

## DOCTRINA

### Breves considerações sobre a prova ilícita no processo penal\*

Wagner Mendonça Bosque\*\*

A Constituição da República, ao assegurar o direito fundamental da indeclinabilidade do controle jurisdicional, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça, visa salvaguardar o princípio da legalidade, basilar na existência do Estado de Direito. Ao Poder Judiciário, portanto, incumbe a obrigação de prestar a atividade jurisdicional, sempre que regularmente exercido pela parte seu direito-de-ação.

A atividade jurisdicional, como função fundamental do Estado, só se legitima pelo processo, instituição constitucionalizada que se conjuga pelos princípios da ampla defesa, contraditório e isonomia (art. 5º, LV, da CR). Através do processo, assegura-se às partes a oportunidade de reconstruir em juízo os fatos por elas alegados e que servem de supedâneo à sua pretensão. Essa atividade de reconstrução dos fatos em juízo faz-se por meio do instituto da prova.

A palavra prova vem do latim *probatio*, derivada do verbo *probare*, que significa aprovar, estar satisfeito com alguma coisa ou persuadir alguém de alguma coisa. Numa acepção jurídica, prova “é um instituto criado pela lei para o exercício lógico da demonstração de existência ou inexistência de pessoa, coisa, fato, ato ou situação jurídica”.<sup>1</sup>

A prova judiciária deve ser produzida pelas partes em simétrica paridade, com estrita observância dos preceitos legais e constitucionais, sob pena de ser considerada ilícita; imprestável, portanto, à instrução processual. A inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas no processo foi erigida pelo legislador constituinte à categoria de direito fundamental (art. 5º, LVI). A doutrina costuma fazer a distinção, sem grande utilidade prática, entre prova ilícita e prova ilegítima. Ambas se afiguram ilegais e imprestáveis; no entanto, a primeira configura violação à norma material (constitucional ou penal), enquanto a segunda consiste em transgressão à norma processual penal.

A questão da admissibilidade das provas ilícitas tem ligação direta com o sistema normativo de cada Estado. No sistema da *common law*, por exemplo, o tratamento da matéria na Inglaterra e nos Estados Unidos tem enfoques sobremaneira conflitantes: o primeiro admite prova *illegally obtained*, e o último a rejeita. Destacando-se inteiramente da tendência tradicional da *common law*, a exclusão de provas obtidas com violação à Constituição tem se expandido, por intermédio da Suprema Corte dos Estados Unidos, e dos juízos federais aos estaduais. A Suprema Corte norte-americana entende, ademais, que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, o que se convencionou denominar teoria do *fruits of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada).

No direito pátrio, a norma inscrita no art. 5º, LVI, da Constituição da República configura importante garantia do cidadão em relação à ação persecutória do Estado. Como salientado pelo Ministro Celso de Mello, “a cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir a pessoa do acusado

\* O artigo consiste numa breve síntese da monografia de conclusão de curso do autor na Universidade Fumec.

\*\* Advogado criminalista em Belo Horizonte.

<sup>1</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo; primeiros estudos*. p 277.

contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado".<sup>2</sup>

Muito tem se discutido acerca do alcance da norma proibitiva das provas ilícitas, havendo entre nós sólido magistério doutrinário. De um modo geral, os estudiosos do processo penal têm salientado que a vedação às provas ilícitas sofre necessária atenuação, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Teríamos, então, a aplicação da teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), do direito alemão, ou da razoabilidade, nos Estados Unidos, esta última visando atenuar a rigidez da doutrina do fruto da árvore envenenada. Tal construção doutrinária seria utilizada excepcionalmente e em casos de extrema gravidade, admitindo a utilização de provas ilícitas, baseando-se, na ótica do direito de defesa, nos princípios do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), da prova ilícita *pro reo*, e do *favor rei*. Neste diapasão, Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que

parece-nos que se deve respeitar o critério da proporcionalidade do direito tedesco, tão bem expresso na Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP, segundo a qual 'podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa'. Na verdade, se a proibição da admissão das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos fundamentais do homem, parece claro que o princípio visa resguardar o réu. Sendo assim, se a prova obtida por meio ilícito é favorável à Defesa, seria um não-senso sua inadmissibilidade. É que entre a liberdade e o direito de terceiro sacrificado deve pesar o bem maior, no caso a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*.<sup>3</sup>

É certo que qualquer direito e garantia individual consagrado no artigo 5º da Constituição da República não é absoluto. A idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado.

Entendemos, no entanto, que o princípio que veda a admissibilidade de provas ilícitas no processo não sofre qualquer espécie de mitigação. Na verdade, ou temos uma prova judiciária produzida com observância dos parâmetros constitucionais (inclusive hermenêuticos) e, portanto, prestável, ou estaremos diante de prova ilícita, repelida expressamente pela Carta Magna.

Quando, no caso concreto, tem-se a admissão de uma prova colhida mediante gravação realizada por um acusado, sem o conhecimento de um dos interlocutores, em que se comprovasse o verdadeiro autor de um crime de extorsão, por exemplo, não há falar em ilicitude da prova por violação ao direito de intimidade do extorsionário, porém não em razão do princípio da proporcionalidade, como querem alguns, mas em virtude de um princípio maior, de índole constitucional expressa, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR), que direciona a colheita de provas e tutela a legítima defesa do acusado na prática de ato em prol de seu direito de liberdade (art. 5º, *caput*, da CR). Dessa maneira, permanece intacta a norma do inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição, porquanto não se trata de admitir uma prova ilícita no processo, mas apenas de se aproveitar e valorar o instrumento de prova lícito em sua essência.

Poderíamos, também, imaginar a hipótese de uma gravação de vídeo realizada pela vítima, de forma clandestina e sem o conhecimento de seu agressor, para a comprovação de maus-tratos e sevícias. Descabe argumentar que a prova fora obtida em desrespeito à intimidade e à imagem do agressor,

<sup>2</sup> STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 de outubro de 1995.

<sup>3</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva. p. 24.

porque, mais uma vez, ocorre ausência de ilicitude dessa prova, uma vez que aquele que a produziu agiu em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, de sua dignidade humana. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer outro tipo de chantagista”.<sup>4</sup>

Percebemos, então, que em ambos exemplos não houve desrespeito nem tampouco abrandamento da norma do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição, que foi aplicada na íntegra. Foram utilizadas e admitidas provas essencialmente lícitas, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana na colheita de provas, conjugado, no primeiro exemplo, com o direito de liberdade do acusado.

Assim, a questão não se cinge à aplicação pura e simples do princípio da proporcionalidade ou do *favor rei*, e sim à avaliação do elemento “licitude” das provas numa ótica constitucional em que a dignidade e a promoção da pessoa humana devem ser tidos como valores máximos do ordenamento jurídico, orientando toda atividade hermenêutica. Nessa linha, salvaguardam-se tanto o direito de liberdade do réu e demais direitos fundamentais espalhados pelo texto constitucional quanto se legitima a pretensão estatal no exercício do *jus puniendi*.

Questão que também merece análise consiste em se perquirir acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas por derivação. O Supremo Tribunal Federal, *ab initio*, havia adotado entendimento pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude das provas<sup>5</sup> em decisão plenária por maioria de votos apertada (6x5), não adotando, portanto, a doutrina dos frutos da árvore envenenada, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Nesse julgamento, envolvendo um ex-Presidente da República, o Pretório Excelso rejeitou a tese de defesa, relativamente à repercussão da prova ilegal sobre as demais. Nesta esteira, a maioria dos ministros admitiu a validade de provas derivadas das ilicitamente obtidas.

Entretanto, a possibilidade de mudança de entendimento no Pretório Excelso era bastante plausível, em razão da mínima diferença de votos majoritários, e, conforme salienta Alexandre de Moraes,

“O que poderia ser uma definição jurisprudencial (6 votos a 5), novamente se transformou em dúvida, pois com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita (“... não me parece seguro concluir que, quando a escuta tivesse sido ilegal e, por conseqüência, ilícita a prova obtida por seu intermédio, toda a prova ficasse contaminada e imprestável...” - voto no HC 69.912-0-RS), a questão tornou-se pendente de um futuro posicionamento, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa, para definir-se a posição da mais alta Corte Judiciária brasileira na questão da teoria do *fruits of the poisonous tree*”.<sup>6</sup>

O plenário do Supremo Tribunal Federal acabou invertendo a antiga maioria (6x5), adotando atualmente em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria dos frutos da árvore envenenada, vale dizer, admitindo a comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem. Assim, considera-se ilícita a apreensão da *res furtiva*, embora feita regularmente, quando se obtém a informação de sua localização mediante tortura. Diz-se, portanto, que tal prova é ilícita por derivação, pois, conquanto recolhida legalmente, a autoridade, para descobri-la, fez emprego de meios ilícitos.

<sup>4</sup> STF - Pleno - HC nº 75.338-8/RJ - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 11 mar. 1998.

<sup>5</sup> STF, Ação Penal 307-3-DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 13 de outubro de 1995.

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. p. 129.

Em conclusão, o Supremo Tribunal Federal tem sufragado, por maioria de votos, o entendimento de que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes (provas ilícitas por derivação), de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, de maneira que tanto as provas ilícitas, bem como aquelas que delas derivam, são constitucionalmente inadmissíveis.<sup>7</sup>

Traçados os contornos da matéria sobre ilicitude das provas, resta saber quais são as consequências que derivam da circunstância de, não obstante a proibição constitucional, a prova ilícita ter sido admitida, vindo a ingressar nos autos do processo.

Para tanto, deve-se ter em mente que o ato de provar consubstancia-se em ato jurídico-processual. Pertencendo os atos processuais ao gênero dos atos jurídicos, aplicam-se-lhes as exigências comuns de validade de todo e qualquer destes atos (art. 82 do Código Civil de 1916, atual art. 104).

As provas ilícitas, consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são tidas como provas. Trata-se de não-prova, que a conduz à categoria de ato jurídico-processual imperfeito. Ela simplesmente não existe como prova, não tem aptidão para surgir como prova, porque “os atos que compõem a atividade processual, para serem processualmente jurídicos e produzirem efeitos validamente construtivos do procedimento, precisam ser praticados conforme o modelo, condições e requisitos contidos em norma legal”.<sup>8</sup>

Ada Pellegrini Grinover<sup>9</sup> considera juridicamente inexistente a prova ilícita admitida, que vem a ingressar nos autos do processo, devendo haver pronunciamento judicial reconhecendo a irregularidade.

Entendemos que a prova ilícita é um ato que existe, porém de maneira imperfeita, defeituosa, e, em face dessa atipicidade, ele pode tornar-se ineficaz, se vier a sofrer a sanção de nulidade. Sendo o instrumento de prova obtido *contra legem* um objeto ilícito, a lei lhe empresta o caráter de ato jurídico nulo, desde que reconhecido judicialmente. A nulidade é, sem dúvida, uma sanção. Logo, se esta não for declarada, o ato produz efeitos, ou, como ensina Carnelutti, “*la nulidad no opera sino en cuanto sea declarada*”. Portanto, a nulidade é sanção declarada (reconhecida) pelo órgão jurisdicional em relação ao ato praticado com inobservância dos parâmetros normativos. Para ser válido, o ato processual deve ser praticado de conformidade com o paradigma legal. Não o sendo, torna-se, evidentemente, atípico. E, quando a atipicidade sofre sanção de ineficácia, o ato será nulo.

Por isso, em grau de recurso, o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que tiverem sido irregularmente admitidas e levadas em consideração pela sentença. Como já determinou o Supremo Tribunal Federal, devem elas ser mesmo desentranhadas dos autos do processo.<sup>10</sup>

Caso tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e poderá ser desconstituída por via de revisão criminal (art. 621 do CPP), em que o juízo rescisório poderá absolver o réu. Em se tratando de *habeas corpus*, o tribunal deverá declarar nula a sentença, indicando as provas ilegais e determinando o seu desentranhamento.

Os atos processuais sucessivos às provas ilícitas são por elas contaminados, o que ocasiona a ineficácia destes, devendo haver pronunciamento judicial neste sentido.

---

<sup>7</sup> Nesse sentido: Informativo STF nº 36, de 21-6-1996, e 30, de 15-5-1996. HC 73.351-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, m.v., de 09 de maio de 1996. STF - Pleno. HC 72.588-PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, de 12 jun. de 1996.

<sup>8</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo; primeiros estudos*. p. 165.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *As nulidades no processo penal*. p. 141.

<sup>10</sup> “Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, cabe à parte o direito de vê-la desentranhada dos autos” (Tribunal pleno, Min. Nery da Silveira, DJU, 20 jun. 1997, p. 28.507).

No procedimento do Júri, a decisão de pronúncia que tiver se baseado em prova ilícita poderá ser reformada pela via recursal ou declarada nula mediante *habeas corpus*. Entretanto, se houver preclusão para interposição do recurso e o *habeas corpus* não for impetrado, “não compete ao juiz Presidente qualquer providência. O veredicto dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar. Se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, o Presidente mandará desentranhá-las, antes que delas tomem conhecimento os jurados. Mas se a elas se fizer referência em plenário, contra o disposto no artigo 475 do Código de Processo Penal, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença”.<sup>11</sup>

É importante, por fim, ressaltar que as provas ilícitas existentes nos autos do processo não têm o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou entendendo que “descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita”.<sup>12</sup>

“A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei nº 9.296/96) não basta à invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita”.<sup>13</sup>

#### Referências Bibliográficas:

- 1) ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- 2) GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 6 ed.
- 3) LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo; primeiros estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- 4) MELLO, Rodrigo Pereira. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- 5) MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- 6) RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 1999.
- 7) TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. 4 ed.

-:-:-

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et all*. *As nulidades no processo penal*. p. 141.

<sup>12</sup> STF - 2ª Turma - HC 75.892-6/RJ - Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, Seção I, 17 de abril de 1998.

<sup>13</sup> STF - 2ª Turma - HC 76.231/RJ - Rel. Min. Nelson Jobim, decisão: 16 jun. de 1998 - *Informativo STF* nº 115, jun. 1998.