



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

VICTOR LUIZ DE ANDRADE

**ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA
“PRO REO”**

SÃO PAULO

2020



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

VICTOR LUIZ DE ANDRADE

**ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA
“PRO REO”**

**Trabalho de Graduação Interdisciplinar
(TGI) apresentado ao curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.**

Orientador: Professor Rogério Cury

SÃO PAULO

2020



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

VICTOR LUIZ DE ANDRADE

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

“PRO REO”

**Trabalho de Graduação Interdisciplinar (TGI)
apresentado ao curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.**

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

**Professor Rogério Cury - Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie**

**Professor
Universidade Presbiteriana Mackenzie**

**Professor
Universidade Presbiteriana Mackenzie**



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

À minha vó, Eunice, que embora não esteja mais conosco, é cada dia mais presente. E, principalmente, ao meu irmão, Renato, meu exemplo de homem que eu quero um dia me tornar.



RESUMO

O presente trabalho buscou analisar a inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal e, principalmente, hipóteses nas quais a ilicitude é afastada, sendo a prova admitida. Para tanto, abordou-se, inicialmente, o conceito de prova e sua função no processo, concluindo-se que a prova é o meio pelo qual leva-se ao magistrado a reconstrução dos fatos, através das quais este formará sua convicção. Em seguida, foram apresentadas as razões de determinadas provas serem consideradas ilegais, explicando a diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Demonstrou-se também que, em que pese a vedação expressa das provas ilícitas, essa inadmissibilidade não é absoluta. Dessa forma, analisou-se algumas das hipóteses em que o legislador admitiu a utilização da prova ilícita quando obtidas através de fonte independente ou quando sua descoberta seria inevitável. Analisou-se, ainda as hipóteses de admissibilidade da prova ilícita *pro reo* e a partir do princípio da proporcionalidade. Por fim, concluiu-se que as provas ilícitas devem ser utilizadas sempre que embasarem a absolvição do acusado.

Palavras-chave: Inadmissibilidade. Prova ilícita. *Pro Reo*. Proporcionalidade.



ABSTRACT

The current work has analysed the inadmissibility of illicit proof in criminal proceeding and mostly hypothesis in which the illegality is set aside, this way admitting the proof. For that, first it has approached the concept of proof and its function in the process, concluding that the proof is the means which provides the magistrate's facts reconstruction and because of that the judge may form the conviction. Afterward, it was presented several reasons of determinated proofs are considered ilegal, explaining the difference between illicit proofs and unlawful ones. It was also demonstrated that the explicit prohibition of illicit proofs this inadmissibility is not absolute. That way, it was analysed some hypothesis in which the legislative authority admitted the illicit proof utilization when it was achieved throughout independent source or when its discovery would be unavoidable. It was also analysed the hypothesis of inadimissibiliy of illicit proof *pro reo* and as of proportionality principle. Therefore, it was concluded that illicit proofs should be always considered to substantiate the acquittal of a defendant.

Key-words: Inadimissibility. Illicit proof, *Pro Reo*. Proportionality.



SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1.	CONCEITO E FUNÇÃO DA PROVA	10
1.1.	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
1.2.	MEIOS DE PROVA E DE OBTENÇÃO DE PROVA.....	14
1.3.	PROVA ILÍCITA E PROVA ILEGÍTIMA	18
2.	PROVA ILÍCITA	20
2.1.	CONCEITO E EFEITOS PRÉ E PÓS REFORMA DE 2008	24
2.2.	INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA	25
3.	PROVA ILÍCITA DERIVADA – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	28
3.1.	TEORIA DO NEXO CAUSAL ATENUADO.....	32
3.2.	TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DESCOBERTA INEVITÁVEL .	34
4.	ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA “PRO REO”	39
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

INTRODUÇÃO

No processo penal, as provas são o instrumento pelo qual demonstra-se a veracidade de determinada proposição ou fato que ocorreu, ou seja, são o meio pelo qual são reconstruídos os fatos que aconteceram. É justamente através dessa reconstrução factual apresentadas pelas partes envolvidas que o magistrado formará a sua convicção para proferir a sentença e, sendo assim, o conjunto probatório é capaz de salvar uma vida ou até mesmo causar um dano irreparável ao destino de alguém.

Todavia, não são admitidas todas e quaisquer formas de provas no processo. Isto pois, em uma busca desenfreada de levar ao conhecimento do magistrado a realidade fática do caso, as partes acabariam utilizando de todos os meios, ainda que imoderados, para buscar a verdade real dos fatos.

Sendo assim, a Constituição Federal estabeleceu na redação do inciso LVI de seu famigerado artigo 5º que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Posteriormente, complementando a redação do referido inciso, o Código de Processo Penal acrescentou, em seu artigo 157, que as provas ilícitas são admissíveis e devem ser desentranhadas do processo.

Ocorre que, em que pese a previsão expressa em ambos os referidos artigos, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas ainda é palco de diversas divergências doutrinárias e não possui, até o presente momento, entendimento pacífico nos órgãos julgadores.

Este trabalho versa exatamente sobre a não absolutização da vedação das provas ilícitas no processo penal.

Para tanto, serão tratadas aqui as hipóteses em que o próprio legislador admite a utilização das provas ilícitas, conforme disposto nos parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Penal, em que será admitida a prova ilícita quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente ou quando a descoberta seria inevitável.

Não obstante, o foco principal do trabalho será a exploração das hipóteses de admissibilidade da prova ilícita *pro reo* e em decorrência do princípio da proporcionalidade.

Por fim, após realizadas ponderações acerca da inadmissibilidade da prova ilícita e das exceções que a admitem, será solucionada a questão e

demonstrado o porquê de as provas obtidas ilicitamente terem que ser admitidas somente em benefício do acusado para embasar sua absolvição.

1. CONCEITO E FUNÇÃO DA PROVA

A prova pode ser conceituada como tudo aquilo que demonstra a veracidade de determinada proposição ou fato.

No processo penal, pode-se dizer que a prova é o instrumento utilizado para a reconstrução aproximada de fatos passados para tentar apresentar e explicar ao juiz o mais próximo de como ocorreu o delito que julgará.

Nesse sentido, AURY LOPES JR¹ afirma que:

O Processo Penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio de reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são meios através dos quais se fará essa reconstrução do passado.

Importante acrescentar, ainda, o pensamento de FERNANDO CAPEZ² sobre as provas:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Por fim, ressalto que independentemente da área jurídica, as provas são de extrema importância para o convencimento do julgador, como afirma o civilista Marcos Vinicius Rios Gonçalves³: "provas são todos os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo".

¹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 341.

² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 344.

³ GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. Processo civil esquematizado. 2ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012, p. 368.

O Código de Processo Penal regula, entre os artigos 155 e 250, a teoria geral das provas. Logo em seu primeiro artigo do título, o dispositivo legal dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Insta salientar que a Constituição Federal traz, em seu artigo 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência, que assegura ao réu a impossibilidade de ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não obstante, o acusado sempre terá o direito de exercer sua defesa através do contraditório e ampla defesa, rebatendo as acusações feitas e apresentando contraprovas.

Outra garantia assegurada ao réu é que na hipótese de o juiz não estar plenamente convencido, restando alguma dúvida sobre o conjunto probatório, ele deverá, obrigatoriamente, proferir sentença absolutória, em decorrência do princípio *in dubio pro reo*. Dessa forma, é ressaltada a importância da prova no processo, tendo em vista que o caso deverá, no entendimento introspectivo do magistrado, ser absolutamente comprovado para embasar uma sentença condenatória.

A função da prova no processo, portanto, é apresentar ao magistrado aquilo que seria o mais próximo da verdade real dos fatos, com o intuito de persuadi-lo e convencê-lo, de modo a proferir decisões e sentenças justas, baseando-se no que realmente teria acontecido. Isto porque o juiz desconhece o fato. Assim, o juiz, que até então não teve contato com os fatos, faz sua análise e valoração dos elementos probatórios, formando sua convicção e decidindo a partir destas, desde que presente a devida fundamentação.

Sobre o tema, fiquemos com o adendo de AVOLIO⁴

A moderna doutrina processual entende que o juiz deve investigar a verdade material, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e a defesa submetem à sua consideração, mas admite limites a essa atividade, visto que, como ressalta Baumann, “o direito não deve ser realizado a qualquer preço”. Todo o direito processual, prossegue o autor,

⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 2ª Edição. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 28.

nega o princípio segundo o qual o fim justifica os meios, por existir uma relação conflitiva entre o interesse da comunidade jurídica em realizar o direito material (através da persecução penal) e o interesse dos cidadãos afetados em seus direitos pelo processo penal. Conclui encontrar-se superado o conceito de verdade material, pela concepção de uma obtenção formalizada da verdade, a “verdade forense”, ou seja, a verdade obtida por vias formalizadas.

Por todo exposto, evidentemente a busca da verdade real é de exímia importância para o processo penal, mas há a necessidade de questionarmos até que ponto se pode buscar a verdade. Para tanto existe a intervenção do Código de Processo Penal, que com o poder a ele auferido tem a legitimidade de estabelecer alguns limites, haja vista que, havendo um desejo desenfreado em buscar a verdade real, seriam utilizados todos os meios, ainda que imoderados, para alcançar esta verdade. Dessa forma, o processo há de conceituar quais seriam os meios lícitos e ilícitos de produção de prova, para não haver uma busca pela verdade a qualquer custo.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Os elementos probatórios e meios de obtenção de prova como conhecemos nos dias de hoje se baseiam, conforme visto, na reconstrução de fato histórico com o intento de apresentá-los ao magistrado e persuadi-lo para proferir sua decisão. No entanto, nem sempre foi dessa forma que se deram as resoluções de conflitos.

Desde o surgimento dos seres humanos e das civilizações, indubitavelmente já havia condutas consideradas moralmente reprováveis e conflitos interpessoais. Ocorre que levou muito tempo para que a regulamentação viesse a tomar a forma que o nosso Código de Processo Penal possui nos dias de hoje. Assim, para contextualizarmos o tema referente às provas, mostra-se necessária breve apresentação de algumas maneiras de como se davam as soluções dos conflitos no passado até a adoção da forma racional que vigora atualmente.

É cediço que durante muito tempo a Igreja Católica era predominantemente influente nas ações da população e do Estado, inclusive. Sendo assim, por incontáveis vezes era a Igreja a responsável por fazer justiça. Para tanto,

na Antiguidade, houve a criação de um Juízo de Deus, utilizado para decretar a culpa ou inocência de determinado indivíduo baseando-se nas mais absurdas ações, conforme infra descrito.

Um dos mais famosos meios de prova era denominado “ordália”, consistente em uma provação que dependeria de uma revelação divina. O acusado era submetido a uma provação com utilização de elementos como, dentre outros, água e fogo para declarar a sua culpabilidade a depender do resultado divino.

Passemos então a alguns exemplos dos mais absurdos de ordálias. Havia a hipótese de um indivíduo ser amarrado a pedras e arremessado ao rio. Caso afundasse e morresse afogado, seria considerado culpado, enquanto na hipótese de sobreviver, seria considerada uma proteção divina e o acusado seria decretado inocente. Outro exemplo de ordália como meio de prova se dava na situação de o acusado colocar a mão no fogo e, caso não se queimasse, seria declarado inocente. Finalmente, havia a situação na qual o acusado era colocado em um lugar com animais ferozes, tais como leões famintos, e caso não fosse devorado seria considerado inocente.

Somente quando as civilizações passaram a se desenvolver e as pessoas pararam de buscar explicação divina para todos os atos do cotidiano foi que surgiram os métodos mais racionais para resolução de conflitos. Com o fortalecimento do Estado, surgiu a arbitragem, ao tempo que a religião perdia a força. Com essa nova modalidade de resolução de conflitos, surgiu, também, a necessidade da argumentação como meio de proteger seu interesse.

Tempos depois, na Era Medieval, houve o surgimento do processo inquisitório, que possuía estrutura na qual a mesma entidade era responsável por investigar, acusar e julgar sem qualquer tipo de imparcialidade. Neste processo, o acusado era considerado mero objeto de investigação e possuía seu direito à defesa limitado somente ao momento do julgamento. O processo inquisitório tinha como meio de prova principal a confissão. Neste processo, a confissão do acusado era tomada como verdade absoluta e possuía maior prestígio do que qualquer prova.

Vejamos, a sociedade passou pelas formas mais inaceitáveis de se fazer justiça até chegar à Constituição Federal e ao Código de Processo Penal vigentes, que, felizmente, trazem diversas garantias ao acusado, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa, a imparcialidade do magistrado, e a presunção de inocência.

Ante o exposto, conclui-se, portanto, que é imprescindível a evolução constante dos meios de prova no processo penal, para estarmos distantes das injustiças e atrocidades tidas como coerentes no passado e cada vez mais próximos da igualdade dos indivíduos e racionalidade.

1.2 MEIOS DE PROVA E DE OBTENÇÃO DE PROVA

Os meios de provas são aqueles através dos quais o juiz tomará conhecimento da veracidade ou não de determinada situação fática, a fim de formar sua convicção para decidir sobre o caso. São meios de prova, dentre outros, a declaração do ofendido, a prova testemunhal e o interrogatório.

A declaração prestada pelo ofendido é um dos assuntos que requer mais cuidado no âmbito do processo. Isto se deve ao fato de que ao mesmo tempo que a vítima necessita do amparo judicial e a ele recorreu, há situações em que a vítima pode estar inclinada a agir de má-fé, utilizando-se do meio judiciário para buscar, por exemplo, uma vingança contra quem teria o ofendido.

Pelas razões supramencionadas e por outras, a vítima recebe tratamento diferenciado no processo. O ofendido não figura no rol de testemunhas, não possui direito de silêncio, não tem o compromisso de dizer a verdade e não incorre no delito de falso testemunho. Dessa forma, sua declaração deve ser analisada minuciosamente pelo julgador para não cometer qualquer equívoco.

Assiste razão ao doutrinador EUGÊNIO PACELLI⁵ quando afirma que:

É certo que o ofendido deve merecer um tratamento distinto daquele reservado às testemunhas, diante de sua situação de vítima de uma infração penal, cujos efeitos já são suficientemente danosos. Entretanto, é bem de ver que, em muitas oportunidades, é a palavra do ofendido que irá fazer nascer a persecução penal, gerando consequências também danosas para aquele acusado da prática do delito. Nessa hipótese, tendo sido ele o responsável pela instauração da investigação policial e da ação penal, é perfeitamente compreensível que a lei acautele-se contra eventuais denúncias caluniosas, para o que já existe até um tipo penal específico (art. 339, CP).

⁵ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 328.

Por isso, quando o ofendido atribui a alguém a prática de um crime, pensamos que ele tem o dever de depor, sempre que intimado, pois, ao final, poderá vir a ser apurada a sua responsabilidade penal pela falsa imputação de crime. É claro que, na hipótese de vir ele a ser processado pela denúncia caluniosa ou qualquer outro tipo resultante da falsa atribuição de crime a outrem, o direito ao silêncio naquele processo lhe será assegurado, mas isso apenas na posição de acusado e não de acusador.

No tocante à prova testemunhal, considerar-se-á como testemunha a pessoa que depuser sobre o que possui conhecimento com relação aos fatos, seja em solo policial ou em juízo, e que não esteja envolvida no processo como acusado ou ofendido.

Em regra, qualquer indivíduo pode ser testemunha de um processo e detém a obrigatoriedade de dizer a verdade, podendo incorrer, caso não o faça, como incurso no delito de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal.

No entanto, como em tudo que há regra, há exceções. O Código de Processo Penal prevê duas hipóteses. O artigo 206 do CPP afirma que há pessoas que podem ser dispensadas de testemunhas se não quiserem testemunhar, quais sejam, os ascendentes, descendentes, cônjuge, irmão e filho do acusado, salvo se forem a única fonte de prova, que terão que depor sem prestar compromisso. A outra hipótese prevista é a de testemunhas proibidas de depor ainda que queiram fazê-lo. São elas as que em razão da função possuem o dever de sigilo.

Por todo exposto, verifica-se que é enorme a influência que a prova testemunhal tem na formação da convicção do julgador. Podemos dizer que, na prática, grande parte das sentenças, sejam elas condenatórias ou absolutórias, são embasadas unicamente nas provas produzidas através das falas das testemunhas, o que se revela uma grande falha do sistema processual criminal, haja vista que meras falas são dotadas de fragilidade e não deveriam ser o principal meio de prova do processo.

Importante fazer um adendo sobre outra modalidade de prova, qual seja o reconhecimento de pessoas e coisas. O reconhecimento pessoal é realizado pela vítima, que se dirige a uma sala e tem que identificar o suspeito do crime dentre outros indivíduos, se possível, com semelhanças físicas.

Este modo supracitado de identificação do suspeito é um absurdo, porque na prática, por muitas vezes o mero reconhecimento pessoal realizado pela vítima,

apontando quem teria sido o autor do crime, é tomado como prova suficiente para embasar uma condenação, ainda que tenha apontado tal indivíduo com incerteza. A referida situação dá margem para um aumento excessivo nos casos de inocentes que acabam condenados.

O interrogatório, tanto em fase policial quanto em juízo, é a oportunidade que o acusado tem de expor a sua versão dos fatos. Não obstante, vale ressaltar que é facultado ao acusado se pronunciar ou não no ato do interrogatório, podendo optar pelo silêncio, que em nosso sistema em hipótese alguma poderá ser interpretado em desfavor do réu, em razão da presunção de inocência garantida constitucionalmente a ele.

Dessa forma, o interrogatório deve ser um ato espontâneo, no qual o acusado deverá deliberar voluntariamente por responder e fazê-lo livre de qualquer coação ou pressão.

Em seu interrogatório o acusado pode optar por confessar a prática dos fatos que lhe são imputados. Ao confessar os fatos, o réu estará ajudando a elucidar a verdade dos fatos ciente de que trará consequências desfavoráveis para si. Desse modo, o Código Penal prevê uma forma de recompensa para quem confessar, qual seja, a atenuação de sua pena.

Vale frisar que a confissão, assim como todas as provas, possui valor relativo e, ainda que feita espontaneamente pelo acusado ciente de que lhe será desfavorável, não pode ser tomada como verdade absoluta.

Nesse sentido, precisa é a assertiva de AURY LOPES JR⁶ que, ao citar a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, diz que:

A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.

Insta salientar que a confissão é divisível e retratável. Assim, o acusado tem o direito de confessar parcialmente os fatos que lhe são atribuídos, bem como pode negar o que havia anteriormente admitido. A confissão divide-se em simples, na qual o réu simplesmente admite a prática do delito e aceita as consequências; e a

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Op., cit.*, p. 451.

qualificada, na qual o acusado reconhece a prática do crime e alega, contudo, uma situação que lhe será favorável, como por exemplo uma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade.

Ressalto, por fim, que independentemente da forma da confissão, seja ela qualificada ou não, deverá sempre incidir a atenuante. A Súmula 545 do STJ dispõe que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgamento, o réu fara jus à atenuante prevista no artigo 65, II, alínea d do Código Penal”. Sendo assim, ainda que o acusado confesse a imputação com o intuito de se beneficiar de uma excludente de ilicitude, tal situação não obsta a incidência da atenuante em seu favor.

Com relação aos meios de obtenção de prova, estes, ao contrário dos meios de prova, não comprovam nada, são meramente os instrumentos utilizados para a obtenção de determinada prova propriamente dita, como por exemplo a busca e apreensão.

Sendo assim, conceitua BADARÓ⁷ que

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente ao convencimento do juiz, sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar.

Desse modo, percebe-se, portanto, que os meios de obtenção de prova dependem do sucesso em sua realização, para somente então apresentarem provas, estas sim capazes de auxiliar na reconstrução histórica dos fatos e influenciar na convicção do magistrado.

Ante o exposto, podemos concluir que são inúmeros os meios de prova e de obtenção de provas possíveis de serem produzidos em um único processo e, em razão disso, revela-se indispensável a figura do magistrado com conhecimento técnico e capacidade de valorar as provas fornecidas pelas partes para que o sistema penal brasileiro cometa cada vez menos injustiças.

⁷ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro. Campus, Elsevier, 2012, p. 270

1.3 PROVA ILÍCITA E ILEGÍTIMA

Quando é falado sobre as provas ilegais do processo, estamos diante de duas espécies, quais sejam a prova ilícita e a prova ilegítima. É necessário fazer uma diferenciação entre essas duas espécies. A prova ilegítima é aquela obtida mediante violação de alguma norma processual no momento de sua produção em juízo. Quanto à prova ilícita, esta é obtida a partir de violação de norma de direito material ou da Constituição Federal e é sempre extraprocessual.

Diante do supramencionado, faz-se necessário exemplificar ambas as espécies.

Como a prova ilegítima é aquela que viola norma processual, sempre estará relacionada com alguma irregularidade exclusivamente no processo, como é o caso, por exemplo, da juntada de determinada prova intempestivamente, ou de oitiva de pessoas que não poderiam depor. Dessa forma, pode-se dizer que a prova ilegítima gera nulidade ao processo e deverá ser refeita ou retificada. Vale ressaltar, ainda, que a prova ilegítima será sempre intraprocessual.

Nesse sentido, dispõe AVOLIO⁸

A par da distinção no plano da natureza da norma violada, outra se faz quanto ao momento da transgressão: enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.

No mesmo sentido, afirma CAPEZ⁹ que “quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima”.

Em contrapartida, a prova ilícita é aquela relacionada à prática de algum ato ilícito que viola norma de direito material, como é o caso, por exemplo, da obtenção de prova mediante tortura ou interceptação telefônica ilegal. Assim, pode-se dizer que, no geral, a prova ilícita viola os direitos fundamentais do indivíduo, tais como a dignidade, intimidade ou privacidade. A prova obtida através de meio ilícito, ao contrário da ilegítima, não pode ser refeita.

⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op., Cit.*, p. 37.

⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

Corroborando o entendimento acima mencionado, afirma NUCCI¹⁰ que “as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual”.

O Código de Processo Penal acrescentou o artigo 157, que trata sobre norma já presente no artigo 5º da Constituição Federal, cuja redação afirma que as provas ilícitas são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo e, portanto, inutilizadas.

Por todo exposto, é possível concluir que as espécies de prova ilegal decorrem sempre de uma violação às normas processuais ou materiais e devem ser inadmissíveis, em quaisquer hipóteses, para embasar uma condenação em desfavor do acusado.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 2009, p. 353.

2. PROVA ILÍCITA

Conforme já observado no capítulo anterior do presente trabalho, as chamadas provas ilícitas são aquelas cuja sua obtenção se deu a partir da violação de alguma norma constitucional ou legal de direito material.

A prova ilícita tem previsão expressa no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Importante reiterar que, normalmente, a prova ilícita decorre de uma violação de um direito fundamental individual, como é o exemplo da dignidade e da privacidade do indivíduo.

Fiquemos, então, com a explicação de RENATO BRASILEIRO DE LIMA¹¹:

A prova será considerada ilícita quando for obtida através da violação de regra de direito material (penal ou constitucional). Portanto, quando houver a obtenção de prova em detrimento de direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo, a prova será considerada ilícita. São várias as inviolabilidades previstas na Constituição Federal e na legislação infra constitucional para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, UI), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc. Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.

Conceitua, ainda, AVOLIO¹² que:

[...] por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material – sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Volume Único. 2017, p. 613.

¹² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op., Cit.*, p. 37.

prende-se sempre à questão das liberdades públicas, em que estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, nos quais já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e accertamento da verdade, tais como os de propriedade, inviolabilidade do domicílio, sigilo da correspondência e outros. Para a violação dessas normas, é o direito material que estabelece sanções próprias. Assim, em se tratando da violação do sigilo da correspondência ou de infração à inviolabilidade do domicílio, ou ainda de uma prova obtida sob tortura, haverá sanções penais para o infrator.

Portanto, revela-se incontestemente a importância do tratamento da prova ilícita no processo penal e das garantias do artigo 5º da Constituição Federal para assegurar ao réu um julgamento justo.

O entendimento dos tribunais superiores é exatamente nesse sentido de vedar a utilização das provas ilícitas.

Fiquemos, então, com o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante a uma prova obtida por policiais que violaram a privacidade do investigado ao analisar o conteúdo de seu aparelho celular sem qualquer concessão de quebra de sigilo:

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos. (RHC 89.981/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017).

Tomemos como exemplo outro julgado recente que reconheceu a ilicitude de prova obtida mediante violação da intimidade da ré:

Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Pleito de reconhecimento da ilicitude da prova em face da localização do entorpecente quando da realização de revista íntima. Possibilidade. Prova produzida com violação ao artigo 1º, da Lei Estadual n. 15.552/2014, que expressamente veda a revista íntima aos visitantes das unidades prisionais. Procedimento adotado que infringe o artigo 5º, incisos III e X, da Constituição Federal e os artigos 5º e 11, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Provas que devem ser consideradas ilícitas nos termos do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e do artigo 157, do Código de Processo Penal. Entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema que exige a existência de fundada suspeita sobre a prática de ilícito pelo visitante para que se proceda à revista íntima. Ausência de qualquer suspeita com relação à apelante que justificasse a conduta dos agentes penitenciários. Ponderação de princípios. Inexistência de necessidade da medida, uma vez que outras menos gravosas poderiam ser tomadas pelo Estado, a fim de se garantir a segurança do presídio. Direito à intimidade e vedação ao tratamento degradante que devem prevalecer no presente caso. Absolvição dos acusados que se impõe. Recurso provido. (Apelação nº 0000334-85.2017.8.26.0633 - Relator Leme Garcia, 16ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 19/10/2020)

No caso em comento, foi realizada revista íntima durante uma visita ao estabelecimento prisional, o que é expressamente proibido. Dessa forma, foi reconhecida a ilicitude da prova e provida a apelação com consequente absolvição da acusada.

Finalmente, no mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme depreende-se do julgamento do Ministro Celso de Mello:

Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições) RE 251.445-GO*
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.

Conclui-se, dessa forma, que é entendimento quase que unânime nas instâncias superiores pela inadmissibilidade da prova ilícita, excetuando-se situações especiais, as quais trataremos adiante.

Insta salientar, por fim, que diante da falta de clareza da redação dos artigos que versam sobre a prova ilícita, há diversas controvérsias acerca do tema mesmo após a reforma de 2008 conforme veremos a seguir.

2.1 CONCEITO E EFEITOS PRÉ E PÓS REFORMA DE 2008

Antes de 2008, o Código de Processo Penal era omissivo sobre o tema das provas ilícitas. O que havia sobre o tema era somente a redação do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que dispunha que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No entanto, a Constituição não conceituava o que seriam as provas ilícitas e nem estipulava qualquer consequência de sua utilização no processo, limitando-se a afirmar somente que eram inadmissíveis no processo.

Sendo assim, a doutrina brasileira se baseava nas lições do doutrinador italiano Pietro Nuvolone, que conceituou e diferenciou prova ilícita da prova ilegítima. Para ele, a prova ilícita é a obtida com violação das regras de direito material. Assim, o depoimento obtido mediante tortura é exemplo de hipótese que viola regra de direito material e, portanto, constitui prova ilícita. Quanto à prova ilegítima, Nuvolone entende que é a obtida com violação de regras de direito processual. Assim, se for lido em Plenário documento que não tenha sido juntado com três dias de antecedência haverá nulidade da prova e não ilicitude.

Baseando-se nas lições de Nuvolone, a doutrina brasileira entendia pacificamente que somente as provas ilícitas deveriam ser desentranhadas do processo, enquanto as provas ilegítimas seriam somente causa de nulidade, seja ela absoluta ou relativa, ou até mesmo mera irregularidade.

A partir do ano de 2008, a Constituição Federal manteve a sua redação do artigo 5º, inciso LVI. No entanto, com o advento da Lei nº 11.690/2008, passou-se a regulamentar a prova ilícita também no Código de Processo Penal, com a alteração legislativa do artigo 157, o qual dispõe que “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Eis que surge um novo questionamento: a violação das normas constitucionais ou legais refere-se somente à normas de direito material ou engloba, também, as normas de direito processual?

Ante a esta nova redação, surgiram diversas controvérsias doutrinárias. Parte da doutrina entende que será considerada ilícita tanto a prova cuja obtenção viole norma de direito material quanto de direito processual, de modo que ambas seriam consideradas inadmissíveis e deveriam ser desentranhadas do processo. Dessa forma, restariam superadas as lições de Pietro Nuvolone.

Em contrapartida, para outros doutrinadores a redação do artigo 157 deverá ser interpretada como a violação exclusivamente de normas de direito material, devendo ser desentranhadas do processo, ao tempo que para as provas obtidas mediante violação de norma processual manter-se-ia a consequente nulidade.

Adepto a este segundo posicionamento, sintetiza MADEIRA¹³:

De nossa parte entendemos que são razoáveis as justificativas que autorizam interpretação no sentido de que o art. 157 do CPP deve ser lido à luz da definição de Nuvolone. Os institutos em direito devem ser diferenciados quando seus efeitos ou formas de convalidação são distintos e é exatamente o caso em se tratando de prova ilícita e de prova ilegítima.

A prova ilícita é inadmissível, deve ser desentranhada e inutilizada. A prova ilegítima é causa de nulidade, de forma que o ato simplesmente deve ser refeito, permanecendo o ato nulo no processo.

De todo modo, é inconteste e pacífico o entendimento de que a prova ilícita é inadmissível e deve ser desentranhada do processo e inutilizada. Por outro lado, entendo que a prova ilegítima não deve ser desentranhada do processo, haja vista que culmina apenas na nulidade do ato, podendo este, inclusive, ser refeito.

2.2 INADMISSIBILIDADE ABSOLUTA

Sabe-se que um dos principais objetivos do processo penal é a busca da verdade real para a elucidação de como se deram os fatos no caso concreto. No entanto, nesta busca desenfreada pela verdade real, acabariam sendo utilizados meios imoderados que violam garantias individuais do réu. Para tanto, coube ao direito o dever de estipular algumas limitações.

Conforme supramencionado, o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal bem como o artigo 157 do Código Penal trazem redações acerca da inadmissibilidade da prova obtida mediante meios ilícitos e seu consequente desentranhamento do processo. As redações são quase que idênticas, com o artigo

¹³ DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Direito Processual Penal. 2016, p. 206.

157 complementando a lacuna deixada pela Constituição acerca do conceito de prova ilícita.

Dessa forma, a partir do momento em que se conceitua a prova ilícita e veda a sua utilização no processo, nos encontramos diante de uma situação favorável ao réu, na qual ele terá suas garantias individuais respeitadas e um julgamento mais honesto.

É o que explica o doutrinador EUGÊNIO PACELLI¹⁴:

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou, ainda, pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

Sendo realizada uma leitura literal dos citados dispositivos legais, conclui-se que toda e qualquer forma de prova que seja obtida ilicitamente, deverá ser desentranhada do processo em razão de sua absoluta inadmissibilidade.

Ocorre que um pensamento que compactue esta ideia é extremamente retrógrado, haja vista que nos dias de hoje não há mais margem para tomar como absoluto qualquer que seja o pensamento, principalmente na área jurídica.

Nesse sentido, assiste razão ao doutrinador AURY LOPES JR¹⁵ quando traz a seguinte afirmação:

¹⁴ PACCELLI, Eugênio. *Op., Cit.*, p. 260.

A crítica é exatamente em relação à “absolutização” da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos. Para nós, desde Einstein, não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade.

Vejamos, se no direito penal e no direito processual penal existem casos concretos que devem ser analisados e julgados conforme suas especificidades e características próprias, não há razão para que uma norma seja absoluta, haja vista que limitaria a discricionariedade do julgador, que poderia vir a proferir decisões legais, porém injustas.

Ante o exposto, concluo que a inadmissibilidade da prova ilícita só deverá ser absoluta na hipótese em que seria utilizada para embasar uma condenação em desfavor do réu. Ademais, entendo que no restante dos casos a inadmissibilidade da prova ilícita deverá ser somente a regra, tendo em vista que cada caso é dotado de uma especificidade que poderá justificar e legitimar a utilização de prova ilícita que, conforme veremos adiante, não possui sua inadmissibilidade tão absoluta assim.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op., Cit.*, p. 396.

3. PROVA ILÍCITA DERIVADA – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A prova ilícita por derivação pode ser conceituada como uma prova lícita, mas que em razão de sua produção ou obtenção, torna-se ilícita.

No Brasil, essa teoria não possuía previsão legal expressa no Código de Processo Penal e sequer na Constituição Federal. Eis que, com o advento da reforma de 2008, a teoria passa a ser legitimada no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, que dispõe que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”.

O surgimento da referida teoria se deu no direito norte-americano no ano de 1920 no caso *Silverthorne Lumber & CO x United States*.

No caso em comento, a Suprema Corte Norte Americana deliberou por invalidar uma intimação que havia sido expedida em razão de informação obtida através de uma busca ilegal.

É o que explica o doutrinador RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

O precedente que originou a construção c do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *SILVERTHORNE LUMBER CO v. US*, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. (p. 618)

Muito embora a teoria tenha surgido no processo supracitado, foi apenas no ano de 1937, no caso *Nardone x United States* que o Ministro Frankfurter se utilizou da expressão “*fruits of the poisonous tree*”, que literalmente traduzido significa “frutos da árvore envenenada”, que nada mais é do que afirmar que se uma árvore está envenenada, os frutos dela provenientes também estarão, assim como as provas que derivem de uma prova ilícita.

Acerca do tema, dispõe AURY LOPES JR.¹⁶:

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Op., cit.*, p. 401.

Entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciados e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente lícita é a prova que deles se obteve.

Dessa forma, entendo que a prova ilícita derivada é aquela que sequer existiria caso não houvesse uma prova anterior obtida com violação à norma. Tomemos como exemplo a seguinte situação hipotética: em determinado local é realizada uma busca e apreensão domiciliar sem mandado. No local, é encontrado e apreendido um notebook. Após, é realizada perícia no objeto, logrando encontrar um documento que faz menção a uma testemunha. Esta testemunha é arrolada no processo e presta declarações que incriminam o réu.

Vejam, o depoimento da referida testemunha é inadmissível no processo. Isto pois foi tomado conhecimento sobre a testemunha após perícia no computador que só foi encontrado por causa de uma busca e apreensão sem mandado. Sendo assim, caso não houvesse a busca e apreensão ilegal, não haveria a testemunha, de modo que a ilicitude inicial na busca contaminou os atos subsequentes.

Nesse sentido, explica o doutrinador AVOLIO¹⁷:

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. A questão é saber se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.

Complementando, segue a assertiva de LEANDRO CADENAS PRADO¹⁸:

¹⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op., Cit.*, p. 49.

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

Evidente, contudo, que pelo fato de não haver entendimento absoluto e pacífico acerca do tema, existem diversas divergências quanto a aplicabilidade ou não da referida teoria.

Para exemplificar, apresentamos situação ocorrida em julgamento do STF, citada por AVOLIO¹⁹ em seu livro:

A questão dos *fruit of the poisonous tree* de início suscitou divergência em julgamento do STF, de 30.06.1993. O Min. Sepúlveda Pertence afirmou em seu voto que essa doutrina “é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”. E isto porque “vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”. A esse entendimento aderiram os ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em sentido contrário, argumentou o Min. Sydney Sanches com um exemplo, segundo o qual a polícia, por meio de uma interceptação ilícita, toma conhecimento de um homicídio e passa a investigá-lo, logrando encontrar o corpo de delito e obter o depoimento de testemunhas presenciais, além da confissão do próprio autor do crime. Considerando que as provas se repetiram em juízo, o ministro não vê como não se poderia apoiar a condenação nesse conjunto probatório, “só porque o fio da meada foi uma prova ilícita”. O Min. Moreira Alves utiliza exemplo semelhante para sustentar que “o absurdo da conclusão” – que seria a impunidade de

¹⁸ PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. 2009. p. 31.

¹⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op., Cit.*, p.51.

poderosa rede de traficantes – “demonstra a erronia da premissa” – a teoria das provas ilícitas por derivação. Por não entenderem os demais ministros que a ilicitude da quebra de sigilo possa “ter a consequência de nulificar tudo aquilo mais que se venha a obter de prova e possa servir à instrução do processo e ao convencimento do juiz”, como aduziu o Min. Octávio Gallotti, o Tribunal, por escassa maioria, rejeitou a aplicação da doutrina nesse caso concreto.

No referido julgamento, conforme supramencionado, o Tribunal deliberou pela rejeição da teoria doutrinária, reconhecendo a ilicitude da prova ilícita derivada.

Não obstante, para maior compreensão do tema, tomemos como exemplo o caso concreto tratado no julgamento de um recurso de Apelação da comarca de São Paulo:

Roubo majorado – prisão dos réus decorrente da apreensão de celular de um deles e da violação dos dados por policial – prova ilícita – entendimento do STJ – elementos de convicção derivados também inadmissíveis – art. 157, § 1º, do CPP – provimento aos recursos para absolvição dos acusados. (Apelação nº 0087339-51.2017.8.26.0050 – Relator Vico Mañas, 12ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 22/05/2019).

No caso em comento, um dos réus, após a prática do roubo, deixou o celular para trás. Nesse contexto, um policial militar mexeu no celular sem autorização e encontrou fotos dos itens subtraídos. Assim, a prova foi obtida de forma ilícita. Não obstante, posteriormente a vítima reconheceu o réu como autor do delito.

Ocorre que o Tribunal entendeu que o reconhecimento pessoal só se deu em função da prisão do acusado, que ocorreu através da violação policial.

Dessa forma, o reconhecimento foi considerado prova derivada da prisão ilícita e, portanto, ilícito também. Dito isso, o Tribunal deu provimento à Apelação e absolveu os réus.

Conclui-se, portanto, que em regra, as provas ilícitas por derivação são, acertadamente, inadmissíveis, devendo ser, assim como a prova ilícita, desentranhadas do processo e inutilizadas.

No entanto, nem sempre que encontrarmos-nos frente à uma prova obtida através de meio ilícito, serão inadmissíveis todas aquelas que desta decorrerem, devendo ser realizada uma análise minuciosa do elemento probatório, resguardadas as especificidades do caso concreto, conforme observaremos a seguir nas teorias do nexos causal atenuado, da descoberta inevitável e da fonte independente.

Cumpra salientar, por fim, que estas teorias, por legitimarem a utilização de provas ilícitas no processo, não podem se tornar a regra no processo, haja vista que representariam uma enorme violação à diversas garantias constitucionais.

3.1 TEORIA DO NEXO CAUSAL ATENUADO

De acordo com a teoria do nexos causal atenuado, quando o nexos causal entre a prova ilícita e a prova dela derivada for tênue ou inexistente, a prova será admissível no processo.

Nesse aspecto, esclarece RENATO BRASILEIRO DE LIMA²⁰:

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

Há previsão expressa da teoria no artigo 157, parágrafo 1º do Código de Processo Penal. A redação do referido artigo dispõe que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras [...]”.

Esta teoria tem sua origem no caso Wong Sun x United States em 1963. No caso, o réu foi conduzido à delegacia, onde foi torturado e confessou a prática delituosa. Na ocasião, o Juiz encarregado do caso considerou a prova ilícita e

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op., Cit.*, p. 623.

trancou o inquérito. Ocorre que, semanas após, Wong Sun apresentou-se espontaneamente na delegacia e novamente confessou o crime, sem qualquer coação ou pressão. Dessa forma, Wong Sun foi condenado com base na segunda confissão.

O caso foi à Suprema Corte, que decidiu que o nexo causal entre as provas era ténue e, portanto, admissível a segunda prova.

Não obstante, um precedente mais recente merece atenção especial, qual seja o caso Gäfgen x Alemanha, julgado em 2013. No referido caso, Gäfgen foi torturado na fase do inquérito policial e, em razão da tortura sofrida, confessou a autoria do homicídio de uma criança de 11 anos à época dos fatos denominada J.

Ato contínuo, Gäfgen foi processado e, em juízo, confessou novamente a prática delituosa, sendo sentenciado à prisão perpétua.

O réu, irresignado, recorreu. A Corte Europeia, contudo, considerou que a confissão, desta vez espontânea, em juízo, na presença de um advogado, acabou por legitimar a prova, sendo mantida a condenação.

Vejam, em ambos os casos supramencionados, a primeira confissão se deu mediante tortura dos autores dos delitos, o que deve ser repudiado e inadmissível em qualquer que seja a situação, tendo em vista que a tortura tem vedação absoluta.

Sendo assim, crítica MADEIRA²¹:

Evidentemente esta teoria é criticável. Já se deduz a crítica de seu próprio nome, mas fica evidente quando usamos o português de uma maneira um pouco mais clara: trata-se de teoria que permite lavar a prova ilícita para, retirando a ilicitude, dar-lhe o verniz de licitude.

Por outro lado, se a premissa de inadmissibilidade da prova ilícita derivada tem por base a existência do nexo de causalidade, também é verdade que esta inadmissibilidade pode ser rompida com o rompimento do nexo de causalidade.

Como boa parte dos institutos até agora analisados, a questão toda liga-se a sua aplicação. O maior ou menor comprometimento do julgador com as garantias constitucionais poderá fazer com que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas torne-se regra, e isto não pode ser admitido.

²¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Op., Cit.*, p. 215.

Assiste razão ao doutrinador Guilherme Madeira ao externar o quão absurda essa teoria pode se tornar, haja vista que se trata literalmente de uma forma de lavagem de prova, transformando uma prova ilícita em lícita a depender da mera discricionariedade do julgador.

3.2 TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DESCOBERTA INEVITÁVEL

Na teoria da fonte independente, considera-se admissível a prova ilícita no processo quando há a previsibilidade de que a mesma prova poderia ser obtida de maneiras diferentes, sendo suficiente que uma das maneiras seja lícita.

Trazendo maior clareza, conceitua NUCCI²²:

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

Assim como as teorias supramencionadas, quais sejam a teoria dos frutos da árvore envenenada e a teoria do nexo causal atenuado, a teoria da fonte independente também possui respaldo legal no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal. O dispositivo legal menciona que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo [...] quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Exemplificando a teoria, menciono o caso de maior repercussão da aplicação da teoria da fonte independente, qual seja o caso Murray x United States, julgado no ano de 1988.

No referido caso, existia uma fundada suspeita de tráfico ilícito de entorpecentes em determinada residência. Frente à suspeita, os policiais entraram ilegalmente na casa do réu e localizaram certa quantidade de drogas, confirmando a suspeita.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op., cit.*, p. 361.

Em seguida, solicitaram às autoridades judiciais um mandado de busca e apreensão sob a argumentação de que havia suspeita da atividade de tráfico de drogas, omitindo, contudo, o fato de que já haviam ingressado na residência e logrado encontrar as drogas.

Ato contínuo, os policiais regressaram ao local, desta vez em posse do mandado de busca, e apreenderam as drogas, sendo o réu condenado.

O caso foi levado à Suprema Corte Norte Americana, que julgou válida a prova e manteve a condenação do réu sob o fundamento de que embora houvesse existido a violação por parte dos policiais, a mera suspeita inicial seria suficiente para a obtenção do mandado e os entorpecentes seriam localizados da mesma forma.

Analisando o caso a partir do momento da concessão do mandado de busca e apreensão, a ação policial é absolutamente legítima e realmente seria suficiente a mera suspeita para que os policiais conseguissem o mandado. No entanto, é inconteste que a primeira entrada dos policiais na residência sem mandado é uma situação gritante de violação ao domicílio e à privacidade do réu.

Em um país com menos maturidade para lidar com os direitos e garantias asseguradas ao réu, mostra-se necessário fazer um adendo sobre as possíveis consequências desta teoria.

Nesse aspecto, precisa a observação de MADEIRA²³:

Embora a teoria seja razoável, entendemos que se mostra temerária sua adoção no sistema brasileiro. Isto porque a experiência democrática brasileira ainda é recente e não pode se comparar com a experiência norte-americana.

Imagine-se, por exemplo, a situação do Caso Murray acima citado no Direito brasileiro e, caso adotada a mesma solução, os eventuais abusos policiais que poderiam ser cometidos. Pensamos que há necessidade, primeiramente, de formação firme de cultura jurídica constitucional para, então, pensar na aplicação desta teoria.

Assim, mostra-se necessário ter cautela no tocante à aplicação desta teoria.

²³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Op., cit.*, p. 213.

Quanto à teoria da descoberta inevitável, é mais uma das hipóteses de admissibilidade de uma prova que derive de outra prova anterior ilícita. Nesta teoria, são analisados os métodos típicos e de praxe da investigação ou instrução criminal e, caso seja concluído que o resultado seria atingido de qualquer forma apenas pelo mero cumprimento dos métodos de praxe, será admitida a utilização da prova no processo.

A Corte Suprema entendeu que a obrigação de provar que a descoberta era inevitável é exclusivamente da acusação.

Importante fazer uma ressalva sobre a previsão legal desta teoria. Está prevista no parágrafo 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal. O referido artigo dispõe que “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Nota-se que houve um equívoco do legislador ao utilizar o termo “fonte independente”. De qualquer modo, em que pese o erro do legislador, o dispositivo legal refere-se à teoria da descoberta inevitável.

Regressando à admissibilidade da prova nesta teoria, explica EUGÊNIO PACELLI²⁴:

Na descoberta inevitável admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações. Com isso, evita-se a contaminação da totalidade das provas que sejam subsequentes à ilícita. Exemplo: ainda que ilícito o ingresso da autoridade policial em determinada residência, a eventual descoberta de um cadáver no local não impedirá que se inicie investigação acerca de homicídio (se houver elementos nesse sentido), devendo-se adotar os meios de prova que rotineiramente são utilizados na investigação de crimes dessa natureza.

Insta salientar que o mais famoso precedente desta teoria encontra-se no caso Nix x Willians em 1984. No referido caso, o réu havia praticado o homicídio de uma criança e escondido o corpo. Na investigação do caso, foi realizada uma busca

²⁴ PACELLI, Eugênio. *Op., cit.*, p. 273.

com duzentos voluntários, divididos em zonas de atuação, que se encarregaram de passar em todas as casas para procurar a vítima.

Ocorre que, no curso da investigação, a polícia obteve, de forma ilegal, a confissão do acusado, que informou o local onde havia ocultado o corpo. A polícia se dirigiu ao referido local, no qual o corpo da vítima foi efetivamente localizado.

No entanto, em que pese a confissão obtida de forma ilegal pela polícia, o julgador considerou que a violação somente antecipou o inevitável, pelo fato de que se a busca prosseguisse com o devido cumprimento dos trâmites de praxe, o corpo da criança seria encontrado de qualquer forma em poucas horas. Dessa feita, a prova fora admitida.

A ideia da teoria é bastante atrativa. Ocorre que é necessário questionar o que é, de fato, inevitável.

Nesse seguimento é a crítica de RENATO BRASILEIRO DE LIMA²⁵:

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

No mesmo sentido, dispõe MADEIRA²⁶:

Embora sua aplicação seja muito interessante, no sentido de tentar atingir-se o difícil equilíbrio entre o binômio eficácia-garantismo, o fato é que a má aplicação deste instituto pode destruir todo o sistema de garantias previsto na Constituição Federal e nos tratados internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir. Enfim, a jurisprudência deverá indicar balizas seguras para as excepcionais hipóteses em que se admitirá o uso desta exceção.

Assim, não se pode fazer análise em abstrato do caso para saber se haveria ou não a descoberta da prova. Deve-se analisar se, naquele caso concreto, haveria a inevitabilidade da descoberta da prova. Esta análise deve ser feita considerando-se a linha investigativa desenvolvida naquela

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op., cit.*, p. 621.

²⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Op., cit.*, p. 214.

específica investigação e não por meio de esquemas mentais abstratos e genéricos.

E finalmente, como crítica não somente à teoria da descoberta inevitável, mas também à teoria da fonte independente, sintetiza AURY LOPES JR.²⁷:

Mas desde logo uma questão deve ficar clara: em ambas, a prova posterior é derivada da anterior, mas o legislador tergiversa o efeito “dominó” ao estabelecer “ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Ora, quando a prova não é derivada, não há nexos causal e não há que se falar em contaminação. As teorias da descoberta inevitável e da fonte independente atuam quando existe nexos causal (logo, contaminação), mas a prova “poderia” ser obtida de outra forma ou quando a descoberta “seria inevitável”. Ambas se situam no campo da futurologia, da perspectiva, da prognose, mas sem qualquer dado de concretude probatória. São efetivamente derivadas, mas como “poderiam” ser obtidas de qualquer forma ou por outra fonte, acabam sendo legitimadas. É, sem dúvida, uma validação de prova derivada e ilícita.

Assim, concluo que existe imensurável perigo na adoção prática destas teorias em um país como o Brasil, onde pouco importam os direitos do réu e há uma cultura na qual o povo entoa que “bandido bom é bandido morto”. Creio que ocorrerão inúmeras violações legais e abusos de autoridade no desejo desenfreado de responsabilização do indivíduo e depois existirá uma forma de lavar a prova, utilizando-a no processo para embasar uma condenação.

²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Op., Cit.*, p. 402.

4. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA “PRO REO”

Conforme observado nos capítulos anteriores, sabemos que a prova ilícita possui vedação tanto no Código de Processo Penal, quanto na Constituição Federal. Vimos, também, que não somente a prova ilícita é inadmissível no processo, mas também todas aquelas que dela derivem. Finalmente, vimos algumas teorias nas quais a prova derivada da ilícita pode ser admitida e produzir efeitos no processo.

Ocorre que, no processo penal, o mero ato de aplicar a lei pode por muitas vezes ser, ironicamente, injusto.

Isso se deve ao fato de que, na prática, valoradas as especificidades do caso concreto, o ato de rejeitar ou desentranhar provas ilícitas do processo, que seria nada mais do que aplicar o disposto na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, é capaz de culminar em resultados repugnantes e injustos, como por exemplo a condenação de um inocente.

Ante a isso, em certos casos deverá haver a admissibilidade de provas sabidamente ilícitas em decorrência do princípio da proporcionalidade.

Para entendermos melhor o que é o princípio da proporcionalidade, fiquemos com a explicação do doutrinador AVOLIO²⁸:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.

Não obstante, acrescenta AVOLIO²⁹:

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de

²⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.*, p. 46.

²⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Op. Cit.*, p. 44.

Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.

Desse modo, colocados em confronto alguns dos valores mais relevantes para a Constituição Federal, faz-se necessária uma análise desses valores conflitantes no caso concreto para se encontrar uma solução razoável.

Nesse sentido, afirma CAPEZ³⁰:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.

Sabendo o conceito e a função da teoria da proporcionalidade, devemos nos questionar acerca da aplicabilidade dessa teoria na prática.

Para tanto, elaborou-se a famigerada teoria dos degraus, a qual consiste em três questionamentos fundamentais para a adoção de determinada medida.

Para a admissão de uma medida, o primeiro questionamento que deve ser feito é se essa medida é adequada.

Uma medida será adequada caso seja capaz de estimular a obtenção do resultado pretendido.

Em caso de resposta negativa, a medida é imediatamente descartada. Em contrapartida, na hipótese de resposta positiva, ou seja, ser a medida eficaz para se

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Op. Cit.*, p. 373.

atingir o resultado pretendido, passa-se ao segundo questionamento, que consiste em debater se a medida cogitada é realmente necessária.

Uma medida será considerada necessária caso inexista outra capaz de produzir o mesmo resultado com menor violação de direitos fundamentais.

Novamente, se entendido que há outra medida capaz de produzir o mesmo resultado com menor violação dos direitos fundamentais, a medida será descartada. No entanto, caso não encontrada outra saída senão a medida proposta, passa-se à terceira etapa.

Nesta terceira etapa, o que se debate é a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na ponderação dos valores constitucionalmente envolvidos no caso concreto.

De acordo com a teoria dos degraus, se aprovada nas supramencionadas etapas, a medida estará apta para ser adotada.

Sobre o tema, bastante pertinente a assertiva de GUILHERME MADEIRA³¹:

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, quando analisou a questão à luz do princípio da proporcionalidade acabou por entender por sua não aplicação, não se mostrando, por ora, adepto desta teoria:

"Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2. ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72 -, há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido

³¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Op. Cit.*, p. 209.

estrito (ou seja, estabelece-se uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)" (STF, HC 96.056/PE, j. 28.06.2011, rel. Min. Gilmar Mendes).

Ou seja, o STF admite em tese a incidência da proporcionalidade, mas não viu até o momento, em caso concreto, a sua aplicação. Analisando-se novamente os elementos da proporcionalidade é pouco provável que se consiga passar pelo exame da necessidade.

Dessa forma, concluímos que a teoria da proporcionalidade não está descartada pelo Supremo, que em tese a admite, embora ainda não tenha se deparado com uma situação na qual a medida se revelou necessária.

Ademais, pertinente a ressalva ofertada por EUGÊNIO PACELLI³²:

No processo penal, como intuitivo, a aplicação da vedação das provas ilícitas, se considerada como garantia absoluta, poderá gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção da prova) em detrimento da proteção do direito da vítima do delito.

Pensamos que a questão, efetivamente, é das mais complexas e problemáticas do processo penal. Acreditamos que isso ocorra, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade.

E essa impossibilidade está ligada às razões legitimantes da própria norma constitucional. Se a vedação das provas ilícitas tem por objetivo, pelo menos um deles, e dos mais relevantes, o controle da atividade estatal persecutória, que é a responsável pela produção da prova, a existência de um critério fixo e objetivo já estimularia a prática da ilegalidade, quando se soubesse, previamente, a possibilidade do aproveitamento da prova. Surge, então, reclamando aplicação e força normativa o postulado da vedação de excesso a que nos referimos já no início desta obra, no tema alusivo ao sistema dos direitos fundamentais.

Todavia, cremos não ser impossível a sua aplicação, dependendo da hipótese concreta.

Em primeiro lugar, esclarecemos que o objeto de nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um

³² PACCELI, Eugênio. *Op., Cit.*, p. 282.

Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável.

Brilhante o apontamento de Pacelli ao defender a utilização das provas ilícitas em favor do acusado, haja vista ser realmente inimaginável que o Estado de Direito defenda a condenação de um indivíduo que o próprio Estado acredite ser inocente.

Imprescindível um adendo quanto à teoria da admissibilidade da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade.

Parte da doutrina defende que a proporcionalidade pode ser utilizada não somente para embasar a absolvição do réu, mas também a sua condenação, alegando a relevância do interesse público a ser preservado e protegido.

A principal crítica a essa teoria se dá justamente pelo absurdo que seria considerar proporcional utilizar-se de meios ilícitos de prova para condenar um indivíduo ainda que culpado.

Dito isso, critica AURY LOPES JR³³:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público...

É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais.

Portanto, conclui-se que deve ser admitida a legitimação e consequente utilização de uma prova ilícita para absolver o acusado, caso ponderados os valores e direitos feridos no caso concreto, a fim de evitar resultados mais repugnantes do que o descumprimento de uma norma legal.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 397.

Passemos, então, ao tema principal desse trabalho, qual seja a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*.

Reiteramos que a prova ilícita tem vedação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVI. Essa vedação, contudo, tem como função assegurar direitos ao indivíduo no processo, protegendo-o de eventual arbitrariedade praticada pelo Estado. Sendo assim, a vedação das provas ilícitas existe para obrigar que o Estado se utilize somente de meios lícitos para proceder a punição do indivíduo.

Desse modo, conclui-se que a vedação da prova ilícita não pode de forma alguma ser absoluta, em decorrência de eventual necessidade de sua utilização no processo para absolver o réu, tendo em vista que o direito de um inocente de permanecer em liberdade é mais importante do que o mero cumprimento normativo da proibição das provas ilegais.

Suponhamos, por exemplo, que um indivíduo esteja sendo acusado de um crime de roubo que não praticou. Para comprovar sua inocência, este indivíduo viola a privacidade de outrem mediante uma interceptação telefônica ilegal, na qual esta outra pessoa, em uma conversa descontraída com um amigo, confessa ter sido a autora do roubo.

Na supracitada situação hipotética, o réu praticou ilícito penal no momento da obtenção da prova de sua inocência, sendo a referida prova ilícita.

No entanto, em que pese a ilicitude da referida prova, sua utilização no processo deve ser admitida justamente pelo absurdo que representaria a condenação de um inocente.

Sobre o tema explica AURY LOPES JR³⁴:

Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. Trata-se da proporcionalidade *pro reo*, em que a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência).

Situação típica é aquela em que o réu, injustamente acusado de um delito que não cometeu, viola o direito à intimidade, imagem, inviolabilidade do domicílio, das comunicações etc. de alguém para obter uma prova de sua inocência.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 398.

A doutrina é praticamente unânime quanto à admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, principalmente na hipótese de a prova ser produzida pelo próprio acusado, pela mera argumentação de que, como já mencionado, a privação da liberdade de um inocente representaria uma atrocidade em relação à violação das garantias individuais do sujeito.

Entretanto, na remota hipótese da não aceitação desta argumentação, tem-se que o réu, ao produzir prova de sua inocência mediante a prática de ilícito penal, estará amparado por causa de excludente de antijuridicidade.

É o que explica o doutrinador AURY LOPES JR³⁵:

Ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo.

Dessa forma, conclui-se que o acusado que praticar delito para comprovar sua inocência o terá feito amparado pelas referidas causas excludentes. No entanto, devem ser estabelecidas limitações às condutas que o acusado pode praticar nessa busca pelas provas de sua inocência, a fim de evitar consequências desproporcionais e desarrazoadas.

Nesse sentido, bastante pertinente a ressalva ofertada por GUILHERME MADEIRA³⁶:

A quase unanimidade da doutrina reconhece que não deve ser condenado pelo crime cometido, pois está abarcado por causa excludente da ilicitude. Neste sentido é a posição de Eugênio Pacelli.

Entendemos, porém, de maneira isolada, que a questão não pode ser tratada desta forma. A causa excludente da ilicitude, seja ela a legítima defesa, seja ela o estado de necessidade, não admite o sacrifício do bem de maior valor em detrimento do de menor valor.

³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 398.

³⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Op. Cit.*, p. 209.

A questão reside exatamente aí. Quando Pacelli analisa a liberdade neste conflito de valores, faz a análise da liberdade em abstrato. No entanto, esta análise não nos parece a melhor. Não nos parece razoável, por exemplo, que se admita o uso de tortura para provar a inocência de alguém que seja acusado de crime contra a honra.

Ora, a liberdade não pode ser analisada de maneira abstrata. É preciso que se analise de que tipo de liberdade se está a falar. Nas hipóteses em que a liberdade é apenas abstratamente considerada não se pode admitir o cometimento de crime em que haja efetiva ofensa a bem jurídico que conduz a restrição concreta da liberdade.

Sendo assim, faz-se necessária a criação de alguns limites para evitar, como o doutrinador Guilherme Madeira diz, o cometimento de crime em que haja efetiva ofensa a bem jurídico.

Embora a doutrina ainda não tenha discutido o tema, entendemos que, na busca por elementos probatórios que atestem a sua inocência, o acusado deve respeitar as seguintes limitações: (i) o acusado não pode praticar crime mais gravoso do que aquele que lhe foi imputado; (ii) o acusado não pode cometer crime doloso contra a vida, haja vista que a Constituição Federal, ao determinar os direitos fundamentais, estabeleceu que o direito à vida merece maior proteção do que o direito à liberdade; por fim, (iii) o acusado não pode praticar tortura para obter a prova, vez que o crime de tortura possui vedação absoluta no entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Reitero que a tese sobre as limitações supramencionada ainda não encontra qualquer respaldo na doutrina ou jurisprudência, mas nos parece razoável para evitar consequências mais gravosas do que a própria condenação em si.

Necessário fazer um adendo sobre o tema. Para tanto, retornemos ao caso hipotético supracitado, no qual há obtenção da confissão do real autor do roubo através de uma interceptação telefônica ilegal. Nessa circunstância, a confissão poderá ser utilizada como prova em eventual processo movido contra o real autor do roubo?

Entende-se que não, pois conforme explicado, a prova ilícita tem vedação se utilizada para embasar uma condenação.

Nesse sentido, explica AURY LOPES JR³⁷:

Essa prova ilícita, que excepcionalmente está sendo admitida para evitar o absurdo que representa a condenação de um inocente, não pode ser utilizada contra terceiro.

Ou seja, a mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto). Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade).

Por todo exposto, conclui-se, em resumo, que a produção de prova ilícita por parte do próprio acusado para comprovar sua inocência deve ser admitida para embasar sua absolvição desde que respeitados os limites morais no momento de sua obtenção, de modo que ele não poderá ser processado e julgado pelo delito praticado na obtenção da referida prova, uma vez que se encontra amparado pelas excludentes de antijuridicidade.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 399.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo a realização de uma análise das possibilidades de admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Preliminarmente foram apresentados alguns dos principais meios de prova, capazes de apresentar ao magistrado o mais próximo da realidade fática do ilícito penal ocorrido, diante das quais o magistrado formará a sua convicção e sentenciará o réu.

Restou evidenciado que, em regra, são inadmissíveis as provas ilícitas, que são aquelas obtidas mediante violação de norma de direito material, havendo inclusive vedação expressa tanto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, quanto no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Não obstante, foi apresentado que não somente as provas ilícitas tem vedação no processo, mas também todas aquelas que dela derivem, excetuando-se as hipóteses nas quais não restar evidenciado o nexo causal entre umas e outras ou que a prova puder ser obtida através de uma fonte independente.

Em que pese a vedação das provas ilícitas no processo, a presente pesquisa trouxe como foco principal as hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas a partir do princípio da proporcionalidade.

Por vezes, no caso concreto ocorre de valores constitucionalmente relevantes serem colocados em confronto e diante disso deve ser feita uma ponderação de qual valor deve ser, excepcionalmente, violado. Isto posto, conclui-se que não é razoável desprezar toda e qualquer prova ilícita, haja vista que diante das especificidades do caso concreto, deve se aceitar a violação de alguma norma regulamentadora ou do direito à intimidade de alguém para se evitar o cometimento de um mal maior.

O presente trabalho evidenciou, principalmente, a admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade pro reo, na qual um indivíduo acusado injustamente de um crime que não praticou pode se valer de meios ilícitos, desde que moderados, para a obtenção de prova que ateste a sua inocência. Em situações excepcionais como essa, as provas ilicitamente obtidas devem ser admitidas, haja vista que o acusado agiu sob o amparo de excludentes de antijuridicidade.

Por todo exposto, concluiu-se que, no direito, há situações em que, diante das especificidades do caso concreto, o descumprimento de uma norma legal pode ser a solução de maior razoabilidade na busca pela justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato – Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 2ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique – Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRAZ, José Alberto Campos – Evolução Histórica da Prova em Processo Penal - Do Pensamento Mágico à Razão. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37100/3/ulfd135579_tese.pdf

CAPEZ, Fernando– Curso de Processo Penal 24ª edição. São Paulo: Saraiva 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira – Curso de Processo Penal 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

FILHO, Vicente Greco – Manual de Processo Penal – 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de – Manual de Processo Penal – Volume Único – 5ª edição. Salvador: JusPodivm. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury– Direito Processual Penal 14ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni – Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais – 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza– Código de Processo Penal comentado – 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

OLIVEIRA, Antônio Maria Claret de; COSTA, Daniel Carnio. Provas Ilícitas no Direito Processual e a Teoria da Proporcionalidade. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav41/alunos/cl.pdf>

PACELLI, Eugênio – Curso de Processo Penal – 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Victor Luiz de Andrade, aluno regularmente matriculado no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31605389, Período noturno, Turma U, tendo realizado o TCC com o título: Admissibilidade da prova ilícita *Pro Reo*, sob a orientação do(a) professor(a): Rogério Cury, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 13 de novembro de 2020.

Victor Andrade

Assinatura do discente