

Ana Carolina Martins da Silva
Cláudia Cinara Locateli
Thaís Janaina Wenczenovicz
(orgs.)



ESTADO, PODER E VIOLÊNCIA(S)

perspectivas nas sociedades pós-coloniais

PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS NO PROCESSO BRASILEIRO

Rodrigo Adriano Faresin

Histórico

O Brasil teve sete constituições em sua história. Seis delas no período republicano e uma delas no período monárquico. De certa maneira, apenas a Carta de 1988 tratou explicitamente sobre a questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo brasileiro.

A constituição monárquica de 1824¹ não tratou das provas em si, todavia, tratou em seu art. 179, inc. VII, de um tema que permanece vigente até os dias atuais, que é a questão inviolabilidade do domicílio:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. (Brasil, 1824)

Do mesmo modo, a prisão só poderia ocorrer por ordem formal ou em flagrante delito. Admitia-se também a fiança, tudo conforme art. 179, inc. VII, IX e X:

Art. 179 [...]

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. (Brasil, 1824)

O segredo de correspondências também era garantido:

Art. 179 [...]

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo. (Brasil, 1824)

Deve-se destacar, também, que como regra geral ficavam abolidas penas que implicassem tortura física, como açoites, marcas de ferro e demais penas cruéis, até mesmo para evitar que os réus “confessassem” crimes sob pena de tortura.

Art. 179 [...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis. (Brasil, 1824)

A Constituição de 1891, primeira da era republicana, previu, pela primeira vez e de maneira expressa, o remédio constitucional *habeas corpus*, mas não tratou da questão da produção das provas em si no processo. Manteve, ainda, a inviolabilidade do lar e o sigilo de correspondência.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes

§12. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguém póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, sinão nos casos e pela fórmula prescriptos na lei.

§13. A exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se, sinão depois de pronuncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.

§18. E inviolavel o sigillo da correspondencia.

§22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder. (Brasil, 1891)

Em 1934 é promulgada a terceira constituição brasileira. Nessa Carta política surgem mais dois remédios constitucionais como companhia ao *habeas corpus*: o mandado de segurança e a ação popular. Contudo, novamente, a nova Carta não traz nada a respeito das provas a serem produzidas no processo, e mantém a questão do sigilo da correspondência, da inviolabilidade da residência, da proibição de prisão sem ordem judicial ou em estado de flagrante delito.

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

8) É inviolável o sigilo da correspondência.

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou

dos Municípios. (Brasil, 1934)

A Carta Política de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas e manteve o *habeas corpus*. Suprimiu, todavia, o mandado de segurança e a ação popular, mas manteve a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das correspondências. Igualmente às anteriores, não previu nada sobre a produção de provas no processo:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

16) dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar; [...] (Brasil, 1937)

Tanto a inviolabilidade de domicílio e correspondência quanto o *habeas corpus* foram suspensos, em 1942, pelo Decreto n.º 10.358, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, com previsão de censura e pena de morte.

A Carta de 1946, por sua vez, extingue a censura e a pena de morte, e reestabelece os seguintes remédios constitucionais: mandado de segurança, *habeas corpus* e ação popular. Ainda, mantém a inviolabilidade do domicílio e do sigilo de correspondência. Por fim, não faz menção a produção de provas em processos judiciais.

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.

§15- A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de

crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

§24- Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 38- Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. (Brasil, 1946)

Na Constituição de 1967 mantiveram-se os remédios constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular, assim como o sigilo de correspondências e o sigilo da residência. Entretanto, não tratou sobre a licitude ou não de provas.

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

§ 20 - Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas Corpus.

§21- Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus , seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 31- Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas. (Brasil, 1967)

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que ratificou a Carta de 1967, manteve o sigilo de correspondências e comunicações telefônicas, bem

como a inviolabilidade do lar. Os remédios constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular permaneceram, mas não inclui nada sobre licitude ou não de provas.

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

§12. Ninguém será prêso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sôbre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal.

§20. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus.

§22. Conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual fôr a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Podêres Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade. (Brasil, 1967)

A Constituição de 1988 assegurou o direito ao sigilo telefônico, de correspondência, e a inviolabilidade do domicílio. Do mesmo modo, garantiu os remédios constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular, acrescentando, ainda, outros remédios constitucionais como o *habeas data* e o mandado de injunção.

Essa Constituição tratou, de modo explícito e pela primeira vez, das provas obtidas por meios ilícitos nos processos judiciais, proibindo-as:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados 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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXVIII - conceder-se-á “habeas-corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por “habeas-corpus” ou “habeas-data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á “habeas-data”:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (Brasil, 1988). (grifo nosso)

Por fim, essa Carta torna pétreos, ainda, os direitos e garantias fundamentais (expressos no art. 5^o ao 17 da Constitui o).

1. Da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

De início, distinguem-se três tipos de prova: a ilegal, a ilícita e a ilegítima. Se a prova for de natureza estritamente processual ou substancial, elas se tratam de provas ilegítimas. Por outro lado, se a prova adv m de viola o de direitos reconhecidos do indivíduo, independentemente dos fins processuais, então consistem em provas ilícitas. Ambas, provas ilegítimas e provas ilícitas, se constituem em espécies de provas ilegais. Ou seja, toda prova ilícita ou ilegítima   uma prova ilegal, por atentar contra a ordem legal ou constitucional (Soares, 2011, p. 50).

As provas ilícitas são aquelas, dentre outras, tomadas mediante viola o do sigilo das comunica es (art. 5^o, inc. XIII, da CF/88); colhidas com viola o do domicílio (art. 5^o, inc. XI da CF/88); colhidas com desrespeito à intimidade (art. 5^o, inc. X, CF/88); e colhidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5^o, inc. III, CF/88).

Para iniciar o t pico acerca das provas obtidas por meio ilícitos, se começará explicando-as normativamente e esclarecendo o que diz a

Constituição Federal, o Código de Processo Penal, a legislação extravagante e a jurisprudência. Então, serão destiladas algumas considerações acerca das provas ilícitas.

De acordo com o que dispõe o art. 5º, inciso LVI, da CF:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]
(Brasil, 1988)

Dessa forma, provas obtidas por meio de grampos telefônicos, escutas ou vídeos gravados sem um mandado ou autorização da justiça não serão aceitas como provas em um processo. Quem as coletar sem a devida permissão, poderá ser processado por invasão de privacidade, entre outros delitos.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]
(Brasil, 1988)

Para aprofundar a temática, deve-se compreender o que seja “prova”. Tem-se que “prova” é aquilo que busca estabelecer uma verdade. Ensina Vicente Greco Filho que:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. (Greco Filho, 2012, p. 193)

A prova deve ser buscada, ressalta-se, por meios lícitos. Com respeito à lei e a ética, considera-se lícitas as provas obtidas por meios legais. É importante observar o art. 369 do Código de Processo Civil (2015):

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Esse artigo dita que devem ser empregados todos os meios legais moralmente legítimos, ainda que não estejam especificados, e que eles devem ser seguidos e hábeis a provar a verdade dos fatos.

Do contrário, a prova ilícita constitui-se no grupo de prova vedada ao direito positivo. Saliencia-se que as provas obtidas por meios ilícitos não devem ser confundidas com provas falsas. Provas ilícitas são aquelas que são obtidas sem uma ordem da justiça e, portanto, juridicamente falando, são inúteis em um processo. A Constituição Federal não estabelece as consequências que resultam da circunstância de, apesar do impedimento, a prova ter sido acolhida, vindo a introduzir-se no feito processual.

Assim, verifica-se que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Essa proibição traz segurança jurídica ao processo, além de proteger as garantias fundamentais dos indivíduos garantidas na Constituição Federal.

Essa vedação foi reforçada pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, que deu nova redação ao art. 157 ao Código de Processo Penal, deixando explícito a inadmissibilidade de provas ilícitas, inclusive ilícitas por derivação, delimitando quais tipos de provas se aceitariam no processo.

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.

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

§ 4º (VETADO)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

Em relação a este capítulo, deve-se considerar que no § 1º segue-se a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (proveniente do caso *Wong Sun vs. United States – 1963*), na qual se diz que quando a árvore se encontra contaminada, seus frutos também estarão. Dessa forma, a prova ilícita por derivação, da mesma forma que a prova ilícita originária, deve ser subtraída do processo. Assim, todas as provas derivadas de uma primeira que seja ilícita devem ser retiradas do processo.

O STF^{2,3} posiciona-se contra a aceitação das provas ilícitas por derivação adotando, portanto, a teoria do fruto da árvore envenenada.

Isso vai ao encontro da literalidade do *caput* do art. 157 do CPP que reza que: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Também em relação ao processo civil, corrobora esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça (STJ, RMS 8.327/MG):

O processo administrativo disciplinar que impôs a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita. Sendo a prova ilícita realizada

sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insuscetível de ser sanada por força da preclusão.

Entretanto, deve-se salientar que, em relação às fontes derivadas, se elas tiverem uma fonte diversa da primeira, elas são consideradas admissíveis, ou seja, continuam a valer (art. 157, § 1º, parte final, do CPP).

Em relação à interceptação eletrônica, a jurisprudência do STJ, HC 64.096/PR, afirma que a interceptação eletrônica não autorizada, é ilícita.

Além disso, conforme mencionado, a Constituição Federal proíbe a interceptação telefônica, a não ser excepcionalmente para a investigação do processo criminal e com prévia autorização judicial. Entretanto, no caso de a gravação ser feita por um dos interlocutores, a jurisprudência do STF, há muito, já deu parecer favorável.

PROVA – Licitude. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. (STF – HC 75.338-8 – RJ – TP – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 25.09.1998)

Teoricamente, pode-se entender que aqui não se está sustentando o uso da prova ilícita, mas sim, o uso da prova lícita para legítima defesa. No entanto, esse não é um entendimento unânime na Suprema Corte. O ex-ministro Celso de Mello, por exemplo, dizia que as provas obtidas pela gravação de um dos interlocutores, sem o prévio conhecimento ou assentimento do outro, não constitui prova em processo judicial.

Nas palavras do ex-ministro na Ação Penal 307-DF:

A gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente

de privacidade, sendo em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, a meu juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

Além das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5, inc. LVI da CF), também deve-se incluir à inviolabilidade do sigilo da correspondência e da intimidade (art. 5º, XII e X, da CF/88) no rol das interceptações não autorizadas.

De todo o modo, a Constituição Federal de 1988 não permite a obtenção de provas por meios ilícitos, podendo ocorrer, minoritariamente, correntes contrárias ou algumas jurisprudências de sentido ambíguo, como as acima citadas. Entretanto, entende-se que a Carta Magna e o justo processo legal devem ser os alicerces do aplicador da lei.

2. Das Provas; do Pacto de San José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Como verificado alhures, a prova é um conjunto de atos que são praticados pelas partes, pelo próprio juiz ou por terceiros, e que vai tentar estabelecer uma verdade por demonstração ou verificação, tendo como finalidade convencer o juiz de sua validade. Entretanto, essa prova tem de ser lícita. Assim, como visto, de acordo com art. 5º, inc. LVI, da CF/88 são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

De acordo com o Pacto de San José da Costa Rica (Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992), que corrobora o parágrafo acima, em seus Arts. 9 e 11 verifica-se que:

ARTIGO 9

Princípio da Legalidade e da Retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

[...]

ARTIGO 11

Proteção da Honra e da Dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (Brasil, 1992)

Além disso, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, em seu art. 11, item 2, diz que:

ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Ou seja, aqui também o sujeito fica protegido por lei a tais intromissões.

3. Prova ilícita no processo brasileiro

No Brasil existem três correntes principais que tratam da prova ilícita: uma que admite e defende a produção de provas ilícitas no processo chamado “corrente da admissibilidade”, também denominado “corrente favorável” ou “corrente permissivista”; outra que reza que qualquer prova que for obtida por meio ilícito deve ser descartada de imediato, chamada corrente da inadmissibilidade; e uma terceira, chamada “corrente da teoria da proporcionalidade”, que é um meio termo entre as duas anteriores.

A primeira corrente sustenta que o que se busca num processo é descobrir a verdade. Se no final se descobre a verdade, mesmo que por meio ilícito, isto basta. Entretanto, se houver violação a direito material, ele deve ser apurado em autos próprios, não atingindo o efeito processual da prova ilícita. Por ex., se alguém tirar fotografias como violação à intimidade de outrem e a usar como prova, elas continuam valendo como provas, contudo, pune-se, em processo próprio, o sujeito que tirou as fotografias. O mesmo ocorre com a conversa telefônica obtida por meios ilegais: ela continua valendo como prova, mas pune-se, mais uma vez, quem obteve tal prova de forma contrária à lei, e assim sucessivamente (Soares, 2011, p. 54-55).

Já a segunda corrente, de posição contrária (corrente da inadmissibilidade), se apegua no estritamente legal. Nesse contexto, tudo que não está conforme a Magna Carta fica no âmbito da “atipicidade constitucional”. O ex-ministro do STF, Celso de Mello era um defensor dessa corrente. Nela, as provas obtidas por meio ilegais ofendem os direitos e garantias fundamentais do ser humano, além da própria ideia de moralidade dos atos praticados pelo Estado. Essa corrente:

Tem sua base no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado. Segundo ela, a verdade não pode ser descoberta por meio de atos ilícitos, que ataquem o direito à liberdade ou à intimidade. Determinada ilicitude traria a nulidade, invalidade e, a conseqüente ineficácia do ato praticado no plano

processual. O Estado deve agir por meio de atos e princípios moralmente inatacáveis. (Soares, 2011, p. 56)

A terceira corrente, aquela intermediária e chamada “corrente da teoria da proporcionalidade”, diz que, em casos excepcionais, através do princípio da proporcionalidade, pode-se fazer o sopesamento de direitos fundamentais, analisando a relevância do interesse público a ser preservado e garantido.

De acordo com essa teoria da proporcionalidade, na ocorrência de conflito entre interesses individuais, deve prevalecer o interesse maior a ser protegido no caso concreto. Esse meio pode ser usado pelo réu no caso em que não exista mais nenhum meio de prova e de provar a sua inocência, mas é usada só em casos excepcionalíssimos.

Os tribunais superiores aplicam esse princípio em favor do réu, em virtude do princípio da ampla defesa e da dignidade humana. Entende-se que exista uma excludente de ilicitude, a saber, o estado de necessidade. Assim, nesse caso, a prova obtida pelo réu seria lícita.

Entretanto, a tendência, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, é a de aceitar somente a proporcionalidade em favor do réu, e não, como se observa em alguns casos, a proporcionalidade em favor da sociedade, ou seja, aquela que beneficia a sociedade ao invés do réu, por exemplo, a descoberta da trama de uma quadrilha.

4. O problema da proporcionalidade e a questão das provas lícitas por derivação

As provas ilícitas por derivação são lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito. Por exemplo, uma confissão que se dá através de tortura, sendo que o acusado diz onde está localizado o produto de um crime que, posteriormente, vem a ser apreendido. Obviamente que essa confissão mediante tortura é um vício no processo

e deverá ser descartada, mas o que fazer com as provas do crime, ou seja, com os produtos do crime localizados através da sua confissão?

Percebe-se que quando ocorre esse sopesamento de princípios, o art. 5º, inciso LXI da CF/88, é relativo e deve ser analisado de forma singular, no caso concreto, juntamente com os demais princípios, seja da igualdade, seja da intimidade ou da vida privada. Assim, fica resguardado a análise no caso em concreto de um direito mais relevante socialmente ou individualmente, como é o caso da aceitação das provas ilícitas para evitar uma condenação injusta. Essa exigência é feita através do princípio da proporcionalidade.

De qualquer forma, embora existam correntes contrárias, o que impera é o respeito à Carta Magna. Portanto, qualquer prova obtida por meio ilícito deve ser retirada do processo para não o viciar.

CONCLUSÃO

Como visto no início deste capítulo, as provas que são obtidas por meios ilícitos constituem espécies das chamadas provas vedadas, que são aquelas produzidas em contrariedade a uma norma legal específica e que podem ser de direito material ou processual.

Essas provas se constituem em provas ilegais, ou seja, são produzidas contrariando as normas legais. Ela terá uma natureza exclusivamente processual quando ela existe em função de interesses que estejam ligados à lógica e à finalidade do processo. Ainda, terá uma natureza substancial quando, além de servir a interesses processuais, é também vista como fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Nos dois casos, a transgressão se configura numa ilegalidade. Entretanto, no primeiro caso haverá um ato ilegítimo e no segundo haverá um ato ilícito.

Dessa maneira, haverá prova ilegal quando caracterizar infração tanto às normas legais quanto aos princípios gerais do ordenamento, podendo ser de natureza processual ou material.

Dentro da prova ilegal temos outras duas: a prova ilícita e a prova ilegítima. A prova ilícita é a que se dá contrariando normas ou princípios constitucionais. Por sua vez, a prova ilegítima é aquela que possui vício durante a produção ou a inserção de provas no processo, por descumprimento de alguma norma processual. Dessa forma, a prova ilegal seria o gênero, enquanto as espécies seriam as provas ilegítimas e ilícitas.

O que se busca num processo é a verdade. Logo, quando é vedada uma prova obtida por meio ilícito, não se fecha os olhos para o fato processual em si, mas o que se admite é a garantia que dá o art. 5º, inc. LVI da Constituição Federal, que garante o justo processo legal e a dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer que as provas ilícitas, além do caráter objetivo que está sancionado na lei, têm por finalidade proteger os interesses públicos e os interesses individuais, especialmente os direitos de personalidade e os direitos de intimidade.

Por fim, verificou-se as três correntes principais que analisam a questão das provas ilícitas: uma favorável, chamada “corrente da admissibilidade”, “corrente favorável” ou “corrente permissivista”; uma contrária, denominada corrente da inadmissibilidade”; e uma intermediária, nomeada “corrente da teoria da proporcionalidade”, que admite as provas obtidas por meio ilícito, mas prevê a punibilidade de quem as produziu.

Referências

- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <https://bityli.com/1dEDA>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <https://bityli.com/hBYSO>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <https://bityli.com/OzR2w>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <https://bityli.com/KMLaC>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <https://bityli.com/IhVAO>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: <https://bityli.com/p5XNuO>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://bityli.com/c9ayW>. Acesso em: 14 set. 2022.
- BRASIL. Decreto n. 678. **Pacto de São José da Costa Rica**. Brasília, 6 de novembro de 1992. Disponível em: <https://bityli.com/qXfVxOr>. Acesso em: 22 set. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 8.327/MG. T6 - Sexta Turma**. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Vicente Leal. Julgado em 24/06/1999. Diário da Justiça, Brasília, DF, 23/08/1999. p. 148.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF – **HC 75.338-8 – RJ – TP** – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 25.09.1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 307-DF**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 1994. Julgamento realizado nos dias 7/12/1994, 9/12/1994, 12/12/1994 e 13/12/1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal**. 1. ed. (ano 2009), 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <https://bit.ly/40LtF3i>. Acesso em: 22 set. 2022.

Notas

1. Os trechos citados tanto dessa CF/1824 quanto das demais Constituições obedecerão ao português original do ano em que foram publicadas.

2. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR DECISÃO STF - HC 156157 AGR / PR - PARANÁ. Data do Julgamento: 19/11/2018. Data da Publicação: 26/11/2018. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. EMENTA: JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. PERDA OU SUBTRAÇÃO DE PARTE DAS GRAVAÇÕES. CONSTRAGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 1. As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme salientado pelo Ministro EROS GRAU, arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos. 2. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que, em matéria de provas ilícitas, o art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, excepciona a adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada na hipótese em que os demais elementos probatórios não estiverem vinculados àquele cuja ilicitude foi reconhecida. 3. Não há, portanto, nenhuma ilegalidade na remessa dos autos ao Juízo processante de primeira instância, a quem ordinariamente compete o primeiro exame dos elementos de prova pertinentes à causa, para o fim de selecionar e expurgar as provas contaminadas, mantendo hígida a porção lícita, delas independente. Em outras palavras, não cabe a esta CORTE, nesta via estreita, se antecipar e proferir qualquer decisão acerca da legalidade de provas que nem mesmo foram analisadas pelo Juízo competente. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.

3. No mesmo sentido: STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello e o Ag. Reg. HC 156.157 Julgamento: 19/11/2018. Data da Publicação: 26/11/2018. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Alexandre de Moraes.