

## O USO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

**Heidy Vieira Rodrigues dos Santos**

Acadêmica do curso de Direito – FITL/AEMS.

**Josimeire Salmi Jurado**

Acadêmica do curso de Direito – FITL/AEMS.

**Daniela Borges Freitas**

Mestre em Teoria do Estado e Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha.

Professora do curso de Direito – FITL/AEMS.

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discutir o uso de provas ilícitas no Processo Penal, estabelecendo-se uma correlação entre as previsões legais e seu aspecto prático. Trata-se, pois, de tema relevante, uma vez que no decorrer desse estudo observa-se que a busca pela justiça se torna ineficaz ao permitir seu uso apenas *pro reo*. Por não haver consenso doutrinário, se busca analisar as normas constitucionais, processuais penais, bem como as teorias que cercam o tema, para, assim, buscar a efetiva justiça quando o Juiz analisar cada caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provas ilícitas; Processo penal; *In Dubio Pro Reo*.

### INTRODUÇÃO

Este artigo faz uma breve conceituação de provas e de provas tidas como ilícitas, demonstrando as divergências doutrinárias. Após tal elucidação, expõe-se a realidade atual e legal sobre o seu uso no Processo Penal, investigando, também, o assunto no Direito de países como Portugal e Estados Unidos, demonstrando as teorias utilizadas nesses locais e quais são admitidas no Brasil. Por fim, discute-se a aplicabilidade da prova ilícita no Processo Penal, buscando encontrar o caminho que possibilite a efetivação da Justiça.

### 1 DAS PROVAS

“Tudo que se alega deve ser provado”, art. 155, CPP. Diante dessa conhecida afirmação legal, é possível extrair o conceito de provas, sendo esta a atividade realizada ou o meio pelo qual os sujeitos do processo demonstram o que foi alegado por eles, comprovando a veracidade dos fatos narrados e buscando o convencimento do juiz.

São admitidos, no Direito, meios de prova de qualquer natureza, desde que não sejam vedados no ordenamento jurídico. Assim, tem-se como meios de prova, exemplificativamente, depoimentos pessoais, oitiva de testemunhas, documentos, perícias, entre outros.

### **1.1 Provas no Processo Penal**

No que tange o Processo Penal, autor e réu desejam provar suas alegações com o objetivo de convencer o juiz, sendo o direito a produção probatória das partes fixada no âmbito do devido processo legal.

No que diz respeito à matéria criminal, considerando a presunção de inocência do acusado, o ônus da prova cabe à acusação, o que não impede que a defesa a produza, facultando, ainda, ao juiz, em busca da verdade real, determinar de ofício a realização de provas por força do artigo 156 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.690/08. Essa lei modificou o conteúdo daquele artigo, estabelecendo meios para o sistema de avaliação das provas ilícitas. Nesse sentido, é possível constatar que o direito a prova, mesmo sendo de fulcro constitucional, não é absoluto, tendo limitações tanto em relação ao objeto quanto em relação aos meios de produzi-las.

### **1.2 Provas ilícitas**

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, relata que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos no Processo Penal. Assim, podemos dizer que as provas ilícitas ou ilegítimas, transgridam as normas constitucionais ou legais. No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, com redação dada também pela Lei n. 11.690/08, impõe: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”.

Nesse sentido, temos a definição de Norberto Avena (2014, p. 472):

Por tudo isso, não temos a menor dúvida de que persiste a definição clássica de prova ilícita como aquela obtida em violação direta ou indireta a garantias ou preceitos de índole constitucional. Quanto à referência inserta ao art. 157 no sentido de que ilícitas são as provas obtidas *em violação a normas constitucionais ou legais*, não está incorreta, apenas se devendo entender este último caso (“ou legais”) como hipótese de *violação indireta* á

*Magna Carta*, vale dizer, ofensa a dispositivo de lei cujo conteúdo reflita garantia constitucional.

Anterior à nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, as provas ilícitas eram diferenciadas das provas ilegítimas, sendo estas obtidas por meios que ferissem normas legais de direito processual, enquanto aquelas eram produzidas de maneira que infringissem normas constitucionais e normas legais de direito material, mas tal diferenciação é meramente doutrinária.

O tema a ser discutido é amplamente doutrinário, havendo muitas controversas. Ainda que se parta da regra expressamente fixada pela Constituição Federal, muitas são as decisões que andam na contramão da norma. Por isso é que a frase “a exceção faz a regra” é muito usada no Brasil.

Isso só nos prova que os princípios constitucionais estão em “cheque”, pois temos, de um lado, respaldo do devido processo legal, simultaneamente com a busca da verdade real, e do outro, temos os direitos individuais, sendo resguardados pela ampla defesa e pelo próprio devido processo legal.

## **2 O USO DE PROVAS ILÍCITAS**

Via de regra e conforme disposição legal, o uso de provas ilícitas no processo é vedado, devendo, inclusive, ser desentranhado dos autos.

Ocorre que há provas que não são originariamente ilícitas, bem como há a relativização da mencionada vedação. Dessa forma, dizer apenas que o uso de tais provas é proibido, não satisfaz completamente a análise da prática processual penal.

### **2.1 Direito comparado**

Para se entender as teorias adotadas no Brasil acerca do assunto, faz-se necessária a análise do tema em alguns países.

O direito norte-americano desenvolveu várias teorias no que concerne a prova ilícita, sendo o pioneiro no desenvolvimento da “*exclusionary rule*”, e desenvolvendo, também, teorias que impedem a aplicação do mesmo princípio, como a limitação da fonte independente, da descoberta inevitável e da contaminação expurgada (conexão atenuada).

Nos Estados Unidos da América, criou-se também uma das teorias mais utilizadas até hoje sobre o assunto, a conhecida e posteriormente comentada, doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*). Tal doutrina surgiu na Corte Suprema dos Estados Unidos da América, sendo que, em 1920, foi adotada no caso de Silverstone Lumber Co, onde a dita Suprema Corte decidiu que uma intimação, expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal, era inválida, não podendo, portanto, ser usada pela acusação no processo penal, tendo em vista ter sido indiretamente obtida por meio ilícito.

Como anteriormente dito, nos Estados Unidos também se originou teorias que limitavam a própria *fruits of the poisonous tree doctrine* por eles criada, como a teoria conhecida como *inevitable discovery*. Tal teoria originou-se no caso Nix v. Williams – Williams II, 1984, onde a oitiva do acusado foi feita de forma ilícita, tendo ele narrado onde se localizaria o corpo da vítima, entretanto, populares se juntaram para procurar o corpo, antes mesmo das informações obtidas ilegalmente, sendo tal local incluso nas rotas de buscas anteriormente estabelecidas, ou seja, inevitavelmente encontrariam a vítima, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos entendido que havia uma limitação da teoria dos frutos da árvore envenenada, por ser a descoberta inevitável, independente da prova ilícita.

Observa-se na França e na Inglaterra que, usando o princípio da proporcionalidade, editaram normas que admitem o uso das provas ilícitas em favor do réu, porém punem aqueles que as produziram.

## 2.2 Teoria dos frutos da árvore envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), também conhecida como teoria da prova ilícita por derivação, considera que as provas lícitas produzidas através de provas ilícitas estão igualmente contaminadas, devendo ser consideradas como se ilícitas fossem.

Conforme preleciona Norberto Avena (2014, p. 477):

Provas ilícitas por derivação são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade manifesta ocorridas anteriormente à sua produção, restando, portanto, contaminadas. Trata-se, enfim, da aplicação da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (fruits of the poisonous tree)*, segundo a qual o defeito existente no troco contamina os frutos.

O tratamento dispensado às provas obtidas por derivação de provas ilícitas é o mesmo dado a estas, ou seja, por terem sido originadas a partir de uma prova obtida por meio ilícito, mesmo sendo lícita, também deverá ser desentranhada do processo.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, e admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular, e, não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

#### 2.2.1 Prova absolutamente independente (independent source limitation)

A teoria da prova absolutamente independente consiste em limitar a teoria da árvore dos frutos envenenados, quando as provas obtidas, na verdade, são provenientes de fontes independentes, ou seja, não foram obtidas através de prova ilícita, mas sim de uma fonte lícita.

Melhor explicando, se há a comprovação de um crime através de uma prova ilícita, essa prova não poderá ser usada, entretanto, se por outro meio, através de uma fonte legítima, independente daquela prova ilícita, for comprovado o mesmo crime, tal prova poderá ser utilizada. Isto ocorre porque, embora inicialmente tenha sido descoberto de maneira ilegítima, o crime foi posteriormente constatado por fonte diversa, legítima e válida.

#### 2.2.2 Descoberta inevitável (*inevitable discovery*)

Como outra limitação à teoria dos frutos da árvore envenenada, a teoria da descoberta inevitável, como o próprio nome diz, consiste na prova que, mesmo sendo inicialmente obtida por meio ilícito, inevitavelmente seria descoberta legitimamente.

Assim, se as investigações normais evidentemente descobririam tais provas naturalmente, não se trata de prova ilícita ou da teoria dos frutos da árvore envenenada, mas sim de prova legítima, assegurada pela teoria da descoberta inevitável, sendo, portanto, admissível.

### 2.2.3 Contaminação expurgada ou conexão atenuada

A teoria da contaminação expurgada ou conexão atenuada consiste em uma prova originariamente ilícita, mas que, por um fato superveniente, consegue excluir tal ilicitude e se tornar válida.

Exemplificando: se João foi preso ilegalmente por um roubo, mas acusa Pedro de tê-lo cometido. Pedro é preso ilegalmente também e, por sua vez, acusa Antonio de ser o autor do delito. Antonio é preso e posteriormente, liberado, entretanto, volta à Delegacia e confessa espontaneamente ter sido o autor do roubo mencionado. Entende-se, nesses casos, que, embora tenham chegado à autoria do delito de forma ilegal, por Antonio, ciente de seus direitos, ter confessado espontaneamente, expurga-se a ilicitude da prova, sendo irrelevante o nexo causal das ilicitudes mencionadas.

## 2.3 Princípio da Proporcionalidade

Segundo a doutrina majoritária, é admissível o uso de provas ilícitas no processo penal, ponderando-se os direitos que estão em jogo no processo, através da teoria da proporcionalidade. Tal teoria pode ser utilizada justificando-se pelo fato de a defesa ter menos recursos para angariar provas que os órgãos acusadores. Assim, embora a regra seja a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, para garantir o devido processo legal e demais direitos constitucionais, priorizando a liberdade do acusado, aplicar-se-á a teoria da proporcionalidade, podendo, então, ser utilizada a prova ilícita.

Vale destacar que a teoria da proporcionalidade não visa beneficiar toda e qualquer defesa, mas sim proporcionar uma igualdade substancial quando o acusador tiver mais possibilidade e recursos de produzir provas. Isso porque, é possível observar grandes facções criminosas, com alto poder econômico, cercada por muitos advogados, sendo detentoras de tecnologias e aparelhamento suficientes para estarem superiores ao órgão acusador. Nesses casos, o mais razoável, para a busca da justiça, seria aplicar tal princípio para a admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, tendo em vista que ela se torna inferior para angariar provas e acaba se tornando desigual de outro modo.

Nesse diapasão, está o entendimento de Norberto Avena (2014, p. 473):

Embora concordemos no sentido de que, efetivamente não se pode atribuir a alguém a pecha da condenação quando existem provas, ainda que ilícitas, capaz de inocentá-lo, entendemos que, na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, aos interesses do réu.

## **2.4 Relativização da vedação à prova ilícita**

De acordo com Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 430):

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade (para alguns “razoabilidade”), na busca pelo equilíbrio entre o respeito às garantias fundamentais do cidadão e um processo penal justo e eficaz, os tribunais pátrios têm, por vezes, mitigado a vedação às provas ilícitas, admitindo como eficaz a prova que em princípio seria considerada ilícita, desde que ela não seja adotada como único elemento de convicção e que seu teor corrobore os demais elementos probatórios recolhidos no processo.

## **2.5 Uso de provas ilícitas *pro reo***

Conforme entende Norberto Avena (2014, p. 479):

Apesar dessa proibição constitucionalmente determinada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias há longo tempo têm considerado possível a utilização das provas ilícitas em favor do réu quando se tratar da única forma de absolvê-lo ou, então, de comprovar um fato importante à sua defesa. Para tanto, é aplicado o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio do sopesamento, o qual, partindo da consideração de que “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”, possibilita que se analise, diante da hipótese de colisão de direitos fundamentais, qual é o que deve, efetivamente, ser protegido pelo Estado.

Embora a regra seja a inadmissibilidade da prova ilícita no Processo Penal, ponderando-se os princípios constitucionais, podemos observar a aceitação desta em favor do réu. Assim, quando estão em conflito tais princípios igualmente relevantes, usa-se o critério hermenêutico para saber qual irá prevalecer. Entende-se, portanto, que, diante da vedação constitucional da prova ilícita e do princípio constitucional da liberdade que está em jogo, por exemplo, poderá prevalecer o da liberdade do réu, admitindo a prova com sua ilicitude.

Ademais, sob a proteção do princípio da proporcionalidade, entende-se que a prova ilícita produzida pelo próprio réu poderá ser usada a seu favor, sendo considerada como legítima defesa, excluindo, portanto, sua ilicitude.

Também nesse sentido, entende Edilson Mougenot Bonfim (2009, p. 431):

Como, porém, a proibição da prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, predomina o entendimento na doutrina de que seja possível a utilização de prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, por exemplo), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude.

### 3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em análise jurisprudencial de 1993 até os dias atuais, pôde-se observar várias discussões envolvendo provas ilícitas. Isto porque, com a Constituição Federal de 1988, a consolidação dos direitos fundamentais, bem como o período anterior de ditadura, restou extremamente evidenciada a preocupação em se analisar as provas a serem utilizadas, com o fim de assegurar julgamentos justos, sem ferir princípios e direitos constitucionais. Assim, procura-se demonstrar, nas ementas a seguir, decisões em que se admitem as provas aparentemente ilícitas (sendo elas consideradas lícitas ou admissíveis mesmo sendo ilícitas).

Vejamos:

EMENTA: Constitucional. Penal. Prova ilícita: "de gravação" de escutas telefônicas. C.f., art. 5., xii. Lei n. 4.117, de 1962, art. 57, ii, e, "Habeas Corpus": exame da prova.

I. - O sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (c.f., art. 5., xii). Inexistência da lei que tornara viável a quebra do sigilo, dado que o inciso xii do art. 5. Não recepcionou o art. 57, ii, e, da lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. E que a constituição, no inciso xii do art. 5., subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

II. - No caso, a sentença ou o acórdão impugnado não se baseia apenas na "de gravação" das escutas telefônicas, não sendo possível, em sede de "habeas corpus", descer ao exame da prova.

III. - H.C. Indeferido. (HC 69912 RS. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 30/06/1993. Tribunal Pleno). (<http://jus.com.br/artigos/194/escuta-telefonica>).

EMENTA: Constitucional e Processual Penal. "Habeas Corpus". Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5., da constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da

sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (*verfassung aktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa (...). (HC 3982 RJ 1995/0053161-5. Relator: Min. Adhemar Maciel. 05/12/1995. Sexta Turma – STJ). (<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548539/habeas-corpus-hc-3982>).

EMENTA: constitucional. Penal. Gravação de conversa feita por um dos interlocutores: licitude. Prequestionamento. Súmula 282-STF. Prova: reexame em recurso extraordinário: Impossibilidade. Súmula 279-STF.

I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.

II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário.

III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "*the fruits of the poisonous tree*" não foi objeto de debate e decisão, assim não pré questionada. Incidência da Súmula 282-STF.

IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.)." (<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766143/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-503617-pr>).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que no tocante às provas ilícitas, o assunto ainda é muito discutido no judiciário brasileiro, e, embora a primeira intenção fosse somente contestar o modo como o direito brasileiro trata o assunto, é possível notar que a preocupação que o cerca tem um histórico fortíssimo e um temor em cometer injustiças, devendo ser respeitado tal posicionamento.

Com a ditadura brasileira, ainda muito recente, criou-se o receio de ferir direitos fundamentais e de obter provas de modo ilícito, que ferissem a justiça, como se era feito na época. Entretanto, tal temor torna-se prejudicial. Afinal, tudo começa a girar em torno do *pro reo* e se esquece do *pro societate*. Melhor dizendo, busca-se tão incessantemente assegurar os direitos do réu, que se exclui os direitos da sociedade.

Entende-se o cuidado em lidar com o assunto, mas não é aceitável o modo como tem sido tratado. Faz-se necessário a análise do caso concreto e do modo como foi obtida as provas ilícitas, bem como os direitos que devem ser assegurados. Isso porque nem toda prova tida como ilícita, de fato tem a intenção de ferir um

direito, uma norma ou um princípio, ou tem a imposição de poder sobre um hipossuficiente.

Não se pode utilizar a alegação de ilicitude da prova como escudo das práticas criminosas, mas sim como arma para promover a justiça. Sendo assim, diante do princípio da proporcionalidade, entende-se que, se os direitos da sociedade ou os direitos do réu que estão em jogo se sobressaírem à ilicitude da prova, não há que se falar em desentranhamento. Ainda, segundo esse pensamento, entende-se, portanto, que o sopesamento deve ser considerado não somente em benefício do réu, mas também em benefício da sociedade.

Isto posto, se primordial é a busca da justiça, tem-se não ser possível aceitar que o uso da prova ilícita apenas *pro reo* seja a efetivação de tal busca. Justiça não é favorecer apenas uma parte, mas sim ponderar os direitos que estão em jogo.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Reinaldo Rossano. **Direito Processual Penal**. 8. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

AVENA, Noberto. **Processo penal**: esquematizado. 6.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

LIMA, Arnaldo Siqueira. Prova: A Força Probante dos Indícios. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**. n. 2 – Junho - Julho de 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio. Prova Indiciária no Processo Penal. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**. N. 4 – Outubro – Novembro de 2000.

TASCA, Maurício. Interceptação Telefônica. Prazo de Duração. Lei nº 9.296/1996 e Projeto do Novo CPP. **Revista Síntese: Direito Penal e Processual Penal**. N. 83 – Dezembro - Janeiro de 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.