

PROVAS ILÍCITAS: admissibilidade ou inadmissibilidade?
ILLICIT PROOFS: ADMISSIBILITY OR INADMISSIBILITY?

PINTO COELHO, Vânia M^a B. Guimarães¹
MELO, Carlos Eduardo Siderig Araújo de²

¹Mestre e titular da cadeira de Direito Processual Pena

²Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha.

Resumo: Este artigo objetiva analisar a aplicação das provas ilícitas no direito brasileiro, para garantir às partes a verdade dos fatos, de forma mais parecida com a verdade real, possibilitando ao juiz uma certeza, relativa, suficiente para formar sua convicção.

Palavras-chave: Prova Ilícita. Direito Processual Penal. Admissibilidade e Inadmissibilidade. Teoria da proporcionalidade. Teoria do fruto da árvore envenenada.

Abstract: This article aims to analyze the application of illegal evidence in Brazilian law, to guarantee the parties the truth of the facts, in a way more similar to the real truth, allowing the judge a certainty, relative, enough to form his conviction.

Keywords: Unlawful Proof, Criminal Procedural Law, Admissibility and Inadmissibility; Theory of proportionality; Poisoned tree fruit theory.envenenada.

Todos os ramos do direito sofrem modificações em decorrência das mudanças sociais da humanidade.

O tema relativo à prova acompanha a humanidade há séculos, tendo a intervenção do Estado nas relações em sociedade com o propósito de trazer harmonia entre os cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 no Brasil representou um marco na forma como o ser humano é tratado, assegurando-lhe direitos extremamente importantes, a fim de manter a ordem pública. Dessa maneira, consolidou-se o Estado Democrático de Direito.

Além de princípios e normas que se constituem como fontes importantíssimas para qualquer ramo do direito. No tocante às provas, alguns

são inerentes, podendo destacar o devido processo legal, o contraditório e o princípio da ampla defesa.

O devido processo legal nada mais é que assegurar a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais

O contraditório é o princípio que garante a participação de forma igualitária entre as partes envolvidas e a ampla defesa conceituada como a participação do acusado no processo penal, contribuindo para o resultado final e abrange: a defesa técnica, com exigência de um defensor devidamente habilitado e a autodefesa, considerada a defesa efetiva, garantido a efetiva participação da defesa nas principais partes do processo.

Esse trabalho aborda a aplicação das provas ilícitas no processo penal pátrio. Um dos principais objetivos deste estudo é analisar a admissibilidade ou não das provas ilícitas, embora exista o princípio constitucional de vedação de sua utilização dessas provas. Ainda visa estudar a validade das provas obtidas para formar o convencimento do magistrado, na busca pela decisão mais justa, obtendo do Estado o compromisso do qual não pode se afastar, mesmo que imperfeita a verdade judicial, coloca-se nela a confiança de proteção aos bens ou valores protegidos.

A questão probatória tem um papel relevante para se apurar os fatos descritos no processo, que vão servir como instrumentos de convencimento do julgador. Seu objetivo é estabelecer a verdade por verificação ou demonstração, não se buscando a certeza absoluta, pois esta é inviável de obter, bastando ser relativamente suficiente para convencer o juiz.

A prova, além de servir à convicção do Magistrado, representa um papel balizador para a decisão judicial, pois, diante da sociedade, as decisões embasadas em provas demonstram um manto de justiça. Devem ser obtidas por meios que não afrontem a moral e os bons costumes, vigorando na lei a vedação às provas obtidas por meios ilícitos.

O direito de provar encontra limites para que seja respeitado o devido processo legal e os direitos à dignidade humana, como intimidade e

privacidade, valores considerados fundamentais em nosso país, dando ao Estado a obrigação de restringir a obtenção de provas a qualquer custo, em defesa aos valores sociais que conquistamos ao longo do tempo, amparados pela Constituição Federal.

O tema de admissibilidade das provas ilícitas é polêmico, havendo grande divergência doutrinária e jurisprudencial nesse sentido. As transformações judiciais vêm suavizando o rigor quanto a não aceitação incondicional das provas ilícitas, visando analisar os diferentes valores e princípios do ordenamento jurídico. A corrente que defende a obtenção de prova por meios ilícitos fundamenta-se principalmente no direito do réu de garantir sua liberdade, devido seu grande valor para o ser humano. A corrente contrária, que advoga pela inadmissibilidade, afirma que por mais relevantes que sejam os fatos apurados através de provas ilícitas, estas devem ser excluídas do processo, tendo em vista sua total inconstitucionalidade.

A jurisprudência vem admitindo, excepcionalmente, o uso provas ilícitas no processo quando favorável ao acusado, e, ainda, quando for o único meio, existente a fim de proteger a liberdade do acusado. No tocante às provas ilícitas, as situações encontradas pelo ordenamento jurídico como suficientes para afastar sua ilicitude, poderão ser aceitas no Processo Penal, para de garantir a liberdade do indivíduo.

Da prova e seus limites

Prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até mesmo pelo juiz, com o objetivo de levar ao conhecimento do processo determinado fato, visando sua apuração e formando uma convicção.

Embora o juiz seja principal destinatário da prova, mas não pode ser desconsiderada a existência do extremo interesse das partes. Deve-se considera-la como um instrumento de grande importância para o processo e para o direito processo penal, pois estando em jogo um dos direitos mais grandiosos da pessoa humana, a liberdade. Dessa forma, obriga-se o magistrado a analisar e valorar as provas com grande prudência, responsabilidade e total imparcialidade para não concorra em erro ao realizar o

juízo. Como não existe meio de garantir uma certeza absoluta dos fatos, resta apenas buscar a maior semelhança possível com a realidade.

Vicente Greco Filho, afirma:

[...] a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesmo ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas certeza relativa suficiente na convicção do juiz. (GRECO FILHO 1999, p.196).

Apesar do direito à produção de provas estar assegurado constitucionalmente, tal direito não é absoluto (assim como nenhum outro direito), já que a sua função é garantir os direitos das partes e da legitimação da jurisdição, implicando restrições ao objeto da prova, com a finalidade original de que a mesma seja produzida e valorada corretamente.

Provas ilícitas

As provas ilícitas são aquelas colhidas de modo a afrontar as normas de direito material e constitucional, sendo inadmissíveis no processo, conforme o art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em tempo, cabe trazer a distinção existente entre provas ilícitas e ilegítimas, nas palavras de Alexandre de Moraes:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (MORAES, 2011, P.117) .

Além do critério da natureza da norma violada, outro pode ser adotado, para se diferenciar entre a prova ilícita e a ilegítima é o momento da infração da norma jurídica.

Na prova ilegítima, a violação da norma jurídica ocorre no momento da produção da prova, ou seja, quando ela é formalmente juntada ao processo, o que significa que tal violação sempre é interna ao processo. Já com a prova

ilícita ocorre violação no momento de sua aquisição, que pode ocorrer antes ou de juntamente ao processo, mas sempre externamente.

A (in) admissibilidade da prova ilícita

A Constituição Federal prescreveu em seu art. 5º, LXI que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A inadmissibilidade das provas ilícitas tem a como objetivo inibir a produção de práticas probatórias ilegais, fazendo um controle na atividade estatal, para assegurar os direitos fundamentais. Conforme ensina Paulo Rangel:

A vedação da prova ilícita é inerente ao estado democrático de direito que não admite a prova do fato e conseqüentemente, 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. (RANGEL, 2012, p.451).

A vedação às provas lícitas resguarda direitos e garantias individuais como o direito à intimidade, à privacidade, a inviolabilidade de domicílio, que frequentemente são violados durante as investigações. Além da vedação da prova ilícita, também se veda sua obtenção por meios ilícitos.

Assim sendo, não é permitido o aproveitamento de métodos cuja a origem probatória seja duvidosa, como exemplo confissão obtida mediante tortura (artigo 5º , III da Constituição Federal).

O direito às provas não é absoluto, encontrando limites principalmente quando em colisão com as garantias e direitos individuais, não sendo permitida a liberdade probatória a qualquer preço.

Com base nisso, atualmente, tal proibição de forma absoluta não se justifica, mesmo porque não existe direito fundamental absoluto em nosso ordenamento deve haver uma relativização dos direitos fundamentais e,

também, ser aplicado de forma adequada para assegurar 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 totalmente excepcional quando for difícil a obtenção da verdade dos fatos por meios viáveis, sem confrontar qualquer liberdade pública.

Porém, é importante que a liberdade pública não sirva como escudo para prática de atividades ilegais, onde os autores 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.

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

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. Interpretam a situação baseada na razoabilidade e proporcionalidade entre os bens jurídicos contrastantes. Divergem de tal posicionamento Paulo Rangel, Francisco Chaves filho e outros.

Paulo Rangel entende que, deve ser dada uma interpretação baseada na razoabilidade e proporcionalidade entre os bens jurídicos contrastantes:

Dessa forma, e 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 arripio da lei. (RANGEL, 2012, P. 467).

O desembargador Dr. Francisco das Chagas Lima Filho entende que: “[...] a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados [...]”. (CHAGAS LIMA, 1998, p.288/296).

Há ainda quem defenda também a admissibilidade das provas ilícitas contra o réu, usando como fundamento o feito em favor da sociedade. Esse posicionamento não é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

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

Teoria do fruto da árvore envenenada

A teoria do fruto da árvore envenenada vinda do direito norte-americano, essa teoria teve seu nascimento no conceito de que uma árvore envenenada não pode gerar bons frutos, e com isso, todos os vícios da planta se transmitem a seus frutos, ou seja, prova ilícita originária contamina as outras provas colhidas dela decorrentes.

Também conhecida como provas ilícitas por derivação, essas provas são aquelas consideradas ilícitas em si mesmas, contudo, produzidas por um fato ilícito. Sendo assim, caso considerada ilícita, essa prova deve ser desentranhada dos autos.

A constituição de 1988 ao trazer a proibição das provas obtidas por meios ilícitos no processo, não tratou acerca das provas ilícitas por derivação, trazendo dúvidas sobre a possibilidade do uso dessas provas nos autos, já que falta regulamentação expressa. Porém por força da lei nº 11.690/08 determinou-se que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, conforme art. 157 §1º: “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”.

Considerações finais

As provas constituem um conjunto de regras que garantem os direitos das partes de mostrar a verdade dos fatos de forma mais similar com a

realidade, devendo ser respeitadas as limitações existentes, para possibilitar a convicção do juiz.

Sobre as provas ilícitas tem - se uma questão bastante divergente, que gera inúmeros debates entre os mais renomados juristas, sejam brasileiros ou estrangeiros, modificando doutrinas e jurisprudência conforme o tempo passa.

Tal tema coloca em questão a efetividade do processo na atividade jurisdicional na procura da verdade real, na grande vontade de se fazer justiça, e, por outro lado, nas liberdades públicas e individuais, protegidas por nossa constituição federal.

Com tantos direitos fundamentais no ordenamento jurídico exige-se relativização, para que não se torne injusta a ponderação de valores igualmente consagrados por nossa constituição.

Nenhuma garantia, mesmo que se tratando de um direito fundamental, é absoluta, sob pena de se tornar um fator gerador de injustiças, resultando na descrença dos valores constitucionais do Poder Judiciário.

Desta forma, tem-se a corrente da Teoria da Proporcionalidade, defendendo que, nem deve aceitar todas as provas ilícitas, nem proibir qualquer prova pelo fato de ser ilícita. Deve haver uma ponderação da proporcionalidade dos bens jurídicos, mesmo que no Brasil seja de regra proibida a aceitação de provas ilícitas, e que nosso ordenamento pátrio adotou a teoria norte-americana do fruto da árvore envenenada.

Finalmente, mesmo com a corrente da teoria da proporcionalidade defendendo que nem deve aceitar todas as provas ilícitas, nem proibir qualquer prova pelo fato de ser ilícita, no ordenamento jurídico brasileiro reza a da proibição da aceitação de provas ilícitas, tendo sido adotada a teoria norte-americana do fruto da árvore envenenada.

Referências

BARANDIER, Márcio Gaspar. **A Prova Ilícita no Processo Penal**. Breves comentários. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 2.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10^o edição, São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27^a edição. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JR, Nelson - **Proibição da Prova Ilícita**. 4^o edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8^o Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20^a edição. São Paulo: Atlas: 2012.