

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Lílian Marina Dornellas FARIA¹

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o que são provas obtidas por meios ilícitos, se é possível sua utilização no processo penal tanto em benefício do réu, como em desfavor deste, quando se aplica o princípio ou teoria da proporcionalidade, qual o posicionamento dos doutrinadores e o que a jurisprudência traz a respeito desse assunto.

Palavras-chave: Prova. Princípio. Proporcionalidade. Verdade. Justiça.

1 INTRODUÇÃO

Provas ilícitas no processo penal brasileiro é, ainda, um tema muito polêmico, por envolver conflito a direito e garantia constitucional, uma vez que, está expresso no artigo 5º, inciso LVI, da nossa Constituição Federal, que não serão admissíveis no processo penal as provas obtidas por meios ilícitos.

Este conceito é reforçado pelo Código de Processo Penal, no artigo 157, onde consta que, havendo provas ilícitas no processo, estas deverão ser desentranhadas, pois são inadmissíveis.

Ocorre que, neste último, em seus parágrafos 1º e 2º, foi acrescentado pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008, que as referidas provas poderão ser utilizadas no processo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Daí, então, o surgimento da Teoria da Fonte Independente, onde tratarei de explicá-la mais adiante.

Está, também, presente neste contexto, o Princípio da Proporcionalidade ou também chamado de Princípio da Razoabilidade, sendo que,

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. tatoorana3@hotmail.com

este, é o causador de toda uma discussão, quanto a sua utilização ou não no processo penal em relação às provas ilícitas.

Trata-se de ponderar o valor de direitos e garantias em relação a outros, conforme cada caso concreto, isto é, a relativização de direitos e garantias para melhor solucionar um determinado caso.

Assim, neste artigo cabe mostrar e discutir a validade ou não de provas obtidas por meios ilícitos entranhadas no processo penal brasileiro.

2 Das Provas

Prova é todo o instrumento capaz de traduzir a verdade real sobre um fato determinado.

É através das provas que as partes demonstrarão no processo a veracidade dos fatos alegados, bem como, o direito pleiteado, para convencer o juiz de satisfazer sua pretensão.

Fernando Capez (Curso de processo penal, p. 223) definiu prova como sendo:

“Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Ou seja, as provas visam a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.”

Assim, a parte que se propõe a provar, terá que fazê-la utilizando os meios adequados para tanto, que variam conforme o objeto da prova.

Certo é que, a verdade absoluta nunca é alcançada, portando, fica a cargo das partes demonstrar a sua verdade sobre os fatos, persuadindo o espírito do julgador a fim de convencê-lo do alegado.

O Processo penal visa alcançar a verdade real, pois nele está em jogo um dos bens mais preciosos da pessoa humana, o direito a liberdade. Há, portanto, uma maior flexibilidade na produção e maior rigor na apreciação das provas no curso do processo.

Mesmo existindo essa flexibilidade, a Constituição Federal deixa claro no art. 5º, inc. LVI que serão inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Os Professores Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Grinover (As nulidades no processo penal, p. 109), de forma extremamente clara, assim definiram prova ilícita:

“Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.”

Embora o objetivo do processo penal seja à busca da verdade real, certos limites deverão ser obedecidos no momento da produção das provas. Contudo, é possível, respeitados certos parâmetros, o sacrifício de um direito legítimo em prol de outro da mesma ou superior magnitude.

2.1 Dos meios de prova

Vários são os meios de prova que se podem utilizar no processo. Desde que sejam legítimos e legais, pode-se e deve-se utilizar das provas para a demonstração da verdade real sobre os fatos.

Diz, sobre o assunto, Mirabete (Código de processo penal interpretado, p. 218):

“Pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual pena, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.”

Sendo assim, se a prova violar norma de direito processual será tida como processualmente ilegítima. Ainda, se violar princípio ou norma de direito material, a prova será tida como ilícita.

Uma prova inadmissível fica impedida de ser juntada aos autos, sendo o juiz responsável pela fiscalização. Uma vez encontrada, o seu entranhamento não é permitido nos autos.

A violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato.

2.2 Princípio da Proporcionalidade

Havendo conflitos de direitos e garantias, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes, deverão ser sopesados a fim de se verificar qual se sobrepõe ao outro, num determinado caso concreto.

Pela Teoria ou Princípio da Proporcionalidade, há a necessidade de harmonia entre as normas constitucionais. Sendo assim, esse princípio é invocado para solucionar tais conflitos.

Portanto, será possível o sacrifício de direitos e garantias constitucionais em prol de outro direito ou garantia constitucional que seja preponderante aos primeiros.

Todo direito e garantia, por mais importantes que sejam, sempre encontram limites a outros de valor igual ou superior, dada a relatividade dos mesmos.

2.3 Da Prova Obtida por Meio Ilícito em Benefício do Réu

Será possível a utilização de uma prova obtida ilicitamente, se o acusado conseguir demonstrar com esta, sua inocência, pois, certo é, que o direito de liberdade se sobrepõe à inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Ainda, não seria justo que alguém fosse condenado a uma infração penal, quando se poderia demonstrar sua inocência, mesmo que esta seja comprovada através de uma prova obtida por meios ilícitos.

Trata-se, portanto, da aplicação da teoria da proporcionalidade em benefício do réu.

O eminente professor Camargo Aranha (1994, p. 50), ensina que:

“Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a elas cabem tutelas. A defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado, e continua exemplificando: A única prova obtida contra um sanguinário seqüestrador foi a gravação de uma conversa telefônica interceptada: absolve-se preservando um princípio constitucional ou condena-se, preservando-se a sociedade?”

Assim sendo, para obter a finalidade do processo penal que é a obtenção da verdade real e a concretização da justiça, torna-se de rigor a aplicação do Princípio da Proporcionalidade quanto às provas ilícitas ao réu-beneficiador.

2.4 Prova Ilícita Obtida em Desfavor do Acusado

É vedado na Constituição Federal que se utilize de prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado. De outro lado, o princípio da proporcionalidade admite-se a utilização desta prova ilícita em desfavor do réu quando for o caso de um crime gravíssimo.

No mesmo sentido foi à decisão do Superior Tribunal de Justiça, acatando a teoria da proporcionalidade, reforçando que a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal não tem caráter absoluto:

“Constitucional e Processo Penal. *Habeas Corpus*. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional, base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da

“Razoabilidade”. O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ também lá pede temperamentos. Ordem denegada”.

(Acórdão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU de 26.02.96, p. 4.084, rel. Adhemar Maciel, autos do HC nº 3982/RJ, v.u.)

Ao juiz compete examinar o cabimento da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. As provas ilícitas poderão ser excluídas pelo juiz discricionariamente.

Salienta César Dario Mariano da Silva (Provas ilícitas, p. 27):

“É claro que aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso a sua conduta seja criminosa. Uma coisa é a utilização dessa prova judicialmente, outra é a apuração da prática delitiva devido à sua obtenção. Por outro lado, hoje é entendimento majoritário na jurisprudência e doutrina que a prova obtida por meio ilícito não pode ser admitida no processo, exceto se for empregada em benefício do réu.”

Sendo assim, chega-se a conclusão que a maioria da doutrina admite-se a utilização no processo penal das provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.

Contudo, aquele que constituiu ou se utilizou de uma prova ilícita no processo penal, deve receber os efeitos de sua conduta criminosa, ou seja, responder penalmente pelo ato o qual ocasionou a obtenção da referida prova.

2.5 Provas Ilícitas por Derivação

Provas ilícitas por derivação são aquelas provas materiais e processualmente válidas, mas advindas de uma prova obtida ilicitamente.

Segundo a Teoria dos frutos da árvore envenenada ou “Fruits of the poisonous tree”, criada pela Suprema Corte Americana, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Desse modo, a prova ilícita por derivação fica maculada pela prova ilícita da qual ela se derivou.

Por outro lado, a Teoria da fonte independente acredita que a prova ilícita por derivação, seria descoberta de qualquer forma, mesmo sem a ilicitude.

Conclui-se, portanto, que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se esta derivar de fonte própria, não ficará contaminada e poderá ser produzida em juízo.

Vejamos o que diz Luiz Flávio Gomes (1997, p. 146/147) em respeito ao tema:

“Quando no processo só existem provas ilícitas originárias ou derivadas, é o caso de se decretar a nulidade do feito. Quando temos provas lícitas, ao lado de outras ilícitas, o juiz não pode considerar estas últimas. Porque provas ilícitas são inadmissíveis. Quando no processo existem provas outras independentes das provas ilícitas, suficientes para fundamentar decreto condenatório, torna-se possível à condenação. Essa é a chamada teoria da ‘fonte independente da prova’. É preciso, no entanto, muito cuidado nesse tema, porque muitas vezes pode-se burlar facilmente a proibição da prova derivada, salientando tratar-se de fonte independente. Para que a teoria da fonte independente tenha correta aplicação, impõem-se a demonstração fática inequívoca de que a prova valorada pelo juiz efetivamente nasceu de fonte autônoma, isto é, não está na mesma linha de desdobramento das informações colhidas como prova ilícita. Se não se demonstrar, com clareza meridiana, a autonomia ou independência da fonte, vale a doutrina da prova derivada inadmissível. Havendo dúvida, tudo se resolve em favor do réu.”

Cabe, portanto, ao juiz, tomar as cautelas necessárias para que no processo penal, as provas ilícitas não sejam maculadas e utilizadas como provas independentes.

3 CONCLUSÃO

Pelo presente exposto, conclui-se que, no Processo Penal Brasileiro, busca-se encontrar a verdade real sobre os fatos ocorridos, uma vez que, para tanto, as partes podem levar em juízo os mais variados tipos de demonstração de que suas alegações são verdadeiras.

Desta forma, utiliza-se um complexo de direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais para que, tanto o réu, quanto o autor da ação penal, convença o magistrado de os fatos ocorrerem conforme lhe é alegado.

Para tanto, torna-se, em alguns casos, inevitável a utilização de provas obtidas por meios ilícitos para que a parte, no curso do processo penal, possa reconstruir os fatos, rechaçar a tese da parte contrária e clarear a mente do juiz para que este possa estar totalmente convencido de que naquele caso houve justiça.

Sendo assim, a utilização de provas ilícitas é possível para que o acusado seja beneficiado, provando sua inocência, bem como, para que, em crimes graves, haja a comprovação da autoria do crime, de modo que o juiz possa, então, dar sua decisão motivada e bem fundamentada, condenando o réu pela prática criminosa e satisfazendo a pretensão punitiva do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRITO, Paulo Roberto de. **A (In) Admissibilidade de Provas Ilícitas Frente ao princípio da Proporcionalidade**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2003.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. . **Da prova no processo penal**. 3º ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERRO, Márcia Cristina Manganaro. **Provas Ilícitas e sua Aplicabilidade com relação ao Princípio da Proporcionalidade**. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Interceptação Telefônica: Lei 9296, de 24.07.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**. 5 ed. Forense, 2007.

OLIVEIRA, Talita Gouvêa de. **Provas Ilícitas no Processo Penal Brasileiro**.
Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", 2008.