

DA PROVA ILÍCITA NAS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL

Barbara de Freitas e SILVA¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: O presente trabalho pretende apresentar o surgimento das chamadas provas ilícitas no Brasil, assim como nos outros países em um estudo do direito comparado, delimitando as no viés do processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Penal; Processo Penal; Provas; Constitucionalidade, Princípios Processuais; Provas Ilícitas; Provas ilícitas por derivação;

1. TERMINOLOGIA E CONCEITO

Para estudarmos provas começemos primeiramente sobre a origem, significado da palavra.

Parafraseando o jurista Jonatas Milhomens, que ao abordar a temática discorre;

“Provar, Provar (de probó, as avi, atum, provare) emprega-se em vários sentidos, como ensinam os léxicos. Saraiva 1- Ensaíar, examinar, verificar, reconhecer por experiência; 2- Julgar, formar juízo de; 3- Aceitar, aprovar, louvar, aplaudir, estimar, apreciar, prezar; 4- Fazer com que gostem de, com que aceitem, com que aprovelem; - se Dar- se a estimar, contentar, agradar; 5- Provar, demonstrar (F.R dos Santos Saraiva, Novíssimo dicionário Latino – Português, 8 edição.). Cândido de Figueiredo, Provar, v.t. Dar a prova ou fazer a demonstração de; provar o que se alega. Testemunhar, patentear; o ferimento prova a agressão. Justificar. Saber por experiência. Experimentar. Tentar. Submeter a prova. Fazer conhecer. Fazer ensaio de. Comer ou beber pequena quantidade de, para lhe verificar a qualidade ou o estado; provar o vinho. Comer ou beber em pequena

¹ Discente do 7º termo de Direito noturno das faculdades “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Mestrando em Ciências jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialista e graduado pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo onde é Professor, nas cadeiras de Direito Processual Penal e Direito Administrativo. Advogado com experiência na área de Direito Penal, Administrativo e Direito Processual Penal. Orientador do trabalho.

³ Da Prova no Processo Penal – Adenilton Luiz Teixeira, editora Forense.

quantidade. Experimentar sofrendo. Padecer; provar as agruras do exílio (Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 4 ed., II). Antenor Nascentes ; Provar, v.t. Demonstrar a verdade, a realidade, a autenticidade, etc. Conseguir provar a minha tese. Mostrar, patentear, dar testemunho, tornar evidente, justificar, corroborar. Ver se é bom ou mau. Submeter a Prova. Fazer conhecer. Comer ou beber para saber o gosto ; prove deste vinho. Conhecer por experiência própria. Vestir antes de pronto para ver se assenta bem no corpo (peça de vestuário). Do latin probare (Dicionário da Língua Portuguesa, 3 Tomo). “

Concluído os vários significados da palavra Prova, cabe analisá-la no viés do Direito Processual Penal, as provas apresentadas serão adequadas as normas jurídicas.

J. Milhomens, elenca a conceituação de Mattiolo;

“ As provas judiciárias são os meios com os quais os litigantes demonstram ao juiz a verdade de um fato alegado e controvertido “.

Nesse sentido podemos constatar que provar e estabelecer a verdade.

Concluimos portanto que, a finalidade da prova e de levar ao julgador a veracidade ou não dos fatos alegados, assim a prova serve para gerar convencimento.

1.1 CONCEITO PROVA ILÍCITA

O conceito da palavra ilícito vem do latim illicitus, ou seja contrario aos princípios gerais do direito, da moral e dos bons costumes.

A Constituição Federal veda expressamente as provas obtidas de forma ilícita no ser artigo 5, inciso LVI, todavia não define os citados meios probatórios cabendo a doutrina e a legislação infraconstitucional elencar sua definição.

Com base no artigo 157 do Código de Processo Penal que foi alterado pela lei 11.690/2008, entendemos que provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas legais ou constitucionais. Assim são aquelas que violam regras de direito legal, constitucional ou material, no momento em que é obtida.

2. ORIGENS HISTÓRICAS

Na época em que vigorava as ordenações Filipinas no Brasil, não se fazia necessário se provar as provas alegadas, e a confissão era considerada a rainha das provas, e o que de fato influenciava a decisão do julgador. Portanto não havia proibição no sentido de como seriam obtidas tais provas, poderia ser usada tortura, coação, pois o que realmente importava era que se alcançasse a verdade real.

Com o surgimento da Magna Carta da República de 1988, o direito a prova passa a ser descrito como um direito fundamental ao cidadão, o cidadão que invocar a tutela jurisdicional, deve apresentar provas com o intuito de influenciar o magistrado acerca da procedência ou não da ação.

Porem há de se ponderar que nenhum direito fundamental é de caráter absoluto, não podendo ser exposta a risco a ordem pública e a segurança jurídica dos cidadãos.

Ainda nesse sentido observamos a necessidade de impor certas restrições ao direito a prova para que não se permita que estas sejam produzidas em detrimento das garantias e direitos fundamentais constitucionais positivados da nossa Carta Magna.

O artigo 5^a da Constituição Federal de 1988 em seu inciso LVI, estabelece que são inadmissíveis as provas produzidas ilicitamente, tanto no processo penal, quanto civil ou administrativo.

Todavia, foram surgindo entendimentos em que se permitia excepcionalmente provas ilícitas no processo nos casos em que houver confronto entre bens jurídicos constitucionalmente garantidos.

Com a nova redação do art 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008 se tem portanto o conceito da prova ilícita como sendo aquela que infringe regras de direito material.

Dentro dessa evolução histórica no estudo da prova ilícita no Direito Processual Brasileiro são elencadas 5 teorias, dentre as mesmas uma prega a tese da admissibilidade, três a da rejeição e ainda uma intermediária.

No que tange a teoria em que se admite a prova ilícita no Processo Penal somente deverão ser afastadas do processo provas que violem norma processual, pelo fato de possuírem uma sanção processual, ou seja, prova mal colhida porém bem produzida.

Aranha elucida sobre esta teoria (2006, p. 63)

Afastadas do processo só as provas violadoras das normas instrumentais, pois só estas dispõem de sanção de natureza especificamente processual. A prova ilícita permanece, e processualmente válida, o seu valor e problema de avaliação, portanto, subjetivo, punindo-se o ofensor do direito material com a sanção correspondente.

Entende-se que o direito processual e material são autônomos, assim, somente devem ser afastadas do processo as provas que ofendem o direito processual.

A teoria que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo entende que o direito não pode ser dividido em campos distintos, assim o ilícito desvirtua todo o direito.

Nesse sentido Grinover afirma (1980 p.100) “ não se constituindo o ordenamento jurídico de departamentos estanques, não se poderia admitir no processo ato ilícito, ainda que a norma violada não fosse de natureza processual”

Aranha ainda dispõe nesse sentido “ a prova que e em si mesma licita, mas produzida através de um meio ilegal, a despeito de ser regular, contaria com o vício de origem que a contamina irremediavelmente.”

Portanto mesmo a prova licita pode ser tratada como ilícita por derivação.

A segunda teoria que acredita na inadmissibilidade da prova ilícita no ordenamento jurídico baseia-se no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado.Aranha ainda discorre sobre o assunto (2006, p65)

Como o mundo jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos.

A terceira teoria que vota pela inadmissibilidade da prova ilícita prega que toda prova ilícita afronta a Constituição, pois fere direitos do cidadão.

Hoje no direito brasileiro existe a corrente da proporcionalidade, os defensores dessa corrente entendem que prova colhida com transgressão dos direitos fundamentais é inconstitucional portanto deve ser declarada a sua ineficácia.Todavia existe uma exceção para os casos extremamente graves em que a aquisição da prova contaminada for a única forma admissível e possível para os valores fundamentais, se considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.

A jurisprudência brasileira adota essa teoria, no entanto, com certas reservas, no processo penal brasileiro se faz mais difícil a aceitação de tais provas, sendo mais fácil aceita-las no direito processual civil, mais especificamente no direito de família.

Em suma, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro a prova ilícita não pode e não deve ser aceita como prova em um processo, todavia deve ser estudado o caso concreto.

3. PRINCÍPIOS CONTITUCIONAIS

A palavra princípio tem acepção de natureza moral e lógica. Princípios são, juízos e verdades fundamentais que servem de garantia de certeza a um conjunto de juízos. Resumindo princípio é a verdade fundante de um sistema de conhecimentos.

Os princípios são a base, devendo ser interpretados e aplicados aos modelos jurídicos, sejam estes negociais, legais, jurisprudenciais ou costumeiros.

3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo Legal é uma garantia constitucional artigo 5, inciso LVI, da Constituição Federal, para que seja válida a prova no curso da ação penal.

Discorre sobre tanto Raimundo Amorin de Castro (2007, p. 70;71)

“O Princípio do “due process of law” caracteriza-se pela trinômia vida- liberdade- propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela aqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito a tutela da vida, liberdade ou propriedade esta sob proteção da “due process clause”.”

O princípio traz a segurança de direitos e deveres, garantindo a defesa em juízo, para que as partes tenham iguais poderes.

3.2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O artigo 5, inciso LV da Constituição Federal, oriundo da Magna Carta, traz a possibilidade da parte contrária contraditar argumentos.

Nas palavras de Heraclito Antonio Mossin (1998, p 202)

(...) Sem duvida, quando uma parte produz determinada prova, é direito da parte adversa não só sobre ela manifestar-se, como também produzir prova em contrário. Esta exigência decorre não só da isonomia que deve haver entre as partes na relação jurídico processual, mas principalmente em defluência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que amparam todos os sujeitos do processo e são próprios do sistema acusatório.

E através do contraditório que se tem direito a defesa, pois permite as partes as informação sobre todos os atos do processo. Dando, a oportunidade de

manifestação sempre que produzida nova prova, pois toda prova admite a contraprova.

3.3 PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS

Por esse princípio entende-se que a prova não pertence somente a uma das partes e sim ao processo, quem a produziu perde portanto a propriedade, passando esta a integrar o processo.

Nesse sentido fica claro que a prova não deve ser descartada no caso de não servir a uma parte, pois será aproveitada em um todo não só pela acusação como pela defesa e ainda, ao juiz que é o destinatário de todas as provas.

Heraclito Antonio Mossin explica (1998, p.197)

Este principio, também doutrinariamente conhecido como da aquisição, estabelece que a prova não pertence exclusivamente ao juiz, pode ser ela utilizada não só pela parte que a produziu, como também pela contrária; testes et documenta per productionem fiunt communica (testemunhos e documentos, uma vez produzidos, tornam-se comuns).

A parte tem apenas o ônus de produzir toda e qualquer prova que julgue necessária para demonstrar aquilo que alegou.

A prova após ser produzida passa a pertencer ao juízo da causa, podendo ser utilizada por ambas as partes litigantes, tanto para sustentar teses acusatórias como defensoras.

3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Em regra os atos processuais devem ser públicos, portanto as provas também devem ser, com exceção aos casos de segredo de justiça; pois nessas hipóteses as partes e os procuradores constituídos no processo serão os únicos autorizados a ter acesso ao mesmo.

Heraclito Antonio Mossin (1998, p.201)

(...) como regra, a produção da prova em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas, o que concorrera não só para justificar o caráter político do princípio, bem como as garantias do direito de defesa e a própria transparência do juízo na coleta das provas.

Em suma, esse princípio é uma garantia a parte trazendo para sociedade uma segurança maior, para que haja democracia no acompanhamento dos atos processuais.

É decorrência da natureza pública de todos os atos processuais que devem sofrer controle tanto das partes quanto da sociedade.

3.5 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

O ordenamento jurídico brasileiro confere ao julgador liberdade quanto a apreciação dos elementos probatórios trazidos ao processo, podendo conferir diferentes valores a cada prova, de acordo com o caso concreto.

Nesse sentido se apresenta esse princípio previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal;

Art 155. O juiz formara 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.

A liberdade de convicção do magistrado não é absoluta e encontra limites na obrigação constitucional de fundamentar suas opções de julgamento.

3.6 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

O princípio da oralidade preconiza a predominância dos atos praticados de forma oral, em relação aos atos desempenhados de forma escrita no curso do processo.

Porém, o sistema processual penal brasileiro é regido pelo sistema misto, onde há resquícios da predominância da prova produzida oralmente, não se excluindo todavia a importância da prova escrita. Assim, os depoimentos e debates devem ser realizados predominantemente da forma oral e não escrita.

Esse princípio é usado em depoimentos orais, de testemunhas, réus, vítimas, etc, nos debates de procedimento comum no júri.

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete (2006, p.25)

Como consequência desse princípio se compreende a necessidade da concentração, que consiste em realizar todo o julgamento em uma ou poucas audiências a curtos intervalos, como ocorre, por exemplo, em parte, no julgamento perante o Tribunal do Júri ou nas Cortes de 2ª e 3ª grau. Encontra-se também, a necessidade da Imediatidade (ou imediação), consistente na obrigação de o juiz ficar em contato direto com as partes e as provas, recebendo assim, também de maneira direta, o material e elementos de convicção em que se baseara o julgamento.

Os depoimentos são realizados oralmente porém serão sempre reduzidos a termo escrito, salvo hipótese de debates orais previstos no Tribunal do Júri, que somente podem ser realizados de forma oral.

4. DIREITO COMPARADO

4.1 Itália

Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal italiano de 1988, foi reforçada a teoria da doutrina italiana de que é inadmissível a prova ilicitamente adquirida, que contudo não deve ser entendida em termos absolutos.

4.2 Alemanha

Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 51) discorre sobre a admissibilidade das provas ilícitas;

Em relação a Alemanha, mais ou menos por volta de 1950, adotavam uma posição jusnaturalista, onde levava-se em consideração os valores humanos, colocando os interesses dos indivíduos acima da coletividade, isso era mais feito no processo penal, onde garantia a inviolabilidade do indivíduo.

Na Alemanha, assim como no Brasil não são admitidas as provas ilícitas.

4.3 Estados Unidos

Conforme observado por Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 53)

Nos Estados Unidos da América, várias jurisprudências repudiavam a admissibilidade das provas ilícitas, mas o conceito se firmou a partir de uma decisão da Suprema Corte Americana, em 1961, no caso “Mapp x Ohio”, onde determinou a inadmissibilidade de uma apreensão obtida por meio ilícito, tratando de material obsceno encontrado na casa da Sra Mapp, cuja posse era proibida no Estado de Ohio.

Para a Suprema Corte Americana as provas são ilícitas quando ocorre a violação as Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV.

4.4 Espanha

A maior parte da doutrina espanhola posiciona-se contrariamente a admissibilidade das provas obtidas ilegalmente.

Ainda nesse sentido a doutrina espanhola afirma que nos casos em que forem admitidas provas ilícitas, estas não podem ser aproveitadas para a decisão do magistrado.

4.5 França

No sistema Francês e seguido o sistema de nulidade, o artigo 172 do Código de Processo Francês estabelece amplamente a nulidade nos casos de violação dos direitos da defesa. E, conforme o artigo 173, o ato anulado será portanto excluído dos autos, gerando ao magistrado a impossibilidade de extrair qualquer elemento do ato, sob pena de prevaricação, já para os defensores a sanção é disciplinar. A abrangência da anulação é deixada a critério dos Tribunais.

4.6 Portugal

A carta Portuguesa de 1976, artigo 32 n. 6 dispõe que “ são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações “.

5. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO

As provas ilícitas por derivação nas palavras de Ricardo Raboneze (1998, p.33), “concerne as hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.”

Entende-se portanto que provas ilícitas por derivação são aquelas que são lícitas em si mesmas, todavia sua produção derivou de uma prova ilícita.

Nesse sentido surgiu a “Fruits of the poisonous tree” Ou seja, a Teoria da Árvore dos Frutos envenenados, que discorre no sentido de que se uma prova foi obtida por meio ilícito qualquer prova conseqüente mesmo que lícita será ilícita por derivação, e como se uma prova contaminasse as demais.

O entendimento feito pela jurisprudência e expressado aqui por Cesar Dario Mariano da Silva (2007, p.28)

A jurisprudência dominante é pela não aceitação da prova derivada da ilícita no processo, tomando por base a solução adotada pela Suprema Corte norte- americana, que a denominou fruits of the poisonous tree (frutos da árvore envenenada), segundo a qual o defeito da árvore transmite-se aos frutos.

Conforme Ada Grinover a Constituição deixou dúvidas quanto a prova ilícita por derivação, todavia se a prova ilícita tomada por referência comprometer a

proteção de valores fundamentais como a liberdade, integridade física, privacidade e a vida, essa ilicitude há de contaminar a prova dela derivada, tornando-a ilícita no processo portanto igualmente inadmissível.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo discorrido sobre a origem da prova ilícita, assim como a prova ilícita por derivação, constatamos não ser possível o seu uso nos autos.

Fazendo um estudo do direito comparado, entende-se também não ser possível a utilização de provas ilícitas ou mesmo as ilícitas por derivações também nos outros países, havendo assim uma espécie de consenso no direito comparado.

Ainda nesse sentido vale ressaltar que não apenas existem artigos, da constituição federal, como de legislações esparsas que nos proíbem de utilizar esse tipo de prova, como também os princípios constitucionais que são utilizados como apoio pela nossa doutrina e jurisprudência brasileira.

Assim, tivemos a oportunidade de fazer um estudo básico das provas, e o porque da proibição das provas ilícitas no nosso ordenamento jurídico, assunto que nos dá mais do que o suficiente material a ser estudado.

Enfim, trata-se de um tema relativamente novo no nosso ordenamento, de fácil entendimento e de bastante interesse da doutrina.

7. BIBLIOGRAFIA

TORQUATO, Luiz Francisco Torquato Avolio, **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Www.escolamp.org.br

>, Acessado em 21 abr. 2012.

WWW.sisnet.aduaneiras.com.br > Acessado em 21 abril 2012.

ANDRADE, Manuek da Costa, **Sobre as proibições de prova em processo penal**, Coimbra Editora.1992

MELLO, Rodrigo Pereira, **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MARTINS, Ricardo Cunha. **Prova Criminal, Historia de um erro judiciario**. 2ª ed. Porto Alegre : livraria do advogado, 2002.

TEIXEIRA, Adenilton Luiz. **Da Prova no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

Suelen Poloto, **Aspectos gerais das provas ilícitas no direito processual penal** Monografia de graduação das Faculdades Integradas Antonio Eufrasio de Toledo.2008

João Paulo Tardin, **Admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro como instrumento a acusação**. Monografia de graduação das Faculdades Integradas Antonio Eufrasio de Toledo. 2011