



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A
BOA-FÉ

Abel Rafael Soares

Rio de Janeiro

2018

ABEL RAFAEL SOARES

DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A
BOA-FÉ

Artigo Científico apresentado como exigência para conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora orientadora:

Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro

2018

DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A BOA-FÉ.

Abel Rafael Soares

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Resumo: a busca pela verdade real plena pode ser um mito no âmbito do processo penal, mas não é rechaçada e deve ser buscada tendo em vista a importância dos bens tutelados, para evitar a impunidade e a condenação de um inocente. A utilização de provas ilícitas é vedada pelo Direito Constitucional, porém, como há outros princípios previstos na Carta Magna tais como a vedação da proteção deficiente, o direito à vida, à integridade física, etc. Logo, em determinadas hipóteses, o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado e a prova ilícita ser admitida.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Verdade real. Prova ilícita. Admissibilidade. Impunidade. Proporcionalidade.

Sumário- Introdução. 1. O princípio da verdade real no processo penal. 2. Provas ilícitas e a boa-fé. 3. Exceções à inadmissibilidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar os motivos da inadmissibilidade da prova ilícita, sua relação com a verdade real e hipóteses em que a prova, ainda que ilícita, pode ser admitida dentro de um processo, a fim de trazer uma visão prospectiva, e propor uma alternativa à interpretação jurisprudencial do princípio constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

A problemática da pesquisa reside no fato de que a dispensa de uma prova em razão de sua ilicitude afronta outro princípio fundamental, que é o da segurança, pois o criminoso permaneceria impune. Existem correntes favoráveis à flexibilização da prova ilícita e esta deve, progressivamente, ganhar espaço no mundo jurídico, uma vez que não existe princípio fundamental absoluto e, através da ponderação, deve se verificar se realmente é necessário rechaçar a prova, pois o que valeria mais: o respeito à privacidade do réu ou reconhecer como prova fotos de um assassinato?

Assim, o objetivo específico da presente pesquisa científica é despertar o leitor para a importância da maturação do tema admissibilidade da prova ilícita para que se reconheça que nenhuma garantia constitucional é absoluta quando em choque com outra.

O primeiro capítulo versa sobre o princípio da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material, no qual é devidamente conceituado e tem sua importância ressaltada até os dias atuais.

O segundo capítulo é destinado a conceituar e explicar o que é prova ilícita e os motivos de sua inadmissibilidade, os quais são a regra geral.

O terceiro aborda, em contrapartida, as hipóteses em que a prova ilícita poderá ser admitida, em nome do princípio da verdade real, quais sejam: as provas derivadas das ilícitas, as provas ilícitas em favor do réu e as provas ilícitas em favor da sociedade, o que demonstra a interligação necessária entre os capítulos do artigo e a importância da admissibilidade da prova ilícita em situações excepcionais.

Trata-se de um artigo elaborado sob o método dedutivo, pois trata da ilicitude de provas, partindo da regra geral para, ao final abordar os casos específicos, a escolha do método dedutivo foi essencial. Esta pesquisa é essencialmente qualitativa, bibliográfica e parcialmente exploratória, pois o tema é abordado de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência sem trazer à baila a opinião e sentimentos pessoais do autor.

1. O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

A verdade é um valor que é ensinado dentro de casa, nas escolas e com o passar do tempo, na vida adulta, as pessoas são repreendidas quando faltam com a verdade. Nas palavras de Chauí¹, “é a exigência do verdadeiro que dá sentido à existência humana.” Como o direito é uma ciência social, os valores dentro da sociedade impregnam o ordenamento jurídico.

O Direito Processual Penal conta com diversos princípios que lhe serve como meio de alcançar um processo que respeita as garantias constitucionais e dentre tais princípios, estão o da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material, o qual Avolio² define como

¹ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 103.

² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptação telefônicas, ambientais e gravações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

“poder-dever inquitivo do juiz penal, tendo por objeto a demonstração da existência do crime e da autoria.”

A prova é um elemento essencial na busca da verdade dos fatos, pois o juiz não conhece o fato, nem o autor e nem a vítima, mas após verificar as provas que lhe são fornecidas, terá condições de conhecer toda a história que se desenvolveu na execução do crime. De acordo com o dicionário Aurélio³, prova é “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente.”

De acordo com Oliveira⁴, o modelo processual adotado no Brasil, desde que a Constituição Federal de 1988 passou a vigor, aproxima-se mais de uma feição acusatória do que inquisitorial. Ressalta-se que dentre as características do sistema acusatório estão a aplicação dos princípios do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, separação das funções de investigar e julgar.⁵ Ressalta-se que o Código de Processo Penal foi elaborado na década de 40, sob o enfoque do sistema inquisitivo e a maior prova de que este sistema ainda tem alguma presença no processo penal é a fase do inquérito policial, em que o delegado pode atuar sem observância do contraditório.

O princípio da verdade material é se relaciona com a necessidade de o processo buscar a descoberta da verdade através da reprodução plena de um fato através das provas através dos Poderes judiciais de iniciativa probatória. Barros⁶ conta que “durante muitas décadas prevaleceu o entendimento de que o ideal de justiça seria alcançado quando a sentença estivesse alicerçada na verdade material, considerada a própria alma do processo penal.”

Avolio⁷ ressalta que atualmente, o a doutrina processual penal sugere que o juiz investigue a verdade material, ultrapassando fatos apresentados pela acusação e pela defesa. Isto ocorre, segundo alguns doutrinadores penalistas explicados por Oliveira⁸, pelo fato de que questões penais são tão graves que justificaria uma busca mais ampla da verdade, diferentemente das questões de processo civil.

A crítica ao princípio da busca pela verdade real é que ele foi usado para práticas inquisitivas. Se levado ao extremo, o princípio poderia permitir, até mesmo, a tortura ou outras

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, verbete “prova”.

⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 346.

⁵ MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.

⁶ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

⁷ AVOLIO. Op. cit., p. 40.

práticas probatórias desautorizadas pela lei, na busca do bem maior que é a verdade. Assim, são ilícitas as provas obtidas sob tortura, hipnose ou utilização de substâncias químicas, como o soro da verdade, mediante intervenções corporais não autorizadas -exames de alcoolemia, teste de DNA⁹-, com invasão de domicílio, quebra do sigilo de correspondência, quebra de sigilo profissional e/ou religioso.

Oliveira¹⁰ esclarece que toda verdade judicial é uma verdade processual, tendo em vista ser produzida no curso do processo e por se referir a uma certeza que é de natureza exclusivamente jurídica.

Fernandes¹¹ faz uma crítica relevante aos limites às provas, explicando que a estrita legalidade e a busca da verdade formal condicionada por modelos formalistas de Direito Penal, em que preveem limites às provas a serem admitidas dentro de um processo, a intangibilidade da coisa julgada, o princípio do *in dubio pro reo* e todas as demais “imposições que limitam ou impedem o julgador de reconstituir a verdade histórica do fato constituem impedimentos para se alcançar a verdade real ou substancial.” No mesmo sentido, Ferrajoli¹² escreveu que “se uma justiça penal integralmente com verdade constitui uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade.” Em outras palavras, tanto a busca pela certeza absoluta quanto a abertura do processo a modelos subjetivamente decisionistas são extremos que não devem ser aceitos.

Ávila¹³ alerta que não existe uma verdade material plena em um processo, afinal, isto é apenas uma meta que o juiz deve perseguir, mas, na realidade, é impossível alcançá-la em todos os casos. Por outro lado, Duclerc¹⁴ percebe a necessidade de “reconstruir um conceito de verdade

⁸ OLIVEIRA. Op. cit., p. 346.

⁹ A este respeito, vale ressaltar que Prado entende que não existe direito absoluto para uma pessoa se negar a se submeter a exame de DNA, à extração de sangue ou exalação de ar, como, por exemplo, o uso do bafômetro, recolhimento de impressões digitais ou cabelos para a realização de perícia, uma vez que “a vida de relação encara como absolutamente normal a extração de sangue e urina para exames laboratoriais de saúde, bem como o corte de cabelo.” (PRADO, Geraldo. *A Constituição e as Intervenções Corporais no Processo Penal*: existirá algo além do corpo? In. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo Penal e Democracia*. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 359).

¹⁰ OLIVEIRA. Op. cit., p. 346.

¹¹ FERNANDES, Eduardo Paes. Breves considerações sobre o direito fundamental à mentira outorgado aos acusados no processo penal. *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro, ano 10, p. 417, 10, 2007.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão e teoria do garantismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006, p. 48.

¹³ ÁVILA, Thiago André Pierbom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 78.

¹⁴ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 113.

processual que seja capaz de oferecer uma resposta às críticas lançadas contra a ideia ilustrada do juiz como boca da lei, mas sem ceder às tentações decisionistas de simplesmente negar qualquer possibilidade de verdade."

A verdade processual é indutiva, e como tal, tem valor de uma hipótese probabilística, pois um mesmo conjunto de observações e dados históriográficos pode admitir diversas explicações. O segundo limite é a subjetividade da verdade específica do conhecimento judicial, e sobre isto, vale trazer a crítica que Duclerc¹⁵ escreveu:

os fatos investigados, num processo criminal, encerram uma carga emotiva maior, o que torna o juiz mais suscetível de ser influenciado por pré-julgamentos. Por outro lado, o erro, na investigação criminal, assume uma importância muito maior à medida que gera graves e irreparáveis consequências para outras pessoas; finalmente, a subjetividade do juiz está sujeita a uma espécie de deformação profissional que lhe impõe uma forma jurisdicalizada de ver o mundo. Além de sua própria subjetividade, o juiz se vê a braços, no processo, com as subjetividades dos outros atores processuais (testemunhas, peritos), o que incrementa ainda mais as dificuldades da verdade objetiva.

Tendo em vista as deficiências da mera verdade processual, que em alguns momentos, pode ser distante da verdade real de um crime é que se deve refletir a respeito da recusa dos tribunais a usarem a ponderação com mais frequência quando se deparam com questões a respeito de provas ilícitas, como será visto no terceiro item desta pesquisa. Ainda que não haja a possibilidade de uma absoluta verdade real dentro do processo, a verdade não tem seu valor processual diminuído por ser um conceito inerente ao conceito de justiça. A total desconsideração da verdade real é uma ficção que parece não se coadunar com o sistema jurídico brasileiro, e a este respeito, Leão¹⁶ entende que quando o juiz aproveita as provas ilícitas, ele estaria adotando uma conduta que levaria à justiça que o ordenamento jurídico propõe, já que quando inadmite tal prova, ele estaria negando um fato evidente aos seus olhos, tornando o direito uma mera ficção processual por agir como se tais provas simplesmente não existissem.

Desta forma, indaga-se se todas as provas são ou deveriam ser admitidas em direito em nome desta verdade material. A resposta é nem sempre, pois se por um lado há um interesse social na descoberta da verdade, por outro, há diversas garantias constitucionais insertas no art. 5º da Constituição Federal vigente que devem ser preservadas no âmbito do processo penal,

¹⁵ Ibid., p. 116.

¹⁶ LEÃO, André Felipe Torquato. *A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29976/a-vedacao-das-provas-ilicitas-e-a-busca-da-verdade-no-processo-penal>. Acesso em 01º de abril de 2017.

descabendo a violência ou cometimento de crimes a fim de buscar determinada prova e, exatamente por isso é que, diante do caso concreto, deve se analisar se uma prova obtida por meio ilícito, com o fim de trazer a tona a verdade real, deve ou não ser retirada dos autos de um processo e isto será analisado no próximo capítulo.

2. PROVAS ILÍCITAS E A BOA-FÉ

De acordo com o mandamento constitucional presente no art. 5º, LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Como visto no item anterior, o princípio da verdade real ainda é perseguido pelo Direito Processual Penal, mesmo tendo a ciência de que a absoluta verdade real é uma utopia e, a este respeito, Bettiol¹⁷ ensina que:

um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em discussão, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem distorções, obstáculos e deformações. Isso compreende que o legislador tenha de eliminar do código toda limitação à prova, e que o juiz tenha que ser deixado livre na formação do próprio convencimento.

Avolio¹⁸ difere provas ilícitas de provas ilegítimas. Estas últimas é “aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual” e as primeiras são aquelas provas que foram colhidas com violação ao direito material, “sobretudo de direito constitucional, porque a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias.”

A título de curiosidade, vale mencionar que a jurisprudência da Suprema Corte Americana considera como prova ilegalmente obtida quando ocorrer violação às Emendas Constitucionais IV, V, VI e XVI, que tratam do direito do povo à segurança de suas pessoas, casas, papéis, pertences contra registros, arrestos e sequestros desarrazoados; da necessidade de acusação formal, das garantias da coisa julgada, do habeas corpus, do devido processo legal e da liberdade dos Estados de reformarem suas leis procedimentais, vinculada ao respeito à garantia do devido processo legal.¹⁹

¹⁷ BETTIOL *apud* LOPEZ, Jacobo Barja de Quiroga. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, p. 58.

¹⁸ AVOLIO. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 52-3.

A inadmissibilidade das provas ilícitas ficaram expressas no Código de Processo Penal apenas a partir do advento da Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que deu nova redação ao art. 157, que passou a dispor que: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Antes da alteração o dispositivo tinha a seguinte redação: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

Oliveira²⁰ explica que a vedação do uso de provas ilícitas tem como finalidade proteger o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade de domicílio, que costumam ser os principais alvos de ataque durante a fase investigatória, “prestando-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.” Isso significa que se reconhece que o Direito Penal tutela os bens mais preciosos do ser humano, como a vida, a propriedade, a integridade física, mas, por outro lado, é no campo do direito penal em que é possível ocorrer os maiores abusos na prática, nos dizeres de Ávila²¹, é “o processo penal o palco de atuação das eventuais violações policiais que motivam a existência da garantia da inadmissibilidade.”

A inadmissibilidade das provas ilícitas não é exclusividade do Brasil, pois em outros ordenamentos elas também encontram dificuldade de aceitação. Na Itália, “a Corte de Apelação de Milão reprovou o arbítrio cometido pela parte, consistente no apossamento das cartas de propriedade de outro sujeito, rejeitando a possibilidade de utilização de escritos alheios como prova das próprias pretensões creditórias.”²² Neste país, a maior parte da doutrina era contra a admissão de provas ilícitas, dentre eles Vescovi²³, que negava o conflito de interesse privado da defesa de um direito violado com a obtenção da prova ilícita e o interesse público que seria atingido através do processo. O que existia, para o autor, era o conflito entre dois interesses públicos: o da justiça, que se manifestava na busca da verdade e o do respeito aos direitos individuais fundamentais, sendo o processo não uma disputa em que o mais hábil ganharia, mas um instrumento consagrador de uma conduta valiosa, de acordo com a regra moral e com o princípio da lealdade e da probidade.

²⁰ OLIVEIRA. Op. cit., p. 356.

²¹ ÁVILA. Op. cit., p. 208.

²² AVOLIO. Op. cit., p. 46.

²³ VESCOVI, Enrique. Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita. *Revista Ibero-americana de Derecho Processal*. 1960, p. 13.

Na Espanha, a doutrina majoritária também é contrária à admissibilidade de provas ilícitas, pois consideram que os fatos ilícitos não podem beneficiar ao autor, e caso a prova venha a ser admitida, devem ser considerados os fins da decisão. Para Lopez²⁴, não há distinção quanto ao momento processual de admissão ou de incorporação no processo, ou mesmo ao da sua apreciação porque a ineficácia se opera em todos os casos.

Na França, existe uma maior flexibilidade na aplicação da doutrina da inadmissibilidade da prova ilícita através das disposições referentes às nulidades. O art. 172 do Código de Processo francês estabelece, com caráter amplo, a nulidade nos casos de violação dos direitos da defesa, deixando a critério do Tribunal, decidir sobre a abrangência da anulação, que pode estender-se do ato viciado a qualquer fase ulterior do procedimento.

Duclerc²⁵ aborda o alcance da proibição do uso de provas ilícitas, explicando que “se a opção entre a busca da verdade e a defesa das garantias individuais depende sempre da ponderação dos interesses em conflito, em alguns casos seria mais conveniente sacrificar o direito individual em prol da verdade.” Neste caso, haverá a aplicação do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade de compatibilizar a proteção genérica dos direitos fundamentais, através da regra da exclusão, com o dever do Estado de perseguir a criminalidade, partindo da consideração de que não existem princípios absolutos em Direito, logo nenhum princípio será preponderante sobre o outro em todos os momentos. De acordo com Ávila²⁶, “não se pode afirmar que o direito de defesa seja sempre superior ao dever de proteção penal, porque uma afirmação desse tipo corroeria a lógica do sistema de coordenação dos princípios constitucionais.”

Na mesma diapasão, Oliveira²⁷ compreende que “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 conferida ao direito da vítima do delito.” O autor entende que trata-se de uma questão problemática do processo penal, pois não consegue vislumbrar qualquer critério minimamente objetivo para avaliar o aproveitamento da prova ilícita.

²⁴ LOPEZ, Barja de Quiroga, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989, p. 99.

²⁵ DUCLERC. Op. cit., p. 152.

²⁶ ÁVILA. Op. cit., p. 208.

²⁷ OLIVEIRA. Op. cit., p. 387.

Questão relevante a respeito da ilicitude da obtenção de provas é a que se refere aos policiais. De acordo com Ávila²⁸, o qual citou a jurisprudência norte-americana, mesmo quando policiais agem formalmente de forma irregular, se os policiais imaginam que estão agindo de forma lícita, segundo padrões razoavelmente objetivos, não há efeito dissuasório efetivo a justificar a exclusão da prova. Trata-se da presunção de boa-fé da atividade policial, não havendo necessidade de recusar a prova se não houve dolo ou culpa grave por parte de quem produziu a prova ilícita. Para o autor, “as atuações putativas dos policiais configuram situação de ausência de dolo e culpa grave na violação, segundo um padrão do policial médio, ou seja, analisando-se requisitos objetivos da ausência de culpa.”

Recentemente, o juiz Ícaro Almeida Matos, da 1ª Vara Criminal Especializada, absolveu uma mulher flagrada entrando em um presídio com um celular guardado em sua parte íntima. De acordo com o site do CONJUR, o magistrado a absolveu porque a prova foi obtida de forma ilícita. “A revista mencionada foi feita sem observância de direitos fundamentais, o que torna o ato da apreensão ilícito e, conseqüentemente, faz desaparecer qualquer supedâneo probatório consistente a legitimar uma condenação.”²⁹ Por outro lado, vale indagar: será que sempre as provas ilícitas serão desconsideradas? O capítulo a seguir irá dissertar sobre as possibilidades de admissão das provas ilícitas, respondendo a este questionamento.

3. EXCEÇÕES À INADMISSIBILIDADE

Apesar das provas ilícitas, como explicado no item anterior, serem inadmissíveis em um processo, existem situações em que não há como dispensá-la, apesar da ilicitude. Avolio³⁰ menciona que

numa fase preambular, onde o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento aos dogmas do livre convencimento e o da verdade real fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocadamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

²⁸ AVILA. Op. cit., p. 218.

²⁹ CONJUR. *Provas obtidas com violação de direitos fundamentais são nulas, decide juiz*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-29/provas-obtidas-violacao-direitos-fundamentais-sao-nulas>. Acesso em 31 de julho de 2017.

³⁰ AVOLIO. Op. cit., p. 45.

A prova continua sendo ilícita, mas admissível, de acordo com o caso concreto, tendo o juiz o papel de investigar se a situação se enquadra nas hipóteses de exceção à inadmissibilidade, que, de acordo com Lachi³¹, são três: “as provas derivadas das ilícitas, as provas ilícitas em favor do réu e as provas ilícitas em favor da sociedade.”

Essas situações descritas são, de certa forma, limitantes a direitos constitucionais, tão protegidos pela inadmissibilidade de provas ilícitas, sendo uma restrição a exercícios de direitos, e, conforme Prado³², “é intuitivo admitir que será a metódica constitucional a base dogmática a servir de marco teórico, influenciando a aplicação de ferramenta jurídica cuja atuação nada mais é do que a implementação dessas restrições.”

Quanto às provas oriundas de provas ilícitas, Duclerc³³ trouxe um caso da Suprema Corte norte-americana, no qual acolheu a tese da contaminação das provas ilícitas por derivação, mas, em julgados posteriores, mitigou o princípio com a construção de critérios limitadores. Trata-se dos frutos da árvore envenenada. Badaró³⁴ conceitua prova ilícita por derivação “é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida.”

Sobre as provas ilícitas por derivação, Oliveira³⁵ esclarece que a vedação de provas ilícitas no Brasil foi inspirada no direito norte-americano, mas nos Estados Unidos é mais comum a utilização da prova ilícita com base no princípio da razoabilidade, o qual não difere do princípio da proporcionalidade.

A doutrina não é unânime a respeito da aceitação da prova derivada de ilícita. Badaró³⁶, por exemplo, entende que ela deve ser rechaçada, “sob pena de burlar a própria inadmissibilidade da prova ilícita. Se no processo ingressar, será considerada um não-ato, ou meio de prova juridicamente inexistente.”

³¹ LACHI, Rômulo. Exceções à Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS | v. 11 | n. 22 | Jul./Dez.2009, p. 87.

³² PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 22.

³³ DUCLERC. Op. cit., p. 153.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 207.

³⁵ OLIVEIRA. Op. cit., p.387.

³⁶ *Ibid.*, p. 207.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³⁷ já se manifestou a respeito da obtenção de prova obtida por meios ilícitos, exigindo a comprovação da ilicitude, não bastando a mera alegação:

(...) meras alegações, sem a devida comprovação, de que as testemunhas estão comprometidas com a ilegalidade ou que o conjunto probatório é derivado de provas ilícitas, não tem o condão de macular a condenação, cabendo, exclusivamente, à defesa, nos termos do art. 156 do CPP, o ônus de provar que os policiais agiram de forma ilegal ou abusiva ao prenderem o acusado. Ademais, eventual irregularidade ocorrida na fase inquisitorial, peça meramente informativa, não necessariamente contamina a ação penal.

Em outras palavras, não basta apenas afirmar que as testemunhas estão tendenciosas a mentir ou que as provas são ilícitas, devendo haver necessidade de prova a respeito disso. No caso mencionado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que era ônus da defesa provar que a prova apresentada pelos policiais foram obtidas ilicitamente, mas que, ainda assim, a irregularidade na fase inquisitorial, onde nem sequer é cabível o contraditório, não tem o condão de macular a ação penal, sendo, portanto, a prova considerada válida, ainda que obtida, a princípio, ilicitamente.

A respeito das provas ilícitas a favor do réu, Duclerc³⁸ compreende que esta é uma hipótese em que a aplicação da teoria da proporcionalidade estaria de acordo com uma dogmática garantista penal. “Neste caso, não há que se falar em banalização dos direitos e garantias individuais, posto que prevalecerão, sobre qualquer outro valor, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.” O próprio Estado tem o interesse de absolver o inocente e punir o verdadeiro culpado por um crime, evitando a impunidade.

Por fim, quanto às provas ilícitas em favor da sociedade, não há o mesmo consenso pela sua admissibilidade do que o existente na aceitação da prova ilícita em favor do réu. Lachi³⁹ aponta que há colisão entre direitos fundamentais, havendo um aparente prejuízo ao respeito ao devido processo legal à presunção de inocência.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Criminal. Apelação nº 0029665-98.2015.8.19.0206. Relator: Desembargador. Claudio Tavares de Oliveira Junior. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em 30 de abril de 2017.

³⁸ DUCLERC. Op. cit., p. 153.

³⁹ LACHI. Op. cit., p. 92.

Para Magno⁴⁰, a prova ilícita será sempre inadmissível quando tiver como objetivo sedimentar uma acusação, ou, em outras palavras, não se permite prova ilícita *pro societate*, não podendo servir como base para a imputação criminal.

Neste caso, a impunidade poderia estar violando o direito à propriedade, no caso de crimes contra o patrimônio, e à segurança, ambos tutelados no art. 5º da atual Constituição Federal⁴¹. Capez⁴² reconhece a necessidade de contrabalançar a ilicitude da prova em prol da sociedade e isto se verifica quando ele indaga, trazendo um caso exemplificativo de uma organização criminosa “que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?

Oliveira⁴³ menciona um critério que pode servir para indicar o uso da proporcionalidade segundo o autor, “quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.”

Entretanto, o uso da prova ilícita *pro societate* não é muito aceito no Brasil. Em um caso a respeito de pornografia infantil, quando uma pessoa sabendo que um homem fotografava e guardava material no qual apareciam crianças nuas e mantendo relações sexuais entrou em seu local de trabalho e subtraiu tais materiais, a jurisprudência do STF⁴⁴ afirmou que:

de outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.

⁴⁰ MAGNO. Op. cit., p. 124.

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307.

⁴³ OLIVEIRA. Op. cit., p. 388.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 251445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 30 de abril de 2017.

Em outras palavras, o STF preferiu tutelar o direito à intimidade do criminoso, deixando impune um homem que praticava crimes contra crianças. Inclusive Oliveira⁴⁵, citando este caso em seu livro, demonstra sua reprovação à esta sentença, mencionando que “a violação covarde de direitos fundamentais de vários menores não mereceu a aplicação do princípio da proporcionalidade, preferindo-se manter a proteção do domicílio do acusado. Acreditamos que a Suprema Corte perdeu uma grande oportunidade de aplicar a proporcionalidade.”

É compreensível que o ordenamento jurídico tenha desejado proteger o particular dos abusos do poder estatal, mas nesta como em diversas situações, quem apresentou a prova foi um particular, e nestes casos, não há nenhum abuso de poder ou incentivo à ação abusiva, o que existe, na maioria das vezes, é o desejo de se defender ou defender alguém.

Aranha⁴⁶ concorda que a proporcionalidade deve ser a ferramenta utilizada na hora de ponderar qual interesse deve prevalecer: a defesa de um princípio constitucional ou a necessidade de perseguir e punir o criminoso. No mesmo sentido, Bastos⁴⁷ acredita que a interpretação do art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, deve ser interpretado de forma contemporânea, propiciando à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas situações, permitir a inclusão da prova ilícita. Assim, este dispositivo será interpretado de forma a comportar um abrandamento relativo à expressão taxativa da sua redação.

Como é possível perceber, o Brasil tem uma postura contrária à aceitação de provas ilícitas, ao contrário de outros países onde elas têm maior aceitação. Os julgados permitindo a permanência de prova ilícita *pro societate* ainda são poucos, mas existem.⁴⁸

CONCLUSÃO

A partir da leitura da presente pesquisa científica, é possível concluir que nem sempre as provas ilícitas deverão ser rejeitadas e que também, no passado, eram aceitas sem maiores discussões, tendo em vista que a vedação de sua utilização apenas surgiu após o advento da

⁴⁵ OLIVEIRA. Op. cit., p. 389.

⁴⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 273.

⁴⁸ Vide RCL nº 2.040-DF, Relator Ministro Néri da Silveira, em 12.02.2002 – Informativo STF nº 257. Disponível em : www.stf.gov.br. Acesso em: 02 de maio de 2017.

Constituição Federal de 1988 que consagrou o sistema processual acusatório, em detrimento do sistema inquisitivo, antes preponderante no Código de Processo Penal.

O Brasil ainda tende à não aceitação das provas obtidas ilicitamente, pois isso poderia acabar fomentando práticas de tortura, uso de soro da verdade, hipnose ou outros meios, especialmente porque o processo penal costuma ser o maior palco de arbitrariedade. Contudo, o que talvez não se perceba é que existem diversos dispositivos da Constituição Federal em choque quando apenas se acolhe o mandamento previsto no art. 5º, LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), o que leva à impunidade, violando direitos também consagrados pela Constituição, tais como a segurança pública, a vida, a propriedade da vítima.

Ora, não existe princípio fundamental absoluto e o processo penal deve avançar em prol da sociedade, passando a aceitar com mais frequência as principais três hipóteses de admissibilidade: as provas derivadas das ilícitas, as provas ilícitas em favor do réu e as provas ilícitas em favor da sociedade. As provas *pro reo* já são admitidas. O único cuidado que deve-se ter é com as provas derivadas das ilícitas, pois isto poderia significar aceitar a própria prova ilícita através de um caminho diferente. Já a respeito das provas ilícitas *pro societate*, estas ainda são tabu e dificilmente aceitáveis nos tribunais, contudo, propõe-se a mudança de postura dos juízes, pois não existe princípio fundamental absoluto e a ponderação deve ser sempre utilizada, e não cabe o juiz apenas utilizar a mera letra da lei do art. 5º, LVI da CRFB/88 para inadmitir a prova ilícita.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Thiago André Pierbom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

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

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BETTIOL *apud* LOPEZ, Jacobo Barja de Quiroga. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 251445/GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em 30 de abril de 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. 8ª Câmara Criminal. Apelação nº 0029665-98.2015.8.19.0206. Relator: Desembargador. Claudio Tavares de Oliveira Junior. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Acesso em 30 de abril de 2017.

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

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CONJUR. *Provas obtidas com violação de direitos fundamentais são nulas, decide juiz*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-29/provas-obtidas-violacao-direitos-fundamentais-sao-nulas>>. Acesso em 31 de julho de 2017.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, verbete “prova”.

LACHI, Rômulo. Exceções à Inadmissibilidade das Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, MS | v. 11 | n. 22 | Jul./Dez.2009.

LEÃO, André Felipe Torquato. *A vedação das provas ilícitas e a busca da verdade no processo penal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29976/a-vedacao-das-provas-ilicitas-e-a-busca-da-verdade-no-processo-penal>>. Acesso em 01º de abril de 2017.

LOPEZ, Barja de Quiroga. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal, 1989.

FERNANDES, Eduardo Paes. Breves considerações sobre o direito fundamental à mentira outorgado aos acusados no processo penal. *Revista Juris Poiesis*, ano 10, nº 10, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão e teoria do garantismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAGNO, Levy Emanuel. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PRADO, Geraldo. *A Constituição e as Intervenções Corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?* In. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo Penal e Democracia. Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VESCOVI, Enrique. Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita. *Revista Iberoamericana de Derecho Processal*. 1960.