



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Provas ilícitas no processo penal brasileiro: admissibilidade ou inadmissibilidade?

Juliana Duclerc Costa Reis

Rio de Janeiro
2013

JULIANA DUCLERC COSTA REIS

Provas ilícitas no processo penal brasileiro: admissibilidade ou inadmissibilidade?

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson Tavares Junior

Rio de janeiro

2013

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ADMISSIBILIDADE OU INADMISSIBILIDADE?

Juliana Duclerc Costa Reis

Graduada pela Faculdade de Direito Candido Mendes-Centro. Advogada.

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar a aplicação das provas ilícitas no Direito brasileiro, a fim de garantir às partes a verdade dos fatos, de forma mais semelhante com a verdade real, possibilitando ao juiz uma certeza, ainda que relativa, suficiente para formar sua convicção. Destaca os princípios dentro do processo penal, diretamente relacionados às provas, demonstrando, ainda, o direito à prova e suas limitações. Revela, também, a divergência doutrinária acerca da aceitação, ou não, da prova ilícita, bem como a aplicação da Teoria da Proporcionalidade pela jurisprudência, desde que favorável ao réu, bem como a admissão da prova pela exclusão da ilicitude. Aborda, ainda, a teoria dos frutos da árvore envenenada e a prova emprestada em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Constitucionalidade; Direito Processual Penal; Provas ilícitas; (in)admissibilidade.

Sumário: Introdução. 1. Da prova. 1.1. Do ônus da prova. 1.2. Dos princípios norteadores. 1.2.1 Do devido processo legal. 1.2.2. Do contraditório. 1.2.3. Da ampla defesa. 1.2.4. Do livre convencimento motivado. 1.2.5. Da verdade real dos fatos. 2. Do direito à prova e limitações. 3. Da inadmissibilidade das provas ilícitas. 3.1. Teoria dos frutos da árvore envenenada. 3.2. Da prova emprestada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a aplicação das provas ilícitas no processo penal pátrio. Um dos objetivos do presente estudo é analisar a admissibilidade das provas ilícitas no processo, apesar do princípio constitucional de vedação de sua utilização.

Os ramos do direito sofrem modificações em decorrência da evolução da humanidade. Da mesma forma que dos demais ramos, o Direito Penal e o Processo Penal têm que acompanhar o contexto histórico.

O tema relativo à prova acompanha a humanidade há séculos, tendo a intervenção estatal nas relações em sociedade com o objetivo de proporcionar a harmonia entre os cidadãos.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil representou um marco na modificação do tratamento dispensado ao ser humano, assegurando-lhe direitos extremamente importantes, a fim de manter a ordem pública. Consolidou-se o Estado Democrático de Direito.

Além das normas, os princípios constituem-se como fontes importantíssimas para qualquer ramo do Direito. No tocante às provas, alguns são inerentes a elas, valendo destacar como base da estrutura do devido processo legal o contraditório, que garante a participação de forma igualitária entre as partes envolvidas e, ainda, o princípio da ampla defesa, pelo qual há efetiva participação do acusado no processo penal, contribuindo para o resultado final. A ampla defesa abrange: a defesa técnica, com exigência de defensor devidamente habilitado e a autodefesa, que é considerada a defesa efetiva, garantido a efetiva participação da defesa nos principais momentos processuais.

Tendo em vista o rigoroso sistema de proteção aos direitos individuais que rege a Constituição da República, o presente trabalho visa estudar a validade das provas, obtidas para formar o convencimento do magistrado, na busca pela decisão mais justa, revelando um compromisso do qual o Estado não pode se eximir. Ainda que imperfeita a verdade judicial, deposita-se nela a confiança de proteção aos bens ou valores juridicamente protegidos.

As provas desempenham um papel relevante para apurar-se os fatos relatados no processo, que servirão como instrumentos de persuasão do julgador. Seu intuito é estabelecer

a verdade por verificação ou demonstração, no entanto, não se busca a certeza absoluta, uma vez que é quase impossível obtê-la, bastando que seja relativamente suficiente para convencer o juiz.

Trata-se de uma tarefa árdua, tendo em vista o bem jurídico de tanto apreço para o ser humano. É certo que, além de formar a convicção do juiz, a prova representa um papel balizador para a decisão judicial, pois, diante da sociedade, as decisões fundadas em provas, se revestem de um manto de justiça.

Vale ressaltar que, as provas devem ser obtidas por meios que não confrontem a moral e os bons costumes, vigorando no ordenamento jurídico pátrio a vedação às provas obtidas por meios ilícitos. O direito probatório encontra limites, a fim de respeitar o devido processo legal e os direitos inerentes à dignidade humana, como intimidade, privacidade, valores considerados fundamentais em nosso ordenamento pátrio, cabendo ao Estado restringir a obtenção de provas a qualquer custo, na defesa dos valores sociais conquistados ao longo dos anos, amparados pela Carta Magna.

A polêmica do tema gira em torno da aceitação das provas ilícitas, havendo grande divergência doutrinária e jurisprudencial nesse sentido. A evolução do sistema vem suavizando o rigor quanto a não aceitação incondicional das provas ilícitas, visando a sopesar valores contrastantes. A corrente que defende a obtenção de prova por meios ilícitos, se fundamenta principalmente no direito do réu de garantir sua liberdade, devido seu extremo valor para o ser humano. Já a corrente que advoga pela inadmissibilidade, assevera que, por mais relevantes que sejam os fatos apurados através de provas ilícitas, estas devem ser banidas do processo, haja vista seu caráter inconstitucional.

A jurisprudência vem admitindo excepcionalmente o uso provas ilícitas no processo quando favorável ao acusado, valendo-se do princípio do favor rei, admitindo, então, a exclusão da ilicitude da prova, para proteger a liberdade do acusado. No tocante às provas, as

situações tidas pelo direito como suficientes para afastar sua ilicitude, poderão ser aceitas no Processo Penal, a fim de salvaguardar a liberdade do indivíduo, um bem tão precioso.

1. DA PROVA

A prova consiste em o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até mesmo pelo juiz, com a finalidade de levar para seu conhecimento determinado fato, para que este averigue e forme sua convicção.

O juiz é o principal destinatário da prova, mas não pode ser desconsiderada a existência de extremo interesse das partes, já que elas são as destinatárias indiretas das provas.

Deve-se considerá-la como um instrumento de suma importância para o processo e mais ainda para o Processo Penal, uma vez que o que está em jogo é um dos direitos mais sublimes de uma pessoa, que é a liberdade. Dessa forma, impõe o magistrado analisar e valorar as provas com responsabilidade, prudência e total imparcialidade para não incorrer em erro no seu julgamento.

Em que pese não haver garantia de uma certeza absoluta dos fatos, busca-se a maior semelhança possível com a realidade histórica; uma certeza relativa suficiente na convicção do juiz. Leciona José Frederico Marques¹:

A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e no meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

Além de servirem para formar o convencimento do juiz, os instrumentos probatórios servem, também, para justificar para a sociedade a decisão adotada, permitindo-se considerar como um elemento de vital importância para o processo.

¹ MARQUES, José Frederico. *Elemento do Direito Processual Penal*. v.4. 2.ed. Campinas: Millennium, 1998,p..253.

O magistrado tem o dever de fundamentar suas decisões, mas não se pode negar que as provas representam um mecanismo de legitimação através do qual a decisão deixa de aparentar arbitrária e se torna aceitável.

1.1.DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é a incumbência que a parte possui de demonstrar a verdade dos fatos e alegações feita no processo penal. Como regra, incumbe a quem alega, possuindo o órgão acusador a obrigação jurídica de provar o alegado, sendo vedada a inversão no ônus da prova. Esse ônus da acusação decorre do princípio da inocência, garantido constitucionalmente. No entanto, cumpre dizer que possui o réu a faculdade de negar a demonstração probatória.

Em que pese a regra de que o ônus probatório é de quem alega, não se trata de verdade absoluta, visto que o magistrado, em caso de persistência de dúvida, tem a faculdade de produção de provas para dirimi-las, conforme a parte final do artigo 156 do CPP : “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.”

O mestre Tourinho Filho² entende que:

Cabe, pois à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar a sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo e culpa. Se o réu goza de presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação. Se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma cláusula de excludente de antijuricidade ou culpabilidade é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus inexcipiendo fit actor*. Da mesma forma se o réu alegar excludente de culpabilidade.

Insta dizer que muito se discute acerca da constitucionalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado, em razão do princípio da imparcialidade. Tais poderes concedidos

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v.3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008,p.245.

ao magistrado são de suma importância para se chegue o mais próximo possível do que se define como verdade.

Em que pese ser permitido ao juiz a atividade probatória, não se pode olvidar que as provas colhidas pelo juiz tem caráter complementar e serão também submetidas ao crivo do contraditório.

Ademais, as decisões dos magistrados devem ser devidamente justificadas, o que pode ser considerado um óbice à arbitrariedade.

1.2.DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O Processo Penal brasileiro é regido por uma série de princípios, possuindo as provas alguns pertencentes diretamente a elas.

Segundo Paulo Rangel³:

As provas possuem princípios próprios que servirão de verdadeiras premissas de todo o sistema que se desenvolve, visando à construção de um determinado instituto ou categoria do direito.

1.2.1.DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A carta magna de 1988 estabelece em seu art. 5º, LIV que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Encontramos, ainda, tal previsão no artigo 11, número 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantindo que:

Todo Homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido comprovada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20.ed. São Paulo:Atlas: 2012,p.448.

Tal princípio constitucional garante aos participantes de um processo o direito de ter respeitada de forma integral as regras previstas na legislação pertinente, assegurando a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais.

Modernamente, a ideia do devido processo legal está sendo correlacionada com a ideia de justo processo.

A ideia de processo no Estado Democrático de Direito é proporcionar aos jurisdicionados uma tutela justa e efetiva, onde se dá preferência, sempre, a garantia do devido processo legal.

O devido processo legal simboliza a obediência às normas processuais estipuladas em lei, garantindo aos jurisdicionados um julgamento justo e igualitário, com todos os atos e decisões devidamente motivadas. Sua importância é tamanha que serve de base legal para aplicação de todos os demais princípios e garantias constitucionais.

1.2.2.DO CONTRADITÓRIO

É garantido às partes o direito de contraditar toda prova apresentada pela parte contrária, dando oportunidade de se pronunciarem sobre qualquer fato e ato que vierem a surgir no processo e sendo inadmissível a produção de qualquer prova sem o conhecimento da outra parte.

Com isso, pode-se dizer que o contraditório visa a garantir o direito a informação de fatos e alegações contrárias ao interesse das partes e também garantir uma oportunidade de resposta, uma participação para que a parte possa impugnar as alegações contrárias a seu interesse, buscando estabelecer uma igualdade processual.

É um dos princípios de maior valor no processo penal por ser considerada cláusula de garantia ao cidadão que se vê diante das garras do aparato persecutório penal, funcionando

como requisito de validade do processo, visto que, quando não observado, pode gerar uma nulidade absoluta.

1.2.3.DA AMPLA DEFESA

Tal princípio abrange o direito à autodefesa, bem como à defesa técnica.

Por defesa técnica entende-se a assistência de defensor devidamente habilitado. Cumpre dizer que não basta estar a parte assistida, devendo o defensor participar das fases processuais com a devida diligência.

A autodefesa é a garantia de efetividade de participação em todos os momentos do processo, abrangendo o direito de presença.

Com a ampla defesa, garante-se às partes da possibilidade de utilização de todos os meios e recursos admitidos no ordenamento jurídico.

Tal princípio está expresso na Constituição, juntamente como o Princípio do Contraditório, no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Com base nessa garantia, nossos tribunais superiores entendem que a falta de defesa pode dar causa a nulidade absoluta do processo, caso comprovado prejuízo ao réu.

1.2.4.DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O Código de Processo Penal, em seu art. 155, consagra no ordenamento jurídico o sistema que confere ao julgador a liberdade para valorar as provas, sem que exista um valor pré-determinado ou legal: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Sendo assim, segundo tal princípio o juiz tem a liberdade de apreciação das provas, devendo valorar todo o material probatório existente nos autos, limitando-se apenas aos fatos e circunstâncias que ali constarem. Contudo, sua decisão tem que ser devidamente fundamentada.

Entende Ada Pellegrini Grinover⁴ que:

É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos e somente deste. Por ele o juiz forma livremente seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.

Através desse princípio, as partes e toda a sociedade estão protegidas de arbitrariedades. Ademais, é de importância para os envolvidos na fundamentação de eventual recurso contra a decisão.

1.2.5. DA VERDADE REAL DOS FATOS

É de certo que se obter uma verdade absoluta é impossível. Contudo, a atividade probatória deve ser sempre investigar a verdade tal como o fato ocorreu e buscar uma aproximação o quanto possível da reconstrução dos fatos e circunstâncias relevantes, a fim de possibilitar que o juiz forme seu convencimento.

O magistrado está autorizado pela legislação a buscar a verdade real dos fatos podendo, para isso, requisitar diligências tanto em pró-defesa, quanto pró-acusação, desde que satisfaça sua pretensão e possa adequadamente decidir a demanda, requisitando as provas que considerar convenientes para sua convicção.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.124.

Com isso, pode-se dizer que tal princípio objetiva a tentativa de se chegar o mais próximo possível da verdade real dos fatos, fazendo um conjunto probatório nos autos para que seja possível ser formada a convicção do órgão julgador, que, lembre-se, deve ser sempre motivada.

2. DO DIREITO À PROVA E LIMITAÇÕES

Pode-se dizer que a prova é a base de todo o processo penal, uma vez que é sobre o conjunto probatório que se desenvolvem as teses de defesa e acusação. No entanto, entende-se que o direito à prova não é absoluto, encontrando limites.

Através da prova é garantido às partes apresentar ao magistrado a realidade dos fatos, sendo assegurada a iniciativa de busca e apresentação de elementos capazes de contribuir para a formação da convicção. A proibição injustificada ao direito de produção de prova configura-se como cerceamento de defesa.

Além do direito à produção, impõe-se observar o direito à valoração das provas, uma vez que não faria sentido o direito à produção de provas caso o magistrado pudesse decidir de forma arbitrária; optando por apreciá-las e valorá-las, ou não, no seu momento de julgamento.

Assim, toda a matéria alegada pelas partes e todas as provas que elas apresentarem deverão ser objeto de avaliação do órgão julgador, sob pena de nulidade. No entanto, é permitido a ele rejeitar eventuais diligências manifestamente protelatórias.

Embora a liberdade das provas seja a regra, não se pode permitir que o Estado, na busca de punir, venha a se utilizar de qualquer meio, encontrando obstáculo nos direitos e garantias fundamentais.

Descobrir a verdade dos fatos é a função do Estado, já que tomou para si a atividade jurisdicional. Contudo, não pode ser feito a qualquer custo, já que nem tudo que possa ser útil para descoberta da verdade está amparado pelo direito vigente.

Magalhães Gomes Filho⁵ afirma que:

O direito das partes à introdução no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

As regras que tratam acerca da obtenção das provas, são voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, sendo que estes não podem apresentar provas que violem as limitações constitucionais.

Como formas de limitação ao direito probatório, temos a aplicação do devido processo legal e a consagração de direitos inerentes a dignidade humana, como intimidade, privacidade, valores que nosso ordenamento jurídico considera fundamentais.

O mestre Paulo Rangel⁶ considera que:

O fundamento desta limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito.

Não se pode permitir que na busca da verdade real, sejam anulados direitos fundamentais do condenado.

Podemos dizer que o princípio da liberdade de prova encontra restrições tanto nas leis processuais quanto nas materiais, e principalmente na Constituição, ao proibir a utilização no processo de provas ilícitas.

⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997,p.91.

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20.ed. São Paulo:Atlas: 2012,p.449.

Contudo, não podemos entender que a limitação probatória se resume à proibição de provas ilícitas.

Como exemplo, somente pode ser decretada a extinção punibilidade de um fato praticado por quem está morto no caso de levada aos autos à certidão de óbito do sujeito, conforme preceitua o art. 62 do CPP e 77 da lei de Registros Públicos.

Passemos a abordar limitação constitucional de produção de provas, quando ilícitas.

3.DA (IN)ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

A CRFB/88 prescreveu no art. 5º, LXI questão inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A inadmissibilidade das provas ilícitas tem a função de inibir a produção de práticas probatórias ilegais, exercendo um controle na atividade estatal, assegurando direitos fundamentais.

Conforme ensina Paulo Rangel⁷:

A vedação da prova ilícita é inerente ao estado democrático de direito que não admite a prova do fato e consequentemente, a punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública, porém esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um estado democrático de direito.

A vedação às provas lícitas salvaguarda direitos e garantias individuais como o direito à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade de domicílio, que são constantemente violados durante as investigações.

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20.ed. São Paulo:Atlas: 2012,p.451.

Além da vedação da prova ilícita, também se veda sua obtenção por meios ilícitos. Sendo assim, não se é permitido o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja duvidosa, como exemplo confissão obtida mediante tortura, que encontra sua vedação no artigo 5 °, III da Constituição Federal..

As provas ilegais são gêneros, divididos na doutrina em duas espécies: Ilícitas e ilegítimas.

As provas ilícitas seriam aquelas que afrontam as normas de direito material, produzidas com infração a direito constitucional ou penal. Consiste na prova obtida por meios reprováveis por nosso ordenamento jurídico, que contrariam os direitos protegidos por uma legislação.

As provas ilegítimas são as que contrariam normas de direito processual, infringem tal direito, na produção e introdução das provas no processo.

Segundo o mestre Fernando Capez⁸ :

As provas ilegais são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico e esses requisitos possuem natureza formal, ou material. A ilicitude formal, ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita sua origem. Já a ilicitude material, delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação de sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha.

Entende-se que a ilegalidade na prova ilegítima ocorre no momento de sua produção e na prova ilícita a violação ocorre no momento da colheita de prova, antes ou durante o processo e sempre externa a ele.

Com o dispositivo constitucional que consagrou que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, criou-se uma enorme discussão na doutrina e na jurisprudência

⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009,p.308.

acerca das provas, no sentido de que seriam inadmissíveis as chamadas provas ilícitas ou se também as ilegítimas.

Com a reforma do Código de Processo Penal, a Lei 11.690/08, a questão foi solucionada, fazendo-se concluir que, tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas, seriam inadmissíveis no processo, através do art. 157.

O artigo 157 inovou ao determinar o desentranhamento do processo das provas obtidas por meios ilícitos. Com esta regra, o magistrado, tem o dever legal de, ao reconhecer a ilicitude da prova, determinar o seu desentranhamento dos autos.

Em que pese a Constituição prever a inadmissibilidade das provas ilegais, admite-se relativização à essa regra.

Como dito, o direito às provas não é absoluto, encontrando limitações principalmente quando em choque com as garantias e direitos individuais, não sendo permitida a liberdade probatória a qualquer preço.

Atualmente, tal proibição de forma absoluta não se justifica, devendo haver uma relativização dos direitos fundamentais e, também, ser aplicada de forma adequada para preservar os interesses de dignidade e justiça, quando em confronto com outros direitos.

A admissibilidade de provas ilícitas vem para resguardar interesses maiores em detrimento do direito à intimidade e à privacidade, com a finalidade de se alcançar uma verdade real dos fatos, devendo ocorrer em caráter excepcional quando for difícil a obtenção da verdade dos fatos por meios viáveis, sem bater de frente com qualquer liberdade pública.

É importante que a liberdade pública não sirva como proteção à prática de atividades ilegais, onde os autores de tais atividades se valham da inadmissibilidade das provas ilícitas para uma impunidade ou diminuição de sua responsabilidade pelos atos praticados, sob pena de desrespeito a um Estado de Direito.

Assim, quem, desrespeita a sociedade e as liberdades das pessoas não poderá valer-se da ilicitude de determinadas provas para afastar sua responsabilidade perante o Estado.

Alguns doutrinadores são a favor da constitucionalidade das provas obtidas por meios ilícitos a qualquer preço, quando, excepcionalmente, a aquisição das provas ilícitas puder ser a única forma possível para abrigo de valores fundamentais considerados urgentes.

Fazem, portanto, uma interpretação baseada na razoabilidade e proporcionalidade entre os bens jurídicos contrastantes.

Segundo o ilustre Paulo Rangel⁹:

Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado, que tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las porque(aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Um fundamento de peso a favor dessa corrente é que em alguns casos, o não reconhecimento das provas pela declaração de ilicitude das mesmas acarretaria danos irreparáveis ao indivíduo. Com isso, o direito de provar a inocência deveria prevalecer ao interesse do Estado de punir. O Estado, tendo em suas mãos o responsável pelo delito, deve considerar tais provas, mesmo que sejam consideradas ilícitas, para que não seja punido um inocente ao invés do verdadeiro culpado.

A jurisprudência vem adotando em caráter excepcional tal teoria, principalmente quando favorável ao acusado, valendo-se do princípio do favor rei. Outrossim, tem se admitido a exclusão da ilicitude da prova, para proteger a liberdade do acusado.

Antonio Scarance Fernandes, citado por Mirabete¹⁰ explica que:

Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto a inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele resguardado, não há que se falar em ilicitude, e portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.

⁹ RANGEL, op. cit.,p.467.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003,p.276.

Há quem defenda também a admissibilidade das provas ilícitas contra o réu, fundamentando de eu feito em favor da sociedade; *pro societate*. Tal posicionamento, no entanto, não é adotado por nossa jurisprudência, por se tratar de um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

Somente no caso de contrastes entre direitos fundamentais, poderia uma prova em desfavor do acusado ser aceita, e em caráter excepcional.

Cabe ao magistrado, analisando com prudência o caso, ponderar os interesses em questão, a fim de verificar se aceita ou não a prova obtida ilicitamente.

3.1.TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORES ENVENENADA

Advinda do direito norte-americano, a teoria dos frutos da árvore envenenada ou “*fruits of poisonous tree*” tem seu nascimento no preceito de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, o vício da planta se transmitiria a todos os seus frutos, ou seja, a prova ilícita originária contaminaria as demais provas dela decorrentes.

Conforme leciona Rachel Mendonça¹¹:

Trata-se de doutrina de procedência norte-americana que consagra o entendimento de que o vício de origem que macula determinada prova se transmite a todas as provas subseqüentes. Não obstante a prova derivada seja essencialmente lícita e admissível no ordenamento jurídico, com a aplicação dessa doutrina, a ilicitude desta contaminaria o seu conteúdo, tendo, por consequência, a extensão da inadmissibilidade processual.

Também conhecida por provas ilícitas por derivação, tais provas são aquelas consideradas lícitas em si mesmas, porém, produzidas por um fato ilícito. Dessa forma, se considerada ilícita, a prova deve ser desentranhada dos autos.

¹¹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001,p.129.

A Constituição Federal ao trazer a proibição das provas obtidas por meios ilícitos no processo, silenciou-se acerca das provas ilícitas por derivação, havendo dúvidas sobre a possibilidade do uso de tais provas nos autos, já que ausente uma regulamentação expressa.

Por força das mudanças trazidas pela Lei n 11.690/08, determinou-se que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, conforme art. 157 §1 º:

São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras

Assim, consagrou-se a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Porém, existem exceções a inadmissibilidade das provas derivadas.

A primeira trata-se do nexo causal atenuado ou ausência de nexo absoluto entre as provas derivadas. A prova derivada, para ser desentranhada dos autos, exige nexo de causalidade entre a prova ilícita precedente e a subsequente. Caso não seja evidenciado o nexo de causalidade, a prova derivada seria considerada válida. Ou seja, quando não existir vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada ou quando este vínculo for tênue, pode-se usar a prova derivada.

Outra exceção encontra-se na teoria da fonte independente segundo a qual, caso o órgão da persecução penal demonstre que obteve de forma legítima novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de provas, que não tenha uma relação de dependência e não decorra de prova originariamente ilícita, tais dados probatórios serão admissíveis.

É necessário salientar, portanto, que para o reconhecimento da limitação da fonte independente é necessária a certeza de que a prova a ser valorada pelo magistrado surgiu de fonte autônoma, sem dependência com a prova ilícita, com risco de se burlar a teoria dos frutos da árvore envenenada.

O § 2º do art. 157 conceitua a fonte independente como “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.”

Há, ainda, a teoria da descoberta inevitável, de acordo com a qual a prova decorrente de uma violação constitucional pode ser aceita quando demonstrado que a prova colhida de forma ilícita seria descoberta inevitavelmente por outros meios legais, independentemente da prova ilícita originária.

3.2. DA PROVA EMPRESTADA

Tal prova seria aquela que foi produzida em um processo e depois, transportada para outro, para nele servir como prova.

De acordo com os ensinamentos de Rachel Mendonça¹²:

A prova emprestada é aquela que, não obstante produzida em determinado processo, visa a refletir os seus efeitos-eficácia- em outros casos. Com vistas a formar igualmente o livre convencimento judicial.

São a elas aplicados os mesmos princípios concernentes às provas em geral.

É defendido por uma parte da doutrina que tal prova não teria a mesma força probatória do processo do qual é originária por não ter sido submetida ao contraditório, sendo assim, ilegítima e, como consequência, devendo ser inadmissível no processo e desentranhada dos autos.

Para ser admitida no processo ela deve vir de um processo que tenha como participantes as mesmas partes do processo para o qual foi transladada ou aquele contra o qual

¹² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.128.

se tenha a intenção de provar seja parte. Caso contrário, haveria a violação do princípio do contraditório.

Sustenta Paulo Rangel ¹³ que :

Se no processo do qual se vai transferir a prova, não houve o contraditório, ela não tem eficácia nenhuma e deve, no processo para o qual foi transferida ser a ele submetida, sob pena de não poder ser motivada pelo juiz em sua sentença, pois, se o for, haverá error in procedendo.

Além disso, ela deve ser produzida perante o juiz natural, pelo órgão jurisdicionalmente competente para que não seja configurada como ilícita.

CONCLUSÃO

Conclui-se que, o método probatório constitui um conjunto de regras que garantem os direitos das partes de estabelecer a verdade dos fatos de forma mais semelhante com a realidade histórica. Contudo, devem ser respeitadas as limitações juridicamente existentes, a fim de possibilitar a convicção do juiz.

Além das normas, o julgador poderá valer-se dos princípios como fontes embasadoras para formar seu convencimento, decidindo substancialmente o caso apresentado, sendo certo que sua decisão deve ser sempre motivada.

Todavia, quanto à aceitação ou não das provas ilícitas no processo, há divergência doutrinária. Enquanto alguns doutrinadores entendem ser admissíveis, por resguardarem interesse maior, que é a liberdade, em detrimento do direito à intimidade e à privacidade, outros defendem a posição absolutamente contrária, sustentando que a Constituição veda tal prática.

¹³RANGEL, op. cit., p.474.

Há, ainda, a corrente da Teoria da Proporcionalidade, que defende a tese de que, sendo a única forma possível, e quando apresentadas para o abrigo de outros valores fundamentais urgentes, seriam admissíveis tais provas. Tal posição vem sendo adotada pela jurisprudência, quando favorável ao réu.

É certo que, caberá ao juiz, quando da análise do caso concreto, avaliar de forma prudente, a melhor solução para contrabalançar o rigor da inadmissibilidade da prova ilícita, vez que o que está em jogo é a liberdade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antônio Scarance; Gomes Filho, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARQUES, José Frederico. *Elemento do Direito Processual Penal*. v.4. 2.ed. Campinas: Millennium, 1998.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20.ed. São Paulo: Atlas: 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. v.3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.