



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS/UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA/FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME SILVA PROTÁSIO

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

BARBACENA

2015

GUILHERME SILVA PROTÁSIO

PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Artigo Científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC - como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Rodrigo Corrêa de Miranda Varejão.

BARBACENA

2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por todas as graças concedidas.

Aos meus pais por todos os ensinamentos e dedicação constante.

Aos meus irmãos por toda união e companheirismo.

À minha namorada Mariana, por todos esses anos ao meu lado, me apoiando e incentivando. Aos meus amigos que estiveram comigo durante essa caminhada.

Ao Professor Rodrigo, por ter aceitado prontamente o convite para ser meu orientador.

.

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com intuito de analisar o uso da prova ilícita no processo penal. Assim, foi feita uma breve análise da evolução da prova e os meios de prova desde a antiguidade até os dias atuais. Em seguida, foi verificado que o assunto é controvertido não apenas no Brasil, mas também em outros países tradicionais como Itália e Estados Unidos. Analisando a maneira como outros países tratam o assunto e depois comparando com entendimento vigente no Brasil, conclui-se que o único ponto em comum é a ausência de fórmula prévia. Ou seja, é necessário que se analise o uso ou não da prova ilícita perante o caso concreto aplicando-se o princípio da proporcionalidade para resolver os conflitos de interesse que possam aparecer no caso concreto.

Palavras-Chave: Prova. Processo Penal. Prova Ilícita. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This work aimed to analyze the use of illegal evidence in criminal process. Thus, it was made a brief analysis of the evolution of proof and the evidence from ancient times to the present day. Then it was found that the subject is controversial not only in Brazil but also in other traditional countries like Italy and the United States. Analyzing how other countries treat the subject and then compared to current understanding in Brazil, it is concluded that the only point in common is the absence of previous formula. In other words, it is necessary to analyze the use or not of illegal evidence in front of the real case by applying the principle of proportionality to resolve conflicts of interest that may arise.

Key-Words: Proof. Criminal process. Proofs illicit. Proportionality Principle.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ANÁLISE HISTÓRICA DAS PROVAS	8
3. ESTUDO COMPARADO	10
3.1 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL ITALIANO.....	10
3.2 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL ESTADUNIDENSE.....	10
3.3 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS	11
3.4 PROVA ILÍCITA NO DIREITO MEXICANO	11
4. PROVAS NO BRASIL.....	11
4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DAS PROVAS	12
4.2 OBJETO DA PROVA	12
4.3 PROVA LÍCITA.....	13
4.4 PROVA ILÍCITA E A PROVA ILEGÍTIMA.....	13
4.5 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DA ARVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS.....	14
5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	16
5.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE <i>PRO REO</i>	16
5.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE <i>PRO SOCIETATE</i>	17
6. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO	18
CONCLUSÃO.....	19
BIBLIOGRAFIA	21

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a prova ilícita no processo penal. Tema recorrente e bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência pátria.

O tema encontra sua relevância uma vez que no curso do processo se deva buscar a verdade real, que é como os fatos realmente aconteceram. É certo que o juiz deverá julgar com base na verdade formal, ou seja, considerando as provas existentes nos autos. Assim, nos casos extremos em que as únicas provas presentes são ilícitas, cria-se uma situação em que a mera interpretação literal da norma constitucional ou infraconstitucional não é capaz de oferecer solução para o operador do direito, pois neste caso há um embate entre princípio constitucional da proporcionalidade e uma vedação expressa na própria constituição.

Inicialmente, far-se-á uma breve análise histórica da prova, desde a antiguidade até os dias atuais. Passando desde o sistema ordálico até os meios de provas positivados nas legislações contemporâneas, entre elas, a CF/88 que, no Brasil, consagrou diversos direitos fundamentais, como também, proibiu expressamente a produção de provas no processo por meios ilícitos, conforme consta no art.5, inciso LVI.

Para que se entenda o posicionamento pátrio acerca do assunto, será realizado uma breve comparação com países tradicionais, berços da humanidade e do direito, para apontar eventuais semelhanças e diferenças no trato da matéria.

Além disso, não podendo ser diferente, a consagrada e clássica teoria da *Árvore dos Frutos Envenenados* também será objeto de análise.

Por fim, como prova ilícita, indica violação de direito constitucional, também será objeto de análise, o entendimento do Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição.

Para realização deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo, pesquisa em artigos jurídicos, além de referências bibliográficas.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DAS PROVAS

A busca pela verdade nem sempre foi feita de forma sistematizada como no dias atuais. Nas sociedades primitivas não existia a figura da prova, pois *a priori*, o mais forte seria o vencedor do conflito, não havendo clara separação de poderes, e muitas vezes a busca pela verdade coincidia com a vontade do soberano.

Naquele tempo a Igreja possuía muita força dentro da sociedade, gozando de grande influência, sobretudo perante os governantes. Isso fez com que a apreciação da prova, passasse por diferentes fases ao longo da história, sempre com influência de fatores sociais da época, tais como, cultura, política e economia.

Temos o clássico exemplo das ordálias, onde apurava-se a culpa através de elementos da natureza em que o resultado deveria ser interpretado como juízo divino. Esse sistema perdurou até meados do século XIII, dando lugar ao sistema de inquirição, que tinha como objetivo obter a confissão do acusado.

Para tal, era comum o uso da tortura, pois o entendimento à época era de que somente o acusado tinha conhecimento preciso dos fatos, o que neste caso, tornaria sua confissão imprescindível para elucidação dos fatos, fazendo com que a confissão fosse denominada a “rainha das provas”.

Posteriormente inicia-se o sistema legal das provas, baseado em textos de direito romano e de direito canônico, estabelecendo em leis as regras para avaliação da prova, fazendo com que o juiz tivesse que observar critérios determinados previamente lei.

A prova tinha um valor pré-fixado, apenas a combinação das provas admitidas e valoradas poderiam fundamentar a condenação do acusado.

Após esse período, com a decadência das monarquias absolutas e com advento das mudanças sociais oriundas da Revolução, surgiu o sistema da íntima convicção, de forma que a observância dos fatos deveria estar submetida à livre apreciação dos julgadores que sentenciariam avaliando as provas conforme sua íntima convicção, sem necessidade de fundamentação.

Esse sistema evoluiu para o que hoje conhecemos como sistema do livre convencimento motivado, onde o magistrado tem ampla liberdade de apreciação das provas, mas, deve fundamentar sua decisão. A exceção é o Tribunal do Júri, onde o julgamento feito pelos jurados é sigiloso e cada jurado decide de acordo com a sua íntima convicção.

Esse princípio encontra-se positivado em nosso ordenamento através dos arts. 93, IX, da Carga Magna que obriga toda decisão judicial ser fundamentada sob pena de nulidade e 155 caput, do CPP, que diz:

“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e cautelares”.

Com isso, fica claro que os sistemas probatórios se comportam de maneira muito dinâmica, sofrendo influência do ambiente político-social de seu tempo.

3. ESTUDO COMPARADO

O uso da prova ilícita no processo penal é matéria complexa e controvertida não somente no Brasil, como também em países tradicionais como veremos a seguir.

3.1 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL ITALIANO

O Ordenamento Italiano prevê três categorias de provas produzidas à margem da lei: prova ilegítima, prova ilícita e prova inconstitucional.

A prova ilegítima é aquela que viola norma processual, já a prova ilícita é aquela que viola norma de direito material, e, por último, a prova inconstitucional é a que viola direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essas três categorias recebem tratamento similar no ordenamento jurídico italiano. Ao ser constatado a incidência dessas provas no processo, será reconhecido sua “inutilizabilidade”, podendo ser declarado de ofício pelo juiz em qualquer estado e grau do processo.

Contudo, a presença da prova ilícita, ilegítima ou inconstitucional é considerado um vício do ato probatório, mas que não atinge o ato em si, e sim seu valor probatório, fazendo com que essas provas não possam ser utilizadas pelo juiz na hora de fundamentar sua decisão.

3.2 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL ESTADUNIDENSE

O tratamento dado pelo Estados Unidos à prova ilícita é bem direto. Como regra a prova ilícita é nula e não aproveitável ao processo, inclusive as provas decorrentes da ilícita. É daí que surge a consagrada teoria “*fruits of the poisonous tree*”.

Esse entendimento surgiu com objetivo de coibir excessos policiais. A matéria foi tratada em sede jurisprudencial pela Suprema Corte norte-americana a partir do histórico caso *Weeks v. United States* em 1914 onde documentos foram apreendidos na casa do réu, sem contudo, haver mandado judicial exigido em lei.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a matéria está prevista em lei, nos Estados Unidos o trato do assunto é inteiramente jurisprudencial, fazendo com que o tema seja objeto recorrente de adaptações e debates.

3.3 PROVA ILÍCITA NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

O ordenamento jurídico português trata a matéria em âmbito constitucional e infraconstitucional. A constituição lusitana elencou em seu corpo direitos fundamentais cujo a violação ensejaria em nulidade da prova. Já em sede infraconstitucional, enumerou métodos proibidos de prova. Com isso, não poderá ingressar nos autos, informação que tenha sido obtida com violação dos preceitos legais.

Já quanto à prova ilícita por derivação não há entendimento pacífico, havendo diversas correntes doutrinárias. Também não há na jurisprudência, corrente majoritária, sendo claro que os julgadores no caso concreto, trafegam entre as diversas teorias aplicando a que entendem ser mais razoável ao caso analisado.

3.4 PROVA ILÍCITA NO DIREITO MEXICANO

A Constituição Mexicana prevê que toda prova obtida com violação de direitos fundamentais será nula, no entanto, a mesma constituição não estipula formas de proteção desses direitos. Essa lacuna impede que se estabeleça um limite claro para determinar se é ou não legal o meio de obtenção da prova durante as investigações preliminares. Além disso, não há nada indicando o que deve ser feito no caso da prova ilícita por derivação.

No ordenamento mexicano são inadmissíveis as provas ditas impertinentes, que são aquelas que não tem relação lógica ou jurídica entre a forma e o fato que se pretende provar e as provas inidôneas que são aquelas que carecem de validade científicas como as ordálias.

A própria Suprema Corte Mexicana não possui entendimento pacífico quanto ao assunto. Em seus julgados, ora aceita, ora proíbe a utilização dessas provas.

4. PROVAS NO BRASIL

No ordenamento brasileiro, o uso da prova está regulamentado através da Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal e em leis esparsas que tratam de meios específicos de prova como a lei 9.296/96 que trata da interceptação telefônica.

Nas palavras de Fernando Capez (2013, p. 408): “[...] Meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente à demonstração da verdade que se busca no processo.”

Fica claro que os meios de provas previstos em lei são meros exemplos, não havendo restrições para a produção de provas se respeitado os direitos e garantias fundamentais, bem como a normas de direito processual em vigor.

4.1 PRINCÍPIOS GERAIS DAS PROVAS

A doutrina pátria elencou sete grandes princípios que tratam da prova e seu uso no processo penal como veremos a seguir:

Princípio da Auto Responsabilidade: As consequências por eventual erro, omissão ou ato intencional cairá sobre quem produziu a prova;

Princípio da Aquisição ou Comunhão da Prova: A prova não pertence a quem a produziu. Ela faz parte do processo e pode ser utilizada por todos os litigantes;

Princípio da Audiência Contraditória: Toda prova admite contraprova, é vedado a produção de prova sem o conhecimento da outra parte;

Princípio da Oralidade: Deve predominar o uso da fala. Debates e alegações finais devem ser feitos sempre que possível de forma oral;

Princípio da Concentração: Toda a produção de prova deve ser realizada durante a audiência de instrução e julgamento;

Princípio da Publicidade: Os atos judiciais e a produção de provas, via de regra, são públicos, tendo como exceção apenas o segredo de justiça;

Princípio do Livre Convencimento Motivado: As provas não tem seu valor previamente determinado. Cabe ao juiz valora-las de acordo com suas convicções que serão construídas em observância aos demais elementos presente nos autos.

4.2 OBJETO DA PROVA

Novamente, nas palavras de Fernando Capez (2013, p. 372/373): “[...] objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa.”

Assim, conclui-se que todo fato relevante capaz de motivar a decisão do juiz e que sobre ele exista alguma dúvida, certamente, será objeto de prova.

4.3 PROVA LÍCITA

Prova lícita é tudo que possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade, desde que respeitadas as limitações previstas no ordenamento quanto à sua produção e obtenção.

Não há rol taxativo enumerando e classificando provas lícitas.

Por outro lado, a Constituição Federal em seu art. 5º, LVI diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Na mesma linha, temos o art. 157 do Código de Processo Penal que, didaticamente, nos ensina: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as prova ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

À luz dos dispositivos citados, fica claro que nosso ordenamento faz uma restrição de caráter geral. Uma vez que respeitados os ditames dos dispositivos supramencionados não há que se falar em restrição aos meios de prova.

4.4 PROVA ILÍCITA E A PROVA ILEGÍTIMA

Considera-se a prova ilegal quando essa não respeita os requisitos formais e matérias de validades exigidos pelo ordenamento jurídico.

O requisito formal corresponde a produção da prova, ou seja, se no momento de introdução foi respeitado o procedimento correto. Já o requisito material, dispõe quanto à obtenção da prova. Neste caso, mesmo que a prova tenha sido produzida de forma lícita, se para obtê-la foi necessário violação de direitos ou garantias fundamental ou outros direitos previstos na Constituição Federal, a prova não poderá ser admitida no processo.

Portanto, têm-se que a prova ilícita é assim denominada quando é produzida confrontando normas de direito material. Assim, a prova obtida mediante tortura, crime ou contravenção será considera ilícita. Já a prova ilegítima é assim chamada por violar norma de

direito processual. Como exemplo clássico de prova ilegítima, temos o documento que é exibido no plenário do júri sem a observação dos ditames do art. 479, caput do CPP.

Por isso, tem-se que a principal diferença entre a prova ilícita e a prova ilegítima é que na primeira, a ilegalidade ocorre na sua obtenção, já na segunda, a ilegalidade ocorre no momento de produção.

Exemplificando, se a prova for obtida através de tortura ou invasão de domicílio, temos uma violação direta ao texto constitucional transformando a prova em ilícita. Contudo, se a prova for produzida em momento inoportuno como no caso do art. 479 do CPP, a prova será ilegítima, pois vai contra norma processual.

4.5 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DA ARVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS

O art. 157, §, 1º, do Código de Processo Penal tem a seguinte redação:

“São 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.”

Como se vê, o legislador tomou o devido cuidado de disciplinar o uso da prova ilícita por derivação através de norma de direito processual, diferentemente de outros países como já foi visto no presente trabalho.

Sobre a prova ilícita por derivação, temos a clássica teoria norte-americana, sobre a *Árvore dos Frutos Envenenados*.

Segundo essa teoria, qualquer prova obtida através de uma prova ilícita seria ilícita por derivação. Com isso, se o local onde se encontra objeto que havia sido furtado, for descoberto mediante tortura do agente infrator, o objeto não poderá ser utilizado como prova, uma vez que foi encontrado após a prática de tortura, o que é expressamente proibido em nossa Constituição. Neste sentido, temos o seguinte julgado do nosso Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NOS FATOS E NAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA

279/STF. AGRAVO REGIMENTAL CUJA MINUTA NÃO SE INSURGE CONTRA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. No caso sub examine, o acórdão recorrido pautou-se nos fatos e nas provas apuradas na instrução processual. Inviável em sede de apelo extremo o reexame da matéria fático-probatória, a teor do enunciado da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 3. Assim sendo, não cabe o recurso extraordinário quando o acórdão recorrido deu determinada qualificação jurídica a fatos delituosos e se pretende atribuir aos mesmos fatos outra configuração, quando essa pretensão exige reexame de provas (ERE 58.714, Relator para o acórdão o Min. Amaral Santos, RTJ 46/821; RE 63.226, Rel. Min. Eloy da Rocha, RTJ 46/666). 4. In casu, acórdão recorrido assentou: “Penal. Processo Penal. Art. 16, caput, da Lei nº 10.826/2003. Violação de domicílio. Meras suspeitas. Não caracterização de flagrante delito. Prova ilícita. Absolvição. 1. Meras suspeitas de que o apelante seria o possível autor de crime cometido no local investigado, não autoriza a entrada dos policiais em sua residência, sob o fundamento de flagrante delito. 2. Sem eficácia probatória a prova colhida, pois obtida ilicitamente, cuja apuração se deu diante de comportamento ilícito dos agentes dos agentes estatais, violando o domicílio do acusado, não servindo de suporte a legitimar sua condenação. 3. Inadmissível também a prova derivada da ilícita, pois evidente o nexos causal entre a invasão de domicílio e a apreensão das armas. 4. Não há, também, que se valorizar a confissão do apelante, eis que esta só ocorreu em decorrência da apreensão ilegal, correndo-se o risco de tornar letra morta a norma constitucional que veda a utilização da prova ilícita. 5. A absolvição é medida que se impõe.” 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 23/04/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma)

No entanto, essa teoria não é absoluta e o próprio art. 157, § 1º faz essa ressalva. Se não for evidenciado o nexos de causalidade entre a prova ilícita e a possível prova derivada, ou, quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das ilícitas, essas serão aceitas no processo.

O art. 157, §2.º trás uma definição do que é fonte independente, quando em sua redação diz: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os tramites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Evidente é, que, a própria lei fez questão de ressaltar o uso da prova ilícita por derivação em situações específicas. Isto porque, como não há direito absoluto, na aplicação da norma penal no caso concreto, o juiz, não raramente, se defronta com situações em que há o evidente conflito entre princípios constitucionais, interesses da sociedade e interesses do acusado, sendo que, em alguns casos, as únicas provas produzidas são ilícitas originariamente ou ilícitas por derivação.

5. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Vem se tornando consenso, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que a aceitação ou não da prova ilícita no processo deve ser feita à luz do princípio da proporcionalidade. Isto porque, em alguns casos há evidentes conflitos entre direitos e princípios constitucionais. Como não há direito absoluto, nem hierarquia entre norma constitucional, a aplicação do princípio da proporcionalidade é, até agora, a melhor forma de se identificar quando o interesse a ser defendido é mais importante que a garantia a ser violada. Com isso, surge o que se convencionou chamar de Princípio da Proporcionalidade *Pro Societate* e Princípio da Proporcionalidade *Pro Reo*, que nada mais é do que duas interpretações distintas do mesmo princípio.

5.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE *PRO REO*

A aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo* é aceito de forma unânime, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, pois o direito a defesa é garantia constitucional e entendido como prioritário no processo penal.

Fernando Capez, brilhantemente, preconiza que: (2013, p. 380)

“[...] A aceitação do princípio da proporcionalidade *pro reo* não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.”

Também nesse sentido Grinover, Fernandes, Magalhães (2001, p. 136-137):

“[...] Alias, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei.”

Fica claro que sendo a admissão da prova ilícita a única forma de evitar que um inocente seja punido, essa deverá ser aceita, pois havendo conflito entre a proibição da prova ilícita e o princípio da ampla defesa, não resta dúvida de que deve prevalecer o princípio da ampla defesa, pois é pior para o Estado punir um inocente do que absolver um culpado.

Além disso, quando a prova ilícita for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que não há ilicitude, pois seria uma forma de legítima defesa ou estado de necessidade, que exclui a antijuridicidade.

É esse o entendimento de Paulo Rangel (2005, p. 426):

“[...] Assim surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante. [...] 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 só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.”

5.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE *PRO SOCIETATE*

Não há unanimidade quanto a interpretação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade. A corrente majoritária, tanto na doutrina bem como na jurisprudência entende ser inaceitável essa interpretação.

Novamente nas palavras de Fernando Capez: (2013, p. 380)

“[...] A não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação.”

São exatamente esses direitos individuais citados que o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal visa proteger. O Estado, diante de toda sua força perante o indivíduo possui meios legítimos de promover a persecução penal e condenar um criminoso, sem que para isso precise violar direitos e garantias fundamentais que remeteria a um estado de exceção. No entanto, há uma minoria que defende que nos caso de crime altamente lesivo a sociedade deva-se aceitar a utilização de provas obtidas de forma ilícita.

Nesse sentido, temos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“A administração penitenciária com fundamento em razões de segurança pública pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.” (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649).

Mas como mencionado anteriormente, essa corrente é minoritária e não encontra amparo na doutrina.

6. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO

Diante dos julgados alhures mencionados fica claro que não existe entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal com relação a admissão ou não da prova ilícita no processo. Diante do caso concreto vem se considerando o tipo da prova ilícita (se originária ou derivada), as consequências dessa prova no processo e qual interesse que deve preponderar. Apesar disso, as decisões não tem sido uniformes, sendo o assunto motivo de calorosos debates, não se vislumbrando rápida solução para a matéria.

Primeiramente, vale destacar a posição do STF acerca da prova ilícita originária. É visível que está ocorrendo uma mitigação da garantia Constitucional estabelecida no art.5º, LVI, pois à luz do principio da proporcionalidade em algumas decisões e possível perceber que a ordem social vem prevalecendo em detrimento de direitos individuais. Nesse sentido, por exemplo, o STF em diversas oportunidades já se pronunciou, entendendo ser lícita a gravação de conversa telefônica, feita por parte da própria vítima de atos criminosos, tais como o diálogo com sequestrados ou estelionatários.

Nesses casos, embora teoricamente a prova fora produzida de maneira que a tornaria ilícita, há que se considerar o instituto da legítima defesa, o que exclui o caráter ilícito da prova.

Seguindo esse entendimento temos os seguintes julgados da excelsa corte:

"Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97,

ambos da Primeira Turma." (RE 212.081, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 5-12-97, DJ de 27-3-98).

“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 prequestionada. 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.)

Esse posicionamento deixa claro a tendência do tribunal em aceitar a prova ilícita em benefício do réu, com a justificativa de que este estaria exercendo seu direito de ampla defesa.

Já com relação às provas ilícitas por derivação, o STF adotou a posição de que elas, à luz da teoria da árvore dos frutos envenenados, estariam contaminadas e, portanto, também ilícitas e inadmissíveis. Desta forma, quando no processo só existir provas ilícitas, originais ou derivadas, é o caso de se decretar a nulidade do feito, sendo essa, mais uma interpretação em benefício do réu.

Por fim, embora não seja entendimento dominante, cabe aqui citar novamente o seguinte julgado:

“A administração penitenciária com fundamento em razões de segurança pública pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.” (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p. 16649).

Como se vê, há uma tendência em se aceitar a prova ilícita em favor do réu. Contudo, somente diante do caso concreto, analisando os interesses em questão que é possível achar o melhor entendimento.

CONCLUSÃO

É dever do Estado regular a vida em sociedade, promover o desenvolvimento, organizar as instituições e mecanismo de acesso, bem como promover a justiça e o respeito

aos direitos humanos e as liberdades fundamentais, sendo essa principal razão de existência da proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O Estado detém o monopólio da justiça, que lhe foi atribuído legalmente, sendo o único com poder de aplicar pena a quem pratique ilícito penal. Assim não parece razoável que o mesmo possa se utilizar de meios ilícitos para promover aquilo que lhe foi confiado.

Para o Estado punir alguém, é essencial que se repete o devido processo legal e todas as regras trazidas em nosso ordenamento jurídico. O Estado já é demasiadamente forte perante o cidadão para agir a margem da lei e das regras que todos, sem exceção, devem seguir.

Contudo, como não há direito absoluto, nem mesmo o direito à prova, no caso concreto, deve-se sopesar os valores e direitos conflitantes e optar pelo de maior relevância.

Assim, apesar da Constituição Federal vedar expressamente a utilização das provas ilícitas, nas hipóteses em que há confronto entre dois direitos fundamentais deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, à medida que o direito de menor valor deverá ser sacrificado ao de maior valor.

Do contrário, em muitas situações o verdadeiro culpado ficaria impune e, pior, um inocente seria punido.

Conclui-se então, que não há como analisar a problemática da prova ilícita senão perante o caso concreto. Como demonstrado anteriormente, nem mesmo os principais ordenamentos jurídicos contemporâneos conseguiram pacificar a matéria. Sendo certo que a forma mais razoável encontrada, é a valoração dos direitos conflitantes feita pelo julgador no caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Processo Penal. *Habeas Corpus* n° 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun 1994.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Processo Penal. Agravo de Instrumento n° 50.367-PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 04 de abril de 2005.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Processo Penal. Recurso Extraordinário n° 597.752-DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJU, 23 de abril de 2013

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo Penal**. São Paulo: Saraiva. 2013

FERNANDES, ANTÔNIO SCARANZE. *et al.* **Provas no Processo Penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Bruno César Gonçalves da Silva. **Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal**. Campinas: Servanda. 2010.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo**. Curitiba: Juruá Editora. 2011