

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Mariana Espírito Santo de OLIVEIRA¹

RESUMO: Pretende-se mostrar com o presente artigo, que a prova é o instrumento usado pelas partes para que possam demonstrar aquilo que alegam em um processo. Qual a importância e a finalidade que a prova possui no processo penal. Quando ocorre e como se dá a prova ilícita no processo penal. A diferença que há entre provas ilícitas, ilegítimas e ilegais. Quando ocorre a prova ilícita por derivação, chamada de “teoria dos frutos da árvore envenenada”. Prova emprestada e o seu uso. Interceptação, gravação e escuta (telefônica e ambiental), distinção entre estes institutos, como é permitido serem usados. E as exceções a inadmissibilidade da prova ilícita em que poderá ser usada no processo penal.

Palavras-chave: Provas no processo penal. Provas ilícitas no processo penal. Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se mostrar com o presente artigo, como as partes podem sustentar aquilo que estão alegando em um processo, qual é o instrumento que deverá ser usado por elas para isso. Como as provas devem ser colhidas pelas partes, respeitando a constitucionalidade para tanto, e demonstrando qual a sua importância e finalidade no processo penal.

O que são, como ocorrem e como se dão as provas ilícitas no processo penal. O uso dessas provas é proibido e previsto na Constituição Federal. Qual a diferença existente entre provas ilícitas, ilegítimas e ilegais. O que é prova ilícita por derivação, chamada também de prova “teoria dos frutos da árvore envenenada”. O que é a prova emprestada, e o entendimento da doutrina sobre ela.

O que são e a demonstração da diferença entre a interceptação, gravação e escuta telefônica e ambiental. Como devem ser colhidas para não serem ilícitas, e quando poderão ser usadas como prova. Quais são as exceções quanto a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, e o que a doutrina fala sobre isso.

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. mah_barbies2@hotmail.com

2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As partes a fim de provarem o que alegam, e de formarem o convencimento do juiz, deverão para isso, usarem do instrumento da produção de provas. As provas devem ser suficientes e necessárias para aduzirem aquilo que alegam, respeitando a sua constitucionalidade na forma em como são praticadas.

Acerca do que é prova, menciona o doutrinador Nestor Távora:

Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (Távora, 2009, pag. 308).

A partir das provas produzidas pelas partes, é que o juiz formará o seu convencimento, sobre se deve condenar o réu ou absolvê-lo. Em busca de aduzir ao que está sendo acusado por uma das partes, e se defender pela outra parte, as provas precisam ser produzidas de forma que não gere dúvidas quanto a sua constitucionalidade, e quanto a sua validade.

2.1 A importância e a finalidade das provas no processo penal

É dos fatos que o réu se defende do que é alegado contra ele. Porém para a formação do convencimento do juiz, é necessário que o mesmo se atente as provas produzidas pelas partes, que possuem a finalidade de aduzirem aquilo que alegam no processo; com base nessas provas, o juiz formará o seu convencimento e dará a sentença.

Se existir dúvida de que tenha sido o réu quem tenha praticado o crime, ou se existirem provas, mas essas forem insuficientes para provar ser o réu o

autor do crime, o mesmo deverá ser absolvido por falta de provas, ou por insuficiência de provas. Nesse sentido fala o art. 386, do CPP, e seus incisos.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

~~IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;~~

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

~~V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal);~~

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

~~VI - não existir prova suficiente para a condenação.~~

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Estando presente alguma das situações em que falam os incisos deste artigo, deve o juiz absolver o réu.

As provas no processo penal possuem a finalidade de que o réu consiga provar aquilo em que alega em sua defesa, e para que a vítima prove ser o réu autor ou partícipe daquele crime. Ajudam a formar o convencimento do juiz, para que condene ou absolva o réu e confirmar ou não os fatos anteriormente alegados.

3 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

As provas ilícitas para o processo penal, são aquelas provas que quando são obtidas não obedecem a forma como é prevista em lei, para que sejam produzidas, e assim, ferem normas de direito material e de direito constitucional, sendo inadmissíveis no processo; conforme esclarece o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

LVI - “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Contudo, diferente de como ocorre no Código de Processo Penal Militar, em seu art. 295 e no Novo Código de Processo Civil, em seu art. 430, no Código de Processo Penal não há um artigo que fale especificamente sobre a proibição de ser usada uma prova obtida de forma ilícita; nesse sentido, para os processos desta competência, a proibição é determinada e garantida pelo que fala o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal.

Art. 295. É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia e a disciplina militares.

Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos.

As provas ilícitas no processo penal podem ocorrer por derivação, também é conhecida como “teoria do fruto da árvore envenenada”, e para alguns, como prova emprestada, como veremos posteriormente.

3.1 A diferença entre prova ilícita, ilegítima

Os referidos tipos de provas, apesar de terem seus nomes parecidos, possuem um significado diferente entre elas.

É possível definir como prova ilícita, uma prova que quando é colhida fere normas e princípios contidos na Constituição Federal e nas demais leis. Provas ilegítimas, se tratam de provas que quando colhidas, ferem a norma processual.

Acerca da diferença entre esses tipos de provas, veremos as palavras de Alexandre de Moraes, que nos ajudará a entender melhor a distinção entre esses tipos de provas.

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (Moraes, 2011, p. 117).

Através da distinção feita pelo nobre doutrinador, fica ainda mais claro a distinção que há entre esses tipos de prova.

3.2 Provas ilícitas por derivação, também chamada de “teoria dos frutos da árvore envenenada”

As provas ilícitas por derivação são aquelas provas em que decorrem de outra prova anteriormente obtida de forma ilícita.

Essa prova ilícita provém de outra prova, que também é ilícita. Com isso, a prova produzida posteriormente, é contaminada pela ilicitude da prova que tinha sido produzida inicialmente, e por isso, não teria como essa prova que foi

obtida posteriormente ser considerada lícita, já que a prova inicial a qual possibilitou que a prova posterior fosse colhida, se tratava também de uma prova ilícita.

Conforme menciona Rachel Mendonça, torna mais fácil de compreender:

Trata-se de doutrina de procedência norte-americana que consagra o entendimento de que o vício de origem que macula determinada prova se transmite a todas as provas subsequentes. Não obstante a prova derivada seja essencialmente lícita e admissível no ordenamento jurídico, com a aplicação dessa doutrina, a ilicitude desta contaminaria o seu conteúdo, tendo, por consequência, a extensão da inadmissibilidade processual. (Mendonça, 2001, p. 129).

Nesse sentido, essa prova também é conhecida como “teoria dos frutos da árvore envenenada”, partindo do princípio, que uma árvore podre, contamina todos os seus frutos, e não tem como produzir frutos bons.

Esse tipo de prova ilícita tem como exemplo, a confissão do réu colhida através de tortura. A tortura é vedada pela Constituição Federal, sendo, portanto, ilícita as provas obtidas através dela.

3.3 Prova emprestada

Prova emprestada é aquela que é realizada em um processo, para uma determinada situação. E em outro processo, com partes diferentes, mas que se encontre presente a situação determinante da realização da prova, é usada também neste outro processo.

Neste sentido, Rachel Mendonça, menciona:

A prova emprestada é aquela que, não obstante produzida em determinado processo, visa a refletir os seus efeitos-eficácia- em outros casos. Com vistas a formar igualmente o livre convencimento judicial. (Mendonça, 2001, p. 128).

Ocorre que, para uma parte da doutrina, neste caso, também se trata de uma prova ilícita. No processo é obrigatório que seja garantido as partes o direito ao contraditório e a ampla defesa, e sendo admitido o uso da prova emprestada, o contraditório de uma das partes seria prejudicado, já que a força probatória que a prova produziu no primeiro processo onde foi realizada, não será a mesma a ser alcançada no processo posterior em que seria usada.

A prova no processo deve ser realizada diante do juiz natural, para que não haja ou que se torne mais difícil haver alguma irregularidade, podendo tornar a prova ilícita.

3.4 Interceptação, gravação e escuta (telefônica e ambiental)

A finalidade da interceptação, gravação ou escuta telefônica ou ambiental, é da obtenção de se colher uma prova, sendo ela concretizada através de documento ou depoimento, testemunho. Contudo, como para colher essa prova, adentra-se a um dos direitos fundamentais de uma pessoa; que é o direito a intimidade.

A finalidade deste instituto, para ser considerada válida precisa respeitar os requisitos legais permitidos para tanto; não pode ser feito de qualquer maneira. O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, faz essa vedação, e estabelece como deve ser feita.

XII - É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Embora os institutos de interceptação, gravação e escuta telefônica muitas vezes serem citados de forma conjunta, cada um deles tem um significado diferente, não podendo a mais de um ser dado o mesmo significado. De acordo com

as palavras de Luiz Flávio Gomes, fica mais fácil de compreender a diferença entre esses institutos:

[...] interceptação telefônica em sentido estrito, portanto, é a captação feita por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores; escuta telefônica, por seu turno, é a captação realizada por um terceiro de uma comunicação telefônica alheia, mas com o conhecimento de um dos comunicadores. (Gomes, 1997, p. 95 -96).

A diferenciação é também mencionada por César Dário Mariano da Silva:

[..] a gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores, sem o consentimento do outro, grava o seu próprio diálogo. Se essa gravação for de conversa telefônica haverá a gravação telefônica (ou gravação clandestina propriamente dita); se a gravação for de conversa pessoal (entre presentes), dar-se-á a gravação ambiental. Por outro lado, haverá interceptação quando terceira pessoa interfere na conversação, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se a interceptação for realizada em conversação telefônica sem o conhecimento dos interlocutores, haverá interceptação telefônica ou *stricto sensu*; se a interceptação for realizada em conversa pessoal (entre presentes) sem o conhecimento dos interlocutores, haverá a interceptação ambiental. (Silva, 2007, p. 37).

Em seguida, o mesmo doutrinador define escuta telefônica:

[...] poderá ocorrer a escuta clandestina quando um terceiro, com autorização ou conhecimento de um dos interlocutores, interfere na conversação, podendo gravá-la ou não. Se essa conversação for por telefone, haverá escuta telefônica; se a conversa for pessoal (entre presentes), teremos a escuta ambiental. (Silva, 2007, p. 38).

O nobre doutrinador, ressalta ao mencionar como ocorre a escuta telefônica, que a Constituição Federal e a lei 9.296/96 vedam a interceptação telefônica ilícita, não mencionando sobre a vedação da gravação ou escuta

telefônica, e também da interceptação ambiental; entendendo-se essas como não vedadas.

Acerca da gravação clandestina, decidiu o STF, ao julgar o HC nº 75.338-8/RJ, Rel. Nelson Jobim, 11.03.98, que não há violação ao direito de intimidade quando a vítima de um crime grava ou permite que alguém grave a sua conversa, com o criminoso.

Quando se tratar de interceptação, escuta ou gravação ambiental, como não há lei que as regulem, não são consideradas provas, exceto para os casos em que for usada para provar a inocência de alguém, com base ao que estabelece o princípio da proporcionalidade, que seria o único caso em que teria possibilidade a sua aplicação.

Nesse mesmo sentido, segue a doutrina e a jurisprudência, STF, quando julgou Ação Penal nº 307-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, que em plenário, entendeu a doutrina sobre a inadmissibilidade de se usar como prova, laudos de gravação por ser somente uma conversa realizada por um dos interlocutores, sem que houvesse o conhecimento do outro.

Ficando assim, de forma clara para entendermos e não restar dúvida quanto a distinção que há entre estes institutos.

4. EXCEÇÕES A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Conforme já foi comentado, que no processo penal não é admitido o uso de prova ilícita. E esse tem sido também o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina majoritária. Neste sentido, confirmam o entendimento o doutrinador e Juiz do Trabalho, Cléber Lúcio de Almeida, quando comenta o entendimento de Ada Pellegrini Grinover:

As provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as conduz à categoria da inexistência. Elas

simplesmente não existem como provas: não tem aptidão para surgirem como provas. (Almeida, 2008, p. 462).

As provas devem ser sempre legais, legítimas, produzidas de forma lícita, respeitando os ditames legais, para a sua constituição, realização e validade.

Porém, como exceção a esse entendimento, uma parte da doutrina entende pela admissibilidade da prova ilícita, respeitando o livre convencimento do juiz, e afirmando que a verdade, e o direito da coletividade deve predominar sobre eventual atividade ilícita que tenha acontecido na realização e colheita da prova, sem causar punição aos responsáveis pela ilicitude da prova. Dessa forma menciona Luiz Francisco Torquato Avolio:

Esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade real, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo julgamento do processo. (Avolio, 1995, p. 41).

A parte da doutrina que entende desta forma defende a ideia de que uma prova sendo importante para o processo, não poderá ser descartada porque houve algum tipo de ilicitude na sua produção e/ou na sua colheita. Sendo a prova relevante para o processo ainda que considerada ilícita, deve ser aproveitada pela parte.

Sendo a prova rejeitada somente se no próprio ordenamento jurídico determinar essa situação com exatidão. Quem entende pela admissibilidade da prova, menciona o modo como a prova foi realizada e obtida não deve ser o mais importante, a atenção deve ser dada para a importância que a prova possui para a busca da verdade real no processo.

Ainda hoje, há discussão sobre qual é a posição mais adequada a ser adotada quando houver uma prova ilícita, se deve ser decidida pela inadmissibilidade ou pela admissibilidade da prova ilícita no processo.

CONCLUSÃO

Mediante tudo que foi exposto, é possível notar que o uso da prova, é o instrumento que a parte deverá usar, para provar aquilo que alega, essa é a sua finalidade, é considerada importante para o processo penal, pois através dela o réu pode não ser condenado.

Independente de qual o meio de prova adotado pela parte, a prova deve ser colhida de forma que respeite as normas de direito material e de direito constitucional, para que não seja considerada ilícita.

O uso da prova ilícita é vedada pela Constituição Federal. Embora a doutrina entenda que em algumas situações haverá exceção a sua inadmissibilidade no processo penal. As provas ilícitas, ilegítimas e ilegais, são institutos diferentes. Quando surgem atingem diferentes normas.

A prova ilícita por derivação, é chamada também de “teoria do fruto da árvore envenenada”, é chamada também por esse nome, porque essa prova ilícita, decorre de outra prova produzida anteriormente, que também é ilícita.

A possibilidade do uso da prova emprestada em um processo, e a opinião da doutrina ao mencionar que o seu uso pode prejudicar uma das partes.

A finalidade do uso da interceptação, gravação e escuta telefônica e ambiental, é de colher provas. A distinção sobre esses institutos, a forma como devem ser produzidas respeitando as normas, e o direito a intimidade, para que não sejam consideradas ilícitas, e se tornarem clandestinas, em que não poderá ser admitida o seu uso.

Porém, há doutrinadores em que entendem haver algumas exceções sobre a inadmissibilidade do uso de provas ilícitas no processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito Agrário Contemporâneo**. Belo Horizonte. Del Rey editora. 2008, p. 462.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 41.
Mencionado em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/704/482>.
Acessado em 08 de Agosto de 2016.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação Telefônica**: Lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 95-96.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.187/188.

http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14345&revista_caderno=22- acessado dia – 02/08/2016.

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/803/781>- acessado dia 05/08/2016.

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1881/1786> - acessado dia 03/08/2016.

<https://jus.com.br/artigos/37799/os-meios-de-prova-no-processo-penal-brasileiro> – acessado dia 04/08/2016.

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais> - acessado dia 02/08/2016.

JESUS, Damásio E. **Interceptação de Comunicações Telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 86, n. 735, p. 458-473, jan. 1997, p. 7.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.128.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à licitude probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.129

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 117.

NESTOR, Távora, **Curso de Direito Processual Penal, 3º edição, revista atualizada e ampliada**, editora Jus Podium, Salvador-Bahia, ano 2009, p. 308.

SILVA, César Dário Mariano da. Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-38.

www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6150/A-prova-ilicita-no-processo-penal - acessado dia 03/08/2016.

www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-inadmissibilidade-das-provas-il%C3%ADcitas-no-processo-penal – acessado dia 08/08/2016.

www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/JulianaDuclercCostaReis.pdf - acessado dia 05/08/2016.

www.jurisite.com.br/doutrinas/processo_penal/processo10.html – acessado dia 03/08/2016.

www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf – acessado dia 04/08/2016.

www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/704/482 - acessado dia 08/08/2016.

http://www.unigran.br/revista_juridica/edanteriores/22/artigos/artigo07.pdf - acessado dia 02/08/2016.

www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=3434&idAreaSel=4&seeArt=yes – acessado dia 04/08/2016.