



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE
E GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Guilherme Bezerra Venâncio Magalhães Oest

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

ORIENTADOR: Prof. MSc. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

**NATAL-RN
2013**

GUILHERME BEZERRA VENÂNCIO MAGALHÃES OEST

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Artigo apresentado como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Prof. MSc. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

**NATAL-RN
2013**

PARECER

De acordo com a Resolução nº. 002/2005 de 13 de setembro de 2005 do Colegiado do Curso de Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte que dispõe sobre a apresentação do Trabalho de Conclusão de Curso –TCC, componente curricular obrigatório para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, avalio o trabalho aqui apresentado, sob a forma de artigo científico, e, considerando que este se encontra em consonância com a legislação vigente e as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

Somos pela: Aprovação () e atribuímos a nota _____ ().

Não aprovação () justificativa:_____.

Natal, de de 2013.

Orientador – Prof. MSc. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Orientando – Guilherme Bezerra Venâncio Magalhães Oest
Acadêmico do Curso de Direito
guito_oest@hotmail.com

Orientador - Prof. MSc. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão
Departamento de Direito Público
pauloleao@digizap.com.br

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Guilherme Bezerra Venâncio Magalhães Oest

Orientador: Prof. MSc. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

RESUMO

Apresentada como uma garantia processual concedida ao cidadão contra o poder discricionário do Estado, a inadmissibilidade do uso da prova ilícita no processo penal se afirma subsidiada por princípios e garantias constitucionais. Porém, através da relativização dos direitos promovida pelo princípio da proporcionalidade, com argumentos de políticas criminais, e reinterpretação legislativa, pode-se vislumbrar o uso de provas ilicitamente produzidas em determinadas situações, provando que em determinados casos, o uso da prova ilícita é a melhor maneira de se alcançar o ideal de justiça.

Palavras-chaves: Relativização de direitos. Proporcionalidade. Verdade real. Provas derivadas.

1. INTRODUÇÃO

A inadmissibilidade da prova ilícita é assegurada no Código de Processo Penal brasileiro, a legislação preceitua como inadmissível o uso da prova ilicitamente produzida, bem como aquelas que são derivadas desta.

Entretanto, discussões acerca da admissibilidade de tais provas são parte das teorias doutrinárias presente em nossa academia. O presente trabalho busca confrontar a ideia amplamente difundida na doutrina, e também adotada pela legislação pátria, a qual determina a vedação do uso de provas ilícitas, trazendo questionamentos acerca da possibilidade de admissão, em situações excepcionais, da prova ilícita no processo.

Fora pesquisado a difusão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na relativização da proibição do uso dessas provas, assim como o conflito de direitos e princípios fundamentais concernentes as ideias de vedação ou não do uso de provas ilicitamente colhidas, focando nos possíveis benefícios que poderiam ser gerados, em situações de cunho específico, se admitida esse tipo de prova no processo penal, bem como suas consequências para o caso concreto.

Para elucidar esse diálogo científico, foram feitas, principalmente, pesquisas doutrinárias, não só no campo processual penal, bem como no constitucional e não teoria geral processual. Promovendo o intercâmbio de ideias dos autores, focamos nas teorias que embasariam as hipóteses de admissibilidade da prova ilícita no processo penal, buscando argumentos científicos, legislativos e principiológicos para tal.

Também fora feita a análise legislativa relativa a evolução do tratamento dado pelo legislador brasileiro no que tange a questão estudada, bem como também os diversos posicionamentos encontrados na jurisprudência pátria, construindo para fins próprios da pesquisa o panorama do posicionamento, em relação a questão abordada no presente trabalho, dos nossos tribunais superiores.

Por fim, o trabalho não busca contestar totalmente a inadmissibilidade da prova ilícita, bem porque entendemos essa proibição como um garantia ao cidadão contra a discricionariedade do Estado, fazendo-se preservar, principalmente, os direitos fundamentais a privacidade, inviolabilidade do lar, sigilo de correspondência e vedação a tortura. Porém, tenta demonstrar que é possível a relativização da inadmissibilidade da prova ilícita (analisado o caso concreto), quando esta está respaldada por princípios que transcendem a própria proibição legislativa, apontando determinadas situações onde se é mais justo ou benéfico à sociedade o aproveitamento da prova ilícita no processo penal, do que a sua não apreciação.

2. DA PROVA ILÍCITA

A prova ilícita é assegurada como uma garantia processual, sendo respaldada por princípios constitucionais (inviolabilidade do lar, sigilo de correspondências e vedação a tortura), está presente no artigo 157 do Código Processual Penal, o qual preceitua:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Tal proibição advém da constitucionalização do direito brasileiro, em resposta ao estado totalitário que fora o Brasil durante a ditadura militar, gerando uma forma de garantia aos cidadãos de que é inadmissível a produção de provas em violação a direitos constitucionalmente assegurados (como fora comum no período o qual os militares estavam no poder), tendo um papel limitante do poder do Estado, como o faz o próprio processo penal,

assim preceituando Aduato Suannes: “eticamente, portanto, o processo penal, é limitação do poder do Estado” (2000, pag. 121).

A seguir, veremos os aspectos concernentes a prova ilícita, analisando seu conceito e princípios, bem como a teoria que introduz a ideia de relativização da proibição da mesma, em casos onde haja princípios e bens jurídicos os quais sejam mais caro ao Estado proteger.

2.1 Conceito de prova ilícita

O código de processo penal em seu artigo 157 não faz a distinção, comumente usada pela doutrina, entre prova ilícita e ilegítima, apenas afirmando não serem admissíveis às provas ilícitas, que deverão ser desentranhadas do processo, sendo entendidas por tais aquelas obtidas por violação de normas constitucionais ou legais. Não distinguindo as violações meramente processuais, e as de caráter material.

Para maior elucidação, entretanto, grande maioria dos doutrinadores vê a prova ilícita como uma espécie oriunda do gênero das “provas inadmissíveis”(MIRABETE, 2008, p.253) ou das “provas proibidas”(CAPEZ,2011, p.346) onde haveria uma divisão funcional entre as provas ilícitas e as ilegítimas, já que aquelas trazem muito mais polêmica em relação a sua total inadmissibilidade do que estas, como expõe Nilton César Antunes da Costa (2003 apud GRINOVER, 1999, p.1122)

A prova colhida com infração a disposições de direito material rotula-se de ilícita. Em sentido restrito, seria a prova colhida com infrações a normas ou princípios colocados pela constituição ou pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação, o direito a intimidade.

Neste mesmo sentido Nilton César Antunes da Costa continua explicando o porque da menor discussão doutrinária em relação a problemática das provas ilegítimas (2003, p. 1122):

As provas ilegítimas, em razão das sanções a elas concernentes ressurtirem cominadas, implícita ou explicitamente, na própria lei processual, não demandam maiores explicações. Produzida uma vez prova ilegítima, terá ela a sanção que for peculiar à espécie.

Portanto, toda e qualquer prova obtida por meio que violar algum princípio constitucional (sendo os principais aqueles normalmente ligados a produção de provas no processo; intimidade, inviolabilidade do lar, sigilo de correspondência e comunicação) além daquelas obtidas mediante tortura ou através de algum outro crime, além das que violem as diretrizes das normas que as autorizem, são consideradas provas ilícitas (BATISTI, 2009).

Fica claro a preocupação tanto da legislação como dos doutrinadores com os meios de produção das provas, fazendo uma limitação para que se iniba o uso de meio vil ou torpe na produção de provas, impondo um limite ao princípio da ampla defesa, que não pode ser invocado a todo custo. Como forma de balanço entre as garantias constitucionais referente a pessoa humana e sua dignidade, e o direito inerente do próprio princípio do contraditório, o processo penal apenas admite provas obtidas de maneira lícitas e de cunho legítimo, a princípio não autorizando a produção de provas a todo custo, mesmo quando a não utilização dessas possam comprometer a verdade material, sendo admitido no processo aquela verdade alicerçada pelas regras do devido processo legal.

É válido salientar que o legislador, antecipando discussões futuros, alicerçado em problemas que já podiam ser visto no presente, regulamentou a autorização judicial para a violação de direitos constitucionais relativos ao sigilo de comunicação, quando necessário em atos de instrução e investigação criminal, para obtenção de provas. Com a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, fora regulamentada a autorização judicial para a interceptação de comunicação telefônica, do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, demonstrando uma relativização da proibição irrestrita da prova que viole direitos constitucionais, quando esta for previamente autorizada em juízo.

Sendo assim, toda aquela prova que obtida de forma a violar princípio constitucional, lei de direito material, que fira os valores máximos da ética e do próprio direito natural (caso de prova obtida por meio de tortura, prática lasciva abominada sob qualquer circunstância, não podendo ser considerada sob nenhum aspecto para obtenção de nenhuma vantagem), ou em discordância e violação a ordem judicial que previamente a determinou, autorizou ou proibiu, é considerada uma prova ilícita, a qual é o objeto do presente trabalho.

2.2 Princípios processuais relativos a prova ilícita

A seguir analisaremos os princípios que se relacionam com a questão da vedação do uso da prova ilícita no processo penal:

2.2.1 Contraditório e ampla defesa

Esse princípio assegura que toda a pessoa que for levada em juízo, e tiver que responder por um processo, tenha direito de se defender, sendo ilegítima a condenação onde o réu não apresente a defesa contra o que lhe está sendo imputado. “O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim possa ser condenado sem ser ouvido (*audiatur et altera pars*)” (CAPEZ, 2011, pag. 77).

Tal princípio se relaciona com a prova ilícita, ao ponto que possa alegá-lo no intuito de se justificar o uso da prova ilícita no processo penal, em casos onde esta é a única prova possível que possa prova a inocência do réu.

2.2.2 Verdade real

Esse princípio é exclusivo do processo penal, e preceitua que o juiz tem como dever investigar os fatos de tal forma a não se conformar com a verdade formal contida nos autos, mas sempre buscar apreciar os fatos para que tenha uma noção do evento mais próxima da realidade material (CAPEZ, 2011).

Apesar de uma das ressalvas desse princípio ser justamente o uso de provas ilícitas, a crítica se torna passível ao ponto que se levanta o questionamento do que seria mais justo, um processo onde a verdade real não fora apreciada por ter sido exposta através de uma prova ilícita, criando-se uma verdade processual distinta daquela que realmente ocorreu; ou um processo em que a verdade real prevaleceria através da apreciação de uma prova ilícita?

2.2.3 “Favor rei”

Tal princípio é de suma importância para uma das hipóteses de admissibilidade da prova ilícita no processo penal, o uso da prova ilícita em favor do réu. Como será estudado adiante, não havendo possibilidade alguma de produção de prova que inocente o réu, e existindo uma prova ilícita que comprove tal fato, essa poderá ser usada, relativizando a proibição do uso de provas ilícitas, em favor do princípio do *in dubio pro reo* (*favor rei*), já que não constituiria apenas uma dúvida, mas uma certeza da inocência deste, apenas não processualmente válida.

Em relação a esse princípio Fernando Capez preceitua: “A dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas (...)” (2011, pag. 82).

2.2.4 Persuasão racional do juiz

As provas produzidas pelas partes tem o intuito de apresentar ao juiz as verdades de cada lado da relação processual. Em relação ao processo penal, a parte acusadora pretende demonstrar ao juiz que o réu é definitivamente culpado pelo crime cometido; enquanto a defesa tentar demonstrar ao julgador que o réu não cometera o ilícito, havendo de ser absolvido das acusações. Por sua vez, o juiz tem o poder de decisão, e tem resguardado o direito de apreciar livremente as provas que lhe foram apresentadas, sendo persuadido de forma racional por aquela parte (podendo se fundamentar nas provas, ou apenas em sua consciência) que lhe foi mais convincente, e pelo seu julgamento demonstrou ser a sua versão a mais próxima do ocorrido de fato.

Neste sentido Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, pag. 73) asseveram:

Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da *prova legal* e o do julgamento *secundum conscientiam*. O primeiro (*prova legal*) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no polo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem prova e até mesmo contra a prova.

O princípio se relaciona com as provas ilícitas, a partir do momento em que o juiz ao tomar consciência delas, mesmo sabendo que ilícitas mas tendo na consciência que essas representam o que realmente aconteceu no fato, poderia acabar inconscientemente determinando a sua decisão por conta do que revelou a prova ilícita.

2.2.5 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Princípio fundamental para o caso em estudo, determina que qualquer prova obtida em violação a direito ou princípio constitucional lei ordinária, através do cometimento de um crime ou de prática que atente a moral e os bons costumes, ou ainda violando decisão judicial que a determine, será considerada inadmissível para o processo.

Como será estudado, há a possibilidade da relativização deste princípio, para que se possa, em alguns situações especiais, se aproveitar das provas ilícitas como meios viáveis de elucidação para a melhor e mais justa decisão do processo.

3. HIPÓTESES DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Apesar da prova ilícita ser legalmente proibida pelo Código de Processo Penal, a doutrina vislumbra hipóteses nas quais tais provas podem ser consideradas durante a fase processual.

Duas dessas hipóteses se baseiam na teoria da proporcionalidade e razoabilidade como fundamento. Sendo essas a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu e a em favor da sociedade, essas duas hipóteses sugerem a relativização de direitos, e o sopesamento de bens jurídicos para se encontrar a melhor solução do processo penal, seja em favor do daquele que esteja sendo acusado injustamente, seja em favor de um bem maior para a coletividade.

A terceira e última hipótese advém das teorias relativas a prova derivada da ilícita, vislumbrando duas possibilidades, em que seria possível a admissão de provas derivadas das ilícitas no processo (quando não é evidente o nexo causal entre a prova ilícita e a derivada; e quando a derivada poder ser obtida por uma fonte independente da primeira).

Nos pontos a seguir analisaremos a fundo essas três hipóteses.

3.1 A prova ilícita em favor do réu

A possibilidade da admissibilidade da prova ilícita em favor do réu é a única hipótese, dentre as dentre as teses que aceitam o uso da prova ilícita no processo, que é defendida pela grande maioria da doutrina.

Tal tese afirma que não havendo possibilidade de produção de mais nenhuma outra prova que inocente o réu, apenas existindo uma prova ilícita que comprova a inocência do mesmo, esta deverá ser usada, já que seria um absurdo condenar um inocente por um crime que de fato não cometera, com a justificativa que deverá se seguir cegamente o devido processo legal, gerando uma verdade processual totalmente contrastante a verdade real.

Neste tipo de caso, o que forçará o uso da prova ilícita será a ponderação de direitos através do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, já que em muitos casos se confortarão direitos assegurados constitucionalmente, tais como o direito a liberdade, contra o direito ao sigilo de comunicação ao a inviolabilidade do lar. Faz-se necessária uma análise criteriosa para que se possam sopesar os valores conflitantes, para no final perceber-se que o grande objeto de um processo jurídico, mesmo ideologicamente, será sempre a justiça, não podendo haver outra possibilidade nas condições aqui apresentadas, em que não se fosse utilizada uma prova ilícita para salvar alguém de uma condenação injusta.

Condenar alguém injustamente denega no mais profundo grau todo e qualquer valor basilar de um estado democrático de direito, sendo sim, um dever da justiça, condenar aquele que transgredir as normas por ele imposta, mas muito maior deverá ser seu comprometimento com o inocente, pois antes dez culpados livres do que um inocente sem liberdade. Tal máxima segue um preceito fundamental do Estado constitucional que nós vivemos: a proteção à dignidade da pessoa humana.

Em relação a admissibilidade da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade, Fernando Capez assevera da seguinte forma (2011, pag. 351-353)

Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. (...) No dilema entre não admitir a prova ilícita e privar alguém da sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmoniza no sentido de excepcionar a vedação da prova para permitir a absolvição. (...) 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 escudo destinado a perpetuar condenações.

Como pode ser aferido, a teoria da proporcionalidade é largamente defendida pelo ilustre autor, sendo esta usada em favor do réu que não tem nenhuma outra prova para provar sua inocência a não ser uma ilícita, o que nos leva ao importante princípio para a análise dessa questão que é o do *favor rei*, ou seja, aquele que preceitua que se não há certeza da culpa do réu que seja ele declarado inocente. No caso da apresentação de uma prova ilícita que inocente o réu, e que esta seja evidente, não se pode admitir nada além de sua absolvição, pois a partir desta certeza de inocência (mesmo fundamentada em uma prova ilicitamente produzida) não se poderá condenar um inocente, pois não haverá dúvidas de sua índole o *in dubio pro reo*, chega a perder seu valor, pois a verdade quando é clara, não se pode mascarar.

Neste sentido, Leonir Batisti discorre (2009, pag.187)

A razoabilidade e a proporcionalidade é que levam, por exemplo, a acatar prova aparentemente ilícita, que conduza ao reconhecimento de inocência. Pensar o contrário seria negar o direito mais absoluto, qual seja: o de não sofrer condenação injusta, o que nos parece corolário da dignidade da pessoa humana.

A relativização das normas jurídicas em caso de conflitos de interesse ao nível constitucional é largamente defendida pela doutrina, como supracitado. A dignidade da pessoa humana, eleva-se como direito fundamental primeiro em relação a apreciação de uma prova ilícita em favor do réu, tal confronto de normas e princípios é mencionado por Antônio Magalhães Gomes Filho(2010, pag.228)

(...) no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que devia este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar impunidade do verdadeiro culpado (...)

A questão da política criminal também é importante na questão da prova ilícita pró réu, já que como citado anteriormente, prender alguém inocente não gera apenas um problema ao indivíduo, que teve sua liberdade cerceada injustamente, mas faz com que o verdadeiro culpado fique livre, e possa cometer outros delitos, gerando um duplo problema para o Estado, a grave violação a um direito fundamental, e a não punição daquele que cometera realmente o crime, que faz com que a resolução deste não seja feita, apenas abrandada com uma injusta condenação, o que, neste sentido, não gera vantagem para ninguém.

É neste escopo, por fim, que a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, se apresenta como uma teoria mais do que necessária, quando esta se torna imprescindível para a absolvição do acusado, para que se mantenha o respeito aos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem grande importância nesse aspecto, pois é através dele que os valores são confrontados para que se possa avaliar quais devem ser considerados. Neste caso não há muitos contrastes na doutrina, em se tratando de um inocente sendo acusado injustamente de um crime que não cometeu, a vedação do uso de provas ilícitas no processo deve ser desconsiderada, em detrimento de valores constitucionais muito maiores e mais caros para sociedade, como o direito a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

3.2 A prova ilícita em favor da sociedade

A teoria da prova ilícita em favor da sociedade gera muita discussão entre a doutrina, ela se baseia no princípio o qual, em casos onde haja grande ameaça para bens jurídicos relativos a toda sociedade, o Estado poderá admitir o uso de provas ilícitas no processo, se essas se dotarem da única maneira de prova os culpados do ilícito em juízo.

Tal teoria se baseia no princípio da necessidade, em sentido amplo, já que se usaria de um meio vedado legalmente para sanar um problema que ameaça um bem jurídico coletivo de um dano, segundo a teoria da proporcionalidade e razoabilidade, que afetaria toda a coletividade, sem antes com isso ter que cercear certos interesses constitucionais individuais através da relativização de direitos fundamentais.

O que se tentar demonstrar com essa teoria, é que em casos onde toda a coletividade sofre uma ameaça, realizando uma análise entre os direitos ameaçados em sentido coletivo (crimes que praticados desestabilizam e afetam toda a sociedade, como o tráfico de armas) e individual (o sigilo de comunicação ou a inviolabilidade do lar), pode-se fazer uma comparação desses direitos, e qual violação a esse geraria mais mal, para mais pessoas. Fica

fácil compreender que se torna incomparável o direito de um (que verdadeiramente é culpado por atos ilícitos) com o direito de todos, justificando, a princípio, o uso de provas ilícitas no processo penal em casos de grave ameaça a sociedade, através da alegação de estado de necessidade em pró ao bem estar social.

É digno de nota, que a teoria da admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade se baseia apenas nas situações onde se é impossível a produção de qualquer outra prova lícitamente colhida, o que inviabilizaria a condução do processo. Tornando imprescindível, caso haja o objetivo de sanar a atividade ilícita, o uso da prova ilegal, como último recurso para solução do problema.

Em relação ao princípio da proporcionalidade e a relativização dos direitos assegurados constitucionalmente para a aplicação da prova ilícita no processo penal, assevera Nilton César Antunes da Costa (2003, Pag.1136)

A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade somente pode ocorrer nas hipóteses em que a atividade probatória antijurídica justificasse para a garantia de outro direito fundamental individual ou **social** [grifo nosso] em aparente conflito e, ainda, que haja lacuna no sistema judiciário vigente ou impossibilidade plausível que assegurem a atividade regular do sujeito na obtenção da prova.

Tal autor admite a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade caso haja ameaça a um direito fundamental social, como o da segurança, o que possibilitaria a interpretação no sentido da admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade.

Exemplificando uma situação onde o direito da coletividade se confronta com o direito de uma parcela criminosa desta, Fernando Capez explicita (2011, pag.352)

(...) Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda sua trama ilícita. **O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu direito a intimidade?** [grifo nosso]

O renomado autor traz valoroso questionamento, pondo em conflito os interesses coletivos da população, contra os interesses individuais de criminosos. Neste sentido, sem uma análise crítica, não é difícil optar pela opção de suprimir o direito de supostos criminosos, em favor de toda a sociedade. Entretanto, tal opção gera o questionamento sobre

até onde iria o poder do Estado, pois abrir espaço para o uso de provas ilícitas com o intuito de proteger a sociedade criaria um escudo para o Estado em favor de um poder discricionário de investigação sem limites?

Esse é um questionamento inevitável em se tratando dessa questão, entretanto, há de se confiar no poder discricionário do juiz, para averiguar no processo, se a obtenção de provas no caso concreto fora feita de forma tão o mais gravosa do que os próprios crimes em investigação.

Tudo se baseia na valoração de princípios e direitos constitucionais conflitantes, não se deve admitir violações a princípios em nome de uma investigação, tão grandes quanto os próprios crimes em que elas se fundamentam para acontecerem (como o caso da tortura, prática abominável que transcende qualquer constituição, sendo sua vedação oriunda do próprio direito natural).

Contudo, quando os direitos a serem violados por uma investigação em favor da sociedade, sejam disponíveis, ao ponto de se poder em uma situação de grave ameaça a segurança coletiva, relativizados (como o sigilo de comunicação em face do direito a vida de milhares de pessoas), o juiz poderá, através da livre apreciação das prova e do princípio da proporcionalidade, avaliar se a supressão do direito individual seria mais benéfica do que sua preservação, em sentido de garantir o maior benefício para a maior quantidade de pessoas. Neste sentido, Fernando Capez, expõe a delicadeza com que deve ser tratada a teoria da admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade, pelo juiz (2011, pag. 354)

Mais delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente promovida pelo ministério público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos.

Como supracitado, o autor vislumbra a dificuldade e delicadeza de se admitir o uso da prova ilícita *pro societate*, porém, não exclui essa possibilidade, deixando a cargo dos juízes a

análise do caso concreto para a averiguação dos malefícios e benefícios do uso dessas, para o melhor desfecho do processo.

Portanto, a adoção da prova ilícita em favor da sociedade se reveste de questionamentos, principalmente sobre os limites da discricionariedade do Estado em confronto com a proteção dos direitos individuais do cidadão. Entretanto, não se deve excluir tal hipótese, ao ponto que em situações extremas, quando há uma grave ameaça a toda coletividade, gerando um estado de necessidade, e não há como produzir provas de maneira convencional no processo, que consigam sanar o problema, é importante se considerar o uso da prova ilícita *pro societate*, nas situações onde apenas ela pode resolver um caso em que ameace toda uma população, e a violação deste princípio seja menor do que os danos causados aos bens jurídicos coletivos, caso não seja usada a prova ilícita no processo. Sendo assim, essencial, a relativização dos valores, e o uso do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para se conseguir a aproximação da verdade formal o mais próxima da verdade real, e com isso o desfecho do processo mais próximo do justo.

3.3 A prova derivada

O direito brasileiro acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada (primeiramente levantada pela suprema corte americana, *fruits of the poisonous tree theory*) em relação ao uso das provas derivadas das ilícitas nos processo penal. Tal teoria alega que sendo a prova principal ilícita, irá contaminar qualquer outra que venha ser derivada desta, não podendo também ser acolhida no processo penal.

A reforma feita no artigo 157 do código de processo penal brasileiro pela lei 11.690/2008, sugeriu que o próprio legislador concordou e aceitou a teoria oriunda da suprema corte americana, pois o artigo modificado traz o seguinte texto:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 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.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. [grifo nosso]

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

O texto da referida lei traz em seu parágrafo primeiro o acolhimento da teoria dos frutos envenenados, já que repudia o uso das provas derivadas das ilícitas. Porém, ainda no mesmo parágrafo, a legislação legitima duas hipóteses onde uma prova derivada ou relativamente independente (BATISTI, 2009) possa ser aproveitada no processo; quando não evidenciado o nexo de causalidade entre a principal e a secundária, ou quando a prova derivada possa ser obtida por uma forma independente da prova primária.

Em relação a essas duas hipóteses Leonir Batisti exemplifica (2009, pag. 192-193)

Não haverá, contudo invalidade, se não houver nexo de causalidade, como no caso em que em diligência policiais ingressam em residência sem autorização para tentar apreender objetos que seriam produtos de crime e receptados pelo proprietário da casa e quando lá estão, chegam a casa cúmplices do dono da residência, trazendo dinheiro objeto de um assalto a banco cometido imediatamente antes. As provassem questão (apreensão das pessoas e dinheiro, confissões, provas testemunhais dos policiais e vizinhos), que demonstrem a autoria do assalto e a cumplicidade do dono da casa, são capazes legalmente de incriminar a todos. Nesse ultimo caso, não há nexo casual entre a entrada ilegal na casa e a identificação dos assaltantes e a participação no assalto ao banco do dono da casa e dos demais.

Continua o referido autor exemplificando a segunda hipótese de admissibilidade da prova derivada da ilícita contida no texto do Código de Processo Penal:

Quando a prova derivada da ilícita for obtida por uma fonte independente, da seguinte maneira exemplificada. Suponha-se o mesmo caso referido acima, em que policiais ingressam em residência sem autorização e lá encontram um caderno com nomes de servidores públicos que receberam suborno. Já se

viu que o caderno não presta para fazer prova. Porém, se em vista de uma testemunha informar que um dos servidores cujo nome constara no caderno recebeu veículo de presente e se for determinado quebra de sigilo fiscal de tal funcionário, estas últimas provas servirão para o processo porque foram obtidas por uma fonte independente daquela ilícita.

A quebra do sigilo fiscal, neste caso derivado da prova ilícita, porque o nome do servidor estava no caderno apreendido com agressão as normas constitucionais, é prova válida, porque foi obtida por uma fonte independente das ilícitas (testemunha e quebra de sigilo fiscal), mediante trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação, capaz de conduzir ao fato (corrupção que leva ao enriquecimento ilícito) objeto da prova.

Após exemplos do autor supracitado, o entendimento das hipóteses em que provas aparentemente derivadas das ilícitas podem ser aceitas no processo. Na primeira hipótese apresentada pelo autor, vê-se que a aceitabilidade da prova derivada advém justamente do fato do nexo de causalidade ser dotado de pouca concretude entre a prova principal (ilícita) e a secundária (supostamente derivada). Por ser nebuloso esse nexo, muitas vezes presente apenas pelo fato das provas serem produzidas no mesmo momento, e não uma através da outra, é que esta acaba sendo aceita no processo.

Na segunda hipótese, a prova tem o caráter ilícito, porém essa mesma prova poderia ter sido encontrada se fosse seguidos os trâmites normais da investigação, o que a dotaria de um caráter de inevitabilidade para o processo, ou seja, ela acaba por ser aceita mesmo derivada de uma prova ilícita, porque inevitavelmente seria inserida no processo por ser produzida de maneira lícita. Em relação a essas possibilidades de admissão comenta Antonio Magalhães Gomes Filho (2010, pag.225-226)

O fundamento dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada tem concretamente duas origens: uma ilícita e outra lícita, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a prova ilícita.

No mesmo tom o referido autor faz uma crítica a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal, no que se refere a segunda hipótese de admissibilidade de uma prova derivada da ilícita (no caso em que a prova derivada possa ser obtida por uma fonte independente da primeira), devido ao caráter subjetivo da descrição, podendo incorrer, devido a má redação do termo, numa má utilização da hipótese, já que se poderia alegar que qualquer prova ilícita poderia de uma forma ou de outra ser produzida de uma maneira distinta da derivação da prova ilícita, (GOMES FILHO, 2010, pag. 225)

Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (...) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo que suprimida sua fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia de inadmissibilidade da prova ilícita.

Por fim, se faz necessária tal crítica, para que não incorra na banalização da admissão de provas derivadas das ilícitas pelo mero argumento de que provavelmente elas seriam produzidas durante os trâmites legais da investigação. Porém, tais hipóteses, reafirmadas não só pela doutrina, mas pela própria legislação, são preceitos em que se confirmam as hipóteses (mesmo que dotas de qualidades específicas) de aceitabilidade de provas derivadas das ilícitas no processo penal, confirmando exceções para a teoria dos frutos da árvore envenenada.

4 CONCLUSÃO

Através da pesquisa realizada conclui-se que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita é de suma importância para o estado democrático de direito, pois tem como objetivo a limitação do poder do Estado em relação ao cidadão. Fazendo com que este esteja protegido de acusações as quais as provas foram produzidas de maneira a invadir e violar seus direitos.

Como um país de uma democracia jovem (com nossa constituição de apenas 25 anos), as cicatrizes da ditadura ainda não sumiram por completo, enquanto tivermos memória nunca desaparecerão, e a vedação de interceptações telefônicas, violação de correspondências, invasão de domicílio sem autorização judicial são reflexo e resposta a um passado, onde o

Estado era totalitário e os direitos humanos por muitas vezes foram renegados por pura discricionariedade.

Salienta-se o repúdio maior a qualquer prova produzida por meio de tortura, prática anacrônica, desumana, que fere qualquer princípio moral, constitucional e humano, sendo sua proibição alçada ao nível de um direito natural, devendo todo ser humano ser protegido de tal prática absurda.

No que tange as hipóteses de admissibilidade abordadas por este estudo, cremos serem exceções cabíveis se analisadas no caso concreto, confiando no discernimento dos nossos doutos julgadores para sopesar os princípios e bens jurídicos envolvidos, sempre buscando a decisão em que o objetivo seja a justiça, e que sua decisão se aproxime ao máximo do que seria justa em relação à verdade real.

A hipótese do uso da prova ilícita em favor do réu, se demonstrou bastante pacífica dentre os doutrinadores, que aferiram ser a condenação de um inocente por uma proibição processual, incoerente com os próprios valores concernentes ao processo penal.

No que se trata da prova ilícita em favor da sociedade, através das pesquisas fora percebido o quanto é polêmica tal hipótese. Entretanto, em tempos de crime organizado, globalização das atividades ilícitas e do próprio terrorismo internacional, esta se torna uma hipótese que merece ser vista pelo direito com mais cuidado, ao que se refere a esses crimes que os bens jurídicos da sociedade como um todo estão em risco.

Em relação as provas derivadas das ilícitas, essas também são vedadas pelo Código de Processo Penal, com base na teoria dos frutos da árvore envenenado. Porém, como exposto neste estudo, a própria legislação prevê duas hipóteses onde este tipo de prova pode ser usada, cabendo ao juiz reconhecê-las e aplicá-las quando estas estiverem em consonância com o que esta exposto na lei.

Por fim, como visto na pesquisa, as três hipóteses apresentadas no estudo tem respaldo doutrinário, baseados em princípios constitucionais e teorias consagradas não só no direito pátrio como no internacional. Na devendo ser tratada a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal como algo em definitivo, havendo que levar em consideração as nuances deste assunto, inclusive as hipóteses, objeto desse estudo.

REFERÊNCIAS

BATISTI, Leonir. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009. 335 p. (Volume 2).

BRITO, Gustavo. **A utilização de provas ilícitas pro reo e pro societate**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BD44D32B2-0CD1-4FBB-918A-EEEEB4B713C9%7D_Provas%20il%C3%ADcitas%20pro%20reo%20e%20pro%20societate_gustavo_brito.pdf>. Acesso em: 28 maio 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 877 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 384 p.

COSTA, Nilton César Antunes da. Proibição da prova ilícita no processo. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Asisi. **Doutrinas Essenciais: Processo Penal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. p. 1109-1138. (Volume III). Processo em Geral III - prova.

DOLZANY, Matheus Mia. **Sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo penal**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sobre-a-admissibilidade-das-provas-ilicitas-no-processo-penal,37258.html>>. Acesso em: 28 maio 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Asisi. **Doutrinas Essenciais: Processo Penal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. p. 213-229. (Volume III). Processo em Geral III - prova.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: Direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule). In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Asisi. **Doutrinas Essenciais: Processo Penal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. p. 909-925. (Volume III). Processo em Geral III - prova.

LACHI, Rômulo. **Exceções a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo07.pdf>. Acesso em: 28 maio 2013.

MULLER, Desirée Brandão. **Prova ilícita:** a possibilidade de sua aplicação no processo penal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2673/Prova-ilicita-A-possibilidade-da-sua-aplicacao-no-Processo-Penal>>. Acesso em: 28 maio 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 818 p.

SILVA, Barbara Grayce Carvalho da. **Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal.shtml>>. Acesso em: 28 maio 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 926 p.

SUANNES, Aduino. Provas eticamente inadmissíveis no processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Asisi. **Doutrinas Essenciais: Processo Penal**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. p. 109-140. (Volume III). Processo em Geral III - prova.

ADMISSIBILITY OF ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT

Presented as a procedural guarantee granted to the citizen against the State's discretion, the inadmissibility of the use of illegal evidence in criminal procedure is affirmed subsidized by principles and constitutional guarantees. However, through the relativization of rights promoted by the principle of proportionality, with arguments of criminal policy and legislative reinterpretation, we envision the use of evidence unlawfully produced in certain situations, proving that in certain cases, the use of illegal evidence is best way to achieve the ideal of justice.

Keywords: Relativization of rights. Proportionality. Real truth. Derived evidence.