 2008.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/andec678-92.pdf. Acessado em 29 de abril de 2008.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acessado em 12 de junho de 2008.