ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Cláudio Bosco Lima Teles*

RESUMO: O estudo a seguir apresenta uma análise sobre as provas ilícitas e a possibilidade de sua admissão no direito penal brasileiro. Preliminarmente, aborda-se o instituto das provas para melhor compreensão do tema. Em seguida, busca-se diferenciar 'princípio' e 'regra' para adentrar na conceituação do princípio da proporcionalidade e sua aplicação para afastar a vedação às provas ilícitas. Ademais, utilizando-se da legislação brasileira específica sobre o tema, foi possível observar que ainda não há posição firmada acerca do conflito investigado. A pesquisa pretende demonstrar que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma no ordenamento jurídico, para evidenciar a possibilidade de admitir as provas ilícitas no processo penal aplicando o princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Provas Ilícitas. Princípio da Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo um estudo da prova ilícita no processo penal brasileiro, abordando a possibilidade de sua admissão dentro do ordenamento jurídico nacional. Para tanto, o trabalho foi dividido em três seções, as quais serão abordadas com fundamento na doutrina. Vale destacar que aqui não há a pretensão de esgotar o tema, principalmente por envolver questões que não apresentam posicionamento unificado, ao revés, encontrando-se diversas linhas interpretativas que divergem sobre a admissão da prova ilícita no direito brasileiro.

A primeira seção trata da instituição da prova no direito penal

* Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit) em 2011; Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (Uniderp/LFG) em 2016; E-mail: cblteles@gmail.com.

brasileiro trazendo o conceito, os princípios gerais, os meios de prova, ônus da prova, sistemas de valoração da prova, a classificação, e, ao final, aborda brevemente o instituto da prova ilegal especificamente.

A seção seguinte apresenta uma reflexão acerca do conceito geral de 'princípios' no âmbito do ordenamento jurídico, ao tempo em que é trazida uma abordagem sobre o princípio da proporcionalidade e a sua relação com outros princípios penais constitucionais. Ademais, são apresentadas algumas proposições acerca dos Direitos Fundamentais, com base na Constituição Federativa do Brasil.

Para fechar o artigo, uma última seção toma o tema propriamente dito, abordando a inadmissibilidade das provas ilícitas no direito penal pátrio e a possibilidade de relativização no plano teórico com base em uma interpretação de prevalência de princípios.

Vale destacar que o artigo em questão toma os princípios teóricos e metodológicos da pesquisa qualitativa já que prioriza o debate teórico em detrimento dos dados quantitativos. E quanto à metodologia, o texto prioriza o emprego do método indutivo e toma, principalmente, referências bibliográficas como fonte.

2 CONCEITO, OBJETIVO E FINALIDADE DA PROVA

A palavra "prova" vem do latim "probatorio" e significa "demonstrar, formar juízo de". Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p. 553 a 554), prova é:

> (...) antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.

Para Mirabete (2006, p. 257), provar é:

> produzir um estado de certeza, na consciência e

> na mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Dessa forma, provar é demonstrar para o juiz que o fato alegado é verídico ou não. De maneira complementar, Nucci (2007, p. 338) apresenta os seguintes conceitos fundamentais para uma compreensão completa do conceito de prova:

> (...) a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

A Teoria Geral da Prova no Processo Penal está regulada no Título VII CPP, a partir do art. 155, que assim dispõe:

> Art. 155. 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 antecipadas (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

De acordo com os pressupostos acima, prova significa o processo, elemento, meio ou instrumento pelo qual se pretende convencer ou demonstrar para o juiz que um fato é verdadeiro ou não dentro de um processo judicial e serve para embasar a decisão do magistrado, além disso, serve também para que a sociedade verifique a fundamentação da sentença e a sua regularidade, tudo conforme o sistema do livre convencimento regrado ou motivado.

A sistemática do livre convencimento motivado do julgador na livre

apreciação da prova é a regra no direito penal brasileiro, contrapondo-se ao sistema de provas tarifadas, aplicado somente excepcionalmente. Este é estabelecido diretamente pela lei, indicando determinados "pesos" que cada prova possui, num sistema de apreciação bastante rígido para o juiz. Assim, neste sistema, por exemplo, a confissão deveria possuir valor máximo, de forma que sendo o réu confesso, o juiz deveria condená-lo, ainda que todas as outras provas indicassem o contrário.

Aplicamos esse sistema, por exemplo, para a extinção da punibilidade pela morte do agente, há a necessidade da certidão de óbito; ou quando a prova depender de questão sobre o estado das pessoas, que terá que ser resolvido no juízo cível; nesses casos esses são os únicos meios de provas possíveis para a resolução da questão, por isso, tarifada.

O objeto da prova recai sobre o fato que se pretende provar verdadeiro. Pode ser dividido em duas espécies: direta, quando se refere diretamente ao fato cuja prova é desejada; e indireta que é aquela relativa a outros fatos, chamados de indícios. Dessa maneira, alcança o fato principal por meio de deduções lógicas.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Os princípios são as normas gerais superiores, são as bases do ordenamento jurídico. Assim, os princípios gerais da prova no processo:

A) AUTORRESPONSABILIDADE DAS PARTES

Segundo Aranha, o principio em questão prevê que cada parte assuma e suporte as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos internacionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar (2006, p. 32-33). Vale dizer que o princípio da autorresponsabilidade das partes denota que as partes são responsáveis pela produção ou não das provas e das suas consequências.

B) COMUNHÃO OU AQUISIÇÃO DA PROVA

Este princípio indica que, uma vez produzida, a prova, ela passa a integrar o processo, não pertencendo mais a nenhuma das partes.

Segundo Capez, "no campo penal, não há provas pertencentes a uma das partes; as provas produzidas servem a ambos os litigantes e servem ao interesse da justiça" (2007, p. 315).

C) ORALIDADE

Por este princípio entende-se que deve haver a predominância da via oral sobre a escrita. Retomando Aranha, "os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares. No Júri e no processo sumário os debates são orais" (2006, p. 32-33).

D) PUBLICIDADE

Conforme ensina Capez, "os atos judiciais são públicos, admitindo como exceção o segredo de justiça" (2007, p. 315). Além disso, a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LX: 'a lei só poderá restringir a publicidade de atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem'.

E) VEDAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

F) LIBERDADE PROBATÓRIA

Este princípio tem o escopo de buscar a verdade dos fatos, assim decorre do princípio da verdade processual, por isso há uma grande liberdade na produção das provas, porém essa liberdade não é absoluta, sofrendo algumas restrições. Por exemplo: O CPP, art. 155, parágrafo único, diz que somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições de que dispõe a lei civil.

2.2 MEIOS DE PROVA

De acordo com Tourinho Filho (2009, p.563), meio de prova é tudo aquilo que pode servir direta ou indiretamente para a comprovação da verdade que se busca no processo. Ou seja, são instrumentos utilizados para produzir a prova e levá-la ao conhecimento do magistrado.

Desta forma, elas podem ser classificadas como nominadas e inominadas. As primeiras referem-se aos meios de produção previstos expressamente em lei; já as provas inominadas tratam dos meios de produção não disciplinados em lei. Ambas são aceitas, pois no direito penal pátrio é permitido o uso de meios de provas atípicos, desde que moralmente legítimos e legais. Assim, pode-se afirmar que meio de prova é o instrumento usado para provar o alegado.

2.3 ÔNUS DE PROVA

Conforme os ensinamentos de Capez, a prova constitui um ônus e não uma obrigação contratual, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. Dessa forma, pode-se conceituar ônus da prova como o encargo que têm os litigantes de provar a verdade dos fatos (2007, p. 311).

Trata-se de uma faculdade das partes, em que a parte omissa assume as consequências de sua omissão, segundo o professor Renato Brasileiro, (2015, p.595), há duas correntes acerca da distribuição do ônus da prova: a que aponta ser ônus exclusivo da acusação e a que distribui o ônus entre as partes no processo penal.

Apesar do ônus da prova ser de quem alega o fato, ou seja, distribuído entre as partes, o art. 156, CPP, prevê que ao juiz é facultado ordenar de ofício a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevante, e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

2.4 SISTEMA DE VALORAÇÃO

São três os sistemas probatórios, quais sejam, o sistema legal de provas ou tarifário; o sistema da intima convicção e o do livre convencimento motivado ou persuasão racional, que é o adotado pelo nosso CPP. Segundo este princípio o juiz pode valorar a prova livremente conforme sua convicção, podendo até dispensar provas que achar desnecessárias, ficando, apenas, adstrito a motivação da sua decisão.

2.5 PROVAS ILEGAIS

Provas ilegais são um gênero do qual derivam três espécies: provas ilícitas, provas ilícitas por derivação e provas ilegítimas. Segundo Capez (2007), quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Já quando a norma afrontada tiver natureza processual ela será chamada de ilegítima, porém, para o art. 157, do CPP, as normas que violarem o direito material e o processual são ilícitas. Já nas provas ilícitas por derivação, a produção não se dá de forma independente, sendo derivação de outras provas.

Desse modo, podemos dizer que a reconhecida *teoria dos frutos da árvore envenenada* quer dizer que quando uma prova ilícita for obtida através de outra prova ilícita, esta contamina aquela com a ilicitude. Excepcionada essa teoria em duas situações. A primeira é quando a prova ilícita teria sido obtida inevitavelmente pela autoridade, chamada de teoria da descoberta inevitável e a segunda se dá quando a descoberta da prova ilícita tenha sido obtida por fonte independente.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já foi destacado, os princípios são as bases do ordenamento jurídico num dado contexto teórico. Silva traz o seguinte conceito para princípios:

> (...) princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. E, nesta acepção, não compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente constituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática e proteção dos direitos (2007, p.178).

Ao tempo que conceitua 'princípio', o autor esclarece que as regras são imediatamente descritivas, pois estabelecem obrigações e proibições. Isso se dá mediante a descrição da conduta a ser cumprida tendo

como característica a "previsão do comportamento". Já o princípio, é imediatamente finalístico, pois a sua graduação ou aplicação depende dos efeitos decorrentes de uma situação que comporte os pressupostos necessários tendo como característica a "determinação da realização de um fim juridicamente relevante".

Diante disso, pode-se dizer que os princípios, de forma geral, são mais abstratos, podem coexistir mesmo quando se colidem e possuem uma importância maior que a das regras, pois, fundamentam todo o ordenamento jurídico, ou seja, até as próprias regras. Esse conceito nos leva a compreender as peculiaridades do objeto do capítulo em questão, o princípio da proporcionalidade.

O princípio em apreço é oriundo do Direito alemão, e busca estabelecer o equilíbrio entre garantias em conflito por meio da verificação de como um deles pode ser limitado no caso concreto, tendo em vista, basicamente, a menor lesividade.

Ele não está previsto expressamente na Constituição, mas é um princípio implícito que encontra respaldo em várias normas constitucionais, como por exemplo, no direito de resposta proporcional ao agravo, no âmbito penal, e na individualização da pena, que será proporcional ao delito cometido.

Para Bonavides, o princípio da proporcionalidade pode ser elevado ao patamar de justiça e garantia do indivíduo contra o excesso de poder. Possui função orientadora na interpretação e aplicação de outros princípios e normas, atuando na proteção dos direitos fundamentais, buscando alcançar de maneira justa os objetivos da Constituição. (2006, p.434-436).

Ademais, o princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Além disso, não se confunde com o princípio da razoabilidade, enquanto aquele pretende solucionar a colisão de direitos fundamentais, este serve para valoração dos atos emanados do poder público, para que sejam dotados de justiça, bom senso, razão. Avaliar se um interesse é legitimo ou não.

A grande maioria dos princípios, relacionados ao ordenamento jurídico brasileiro, está elencada na Constituição Federal, sob o título "dos direitos e garantias fundamentais", que vai do art. 5º ao 17. Segundo Afonso da Silva, a expressão mais adequada seria "direitos fundamentais dos homens", pois além de referir-se aos princípios que resumem a

concepção do mundo e a ideologia política de cada ordenamento jurídico, ainda, caracterizam os direitos fundamentais como históricos, irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis. Ou seja, são direitos que surgem e modificam-se conforme a evolução histórica. (2007, p.178).

Ora, os Direitos Fundamentais são aqueles inerentes ao ser humano, que limitam e impõem ao Estado seu respeito e cumprimento. São direitos que asseguram, principalmente, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade e a convivência digna para todas as pessoas.

4 POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO BRASILEIRO

No âmbito do Direito Penal, as provas constituem elemento fundamental, visto que formam a base para o convencimento do magistrado e podem ser utilizadas como fundamento da sentença. Além disso, a prova também tem seu valor de provar a verdade nos autos, na busca pelo culpado da infração penal.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que prevê a inadmissibilidade das provas ilícitas, também elenca vários princípios e garantias individuais que acabam por colidirem. Nesse contexto, surge a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, para que seja feita uma análise no caso concreto que possa identificar qual o princípio mais importante e sobrepô-los em relação aos autos.

A eventual possibilidade de o réu utilizar-se de uma prova ilícita sendo ela a única forma de provar sua inocência, pode ferir alguns princípios constitucionais, mas ao analisar qual direito é mais importante no caso concreto é possível aceitar a possibilidade da prova ilícita.

Atualmente, a doutrina e jurisprudência, majoritárias, defendem a não utilização das provas ilícitas, excepcionando a sua não aplicabilidade apenas se não evidenciado o nexo de causalidade entre ela e a tida como ilícita, bem como se ela puder ser obtida por fonte independente da ilícita (art. 157, § 1º, do CPP). Considera-se fonte independente aquela que por si só, segundos os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova (art. 157, § 2º, do CPP). Acolhendo o princípio da proporcionalidade em casos excepcionais e graves, uma vez que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto.

Nesse contexto Capez expõe seu posicionamento:

> Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflitos sobre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz deverá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de criminosos perigosos. Os interesses que se colocam em posição antagônica, precisam ser cortejados, para escolha de qual deva ser sacrificado (2007, p. 325).

Assim, o princípio da proporcionalidade quando aplicado para afastar o princípio da vedação das provas ilícitas não tem o escopo de ferir um direito individual, mas, ao contrário, pretende assegurar o exercício do outro direito de maior importância.

5 CONSIDERALÇÕES FINAIS

Como se pôde ver, a prova constitui um elemento de grande importância no processo judicial, tendo em vista que influencia diretamente na convicção do juiz e da sociedade, convencimento este que pode acarretar a absolvição ou a condenação.

No Processo Penal há vários tipos de provas que podem ser usadas, testemunhais, periciais, documentais, etc, porém esta faculdade possui algumas limitações, dentre elas a principal é a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Em regra, a prova ilícita deve ser desentranhada do processo, porém como qualquer outro princípio no ordenamento jurídico brasileiro, não tem caráter absoluto. Nesse contexto, pode surgir a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. Dessa maneira, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas seria ignorado quando em

conflito com outro princípio de maior valor.

Além do princípio da proporcionalidade, outro motivo para admissão das provas ilícitas no processo é que não seria justo deixar alguém ser condenado por uma infração penal quando é possível demonstrar sua inocência por uma prova admitida ilicitamente.

Atualmente a teoria mais aceita é da inadmissibilidade das provas ilícitas, mas a teoria da proporcionalidade vem tomando corpo nas discussões jurídicas.

Diante disso, nem mesmo os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LV), não podem ser tidos como absolutos, na medida em que o próprio diploma contempla regra de exclusão, ao considerar como inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos.

Assim, pode-se concluir, de acordo com a pesquisa aqui apresentada, que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não é absoluto, assim como nenhuma norma no ordenamento jurídico. Além disso, ao princípio da proporcionalidade é conferido o papel de evidenciar as contradições e potencialidades.

___

ADMISSIBILITY OF ILLICIT PROOFS IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT: The following study presents an analysis of the illegal evidence and the possibility of admission in the Brazilian criminal law. Preliminarily, we discuss the institute of evidence to better understand the subject. Then, we try to differentiate 'principle' and 'rule' to enter in the conceptualization of the principles of proportionality and its application to remove the seal to the illegal evidence. Furthermore, using the specific Brazilian legislation on the subject, we observed that there is still not settled position on the conflict investigated. The research aims to demonstrate that the constitutional principle of inadmissibility of illegal evidence is not absolute, and no rule in the legal system, to show the possibility of allowing the illegal evidence in criminal proceedings applying the principle of proportionality.

KEYWORDS: Right. Illegal Evidence. Principle of Proportionality.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no processo Penal*. 7 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14 ed. Ver. E atual. -São Paulo: Saraiva,2007.

MIRABETE Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. Ver. E atual. - São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 3. ed. 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 de., ver. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 31 ed. Ver. e atual.- São Paulo: Saraiva,2009.