



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA**

ORIENTANDA: BÁRBARA SOARES RODRIGUES
ORIENTADORA: PROFA. MA. NEIRE DIVINA MENDONÇA

GOIÂNIA-GO
2024

BÁRBARA SOARES RODRIGUES

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Profa. Orientadora: Ma. Neire Divina Mendonça

GOIÂNIA-GO
2024

BÁRBARA SOARES RODRIGUES

**A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA**

Data da Defesa: ____ de ____ de ____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Ma. Neire Divina Mendonça

Nota

Examinador Convidado: Prof. Me. Júlio Anderson Alves Bueno

Nota

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO	5
1 ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS.....	6
1.1 A PROVA	6
1.2 PRINCÍPIO DAS PROVAS	7
1.3 FASES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA	8
2 A PROVA ILÍCITA.....	11
2.1 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.....	12
2.2 TEORIA DA DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO.....	13
3 A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL.....	14
3.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	14
3.2 A ADMISSIBILIDADE EM FAVOR DO RÉU.....	15
3.3 A ADMISSIBILIDADE EM FAVOR DA SOCIEDADE	16
CONCLUSÃO	18
REFERÊNCIAS.....	19

A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

Bárbara Soares Rodrigues¹

RESUMO

O presente trabalho visará discorrer sobre a admissibilidade da prova ilícita no Processo Penal Brasileiro. As provas ilícitas, em regra, são inadmissíveis no processo. Até mesmo a prova lícita na própria essência, porém obtida exclusivamente a partir de uma ilícita, também, se tornará inadmissível, por contaminação. Ocorre que, diante de uma grande violência aos direitos individuais, que é a condenação de um inocente, e em face do princípio da proporcionalidade, logo a prova ilícita, como exceção, será admitida e utilizada dentro do Processo Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Prova. Ilícitude. Admissibilidade. Processo Penal. Proporcionalidade

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetivará a análise da questão das provas ilícitas no Processo Penal Brasileiro. A prova ilícita é uma prova que ao ser produzida viola uma norma constitucional ou infraconstitucional. Existe então, uma prova obtida em que na sua produção houve a violação de uma norma processual e/ou constitucional, tornando essa prova inadmissível ao processo, devendo ser desentranhada dos autos.

O grande problema é entender o porquê de existir uma prova que revela uma problemática, como a autoria de um crime, mas que deve ser ignorada por ter sido produzida de uma forma que viola determinada regra processual e/ou constitucional.

Assim, parece que há uma certa inconveniência momentânea na proibição da prova ilícita no caso concreto por uma simples questão formal. Contudo, olhando para o nosso Estado democrático de direito, não se pode aceitar que seus agentes públicos o tempo todo cometendo ilicitudes com o objetivo de apurar outra ilicitude, ou

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás; beneficiária do Programa Universidade Para Todos - Prouni; estagiária da Escrivania de Família e Sucessões da Comarca de Inhumas/GO – 2021/2023; atualmente Secretária da Escrivania de Família e Sucessões da Comarca de Inhumas/GO; e-mail: barbarasoaresrodrigues22@gmail.com.

seja, não tem sentido que o os agentes do Estado, para a investigação de um crime, cometa outro crime, aceitar isso gera um óbice social desproporcional.

Destarte, as provas ilícitas no Brasil são inadmissíveis, contudo, na hipótese de que se tem uma prova ilícita que revele a inocência de alguém, ou que de alguma forma torne a responsabilidade penal menos grave, essa prova deve ser admitida. Há uma justificativa muita grande, pois não há violência maior que o Estado pode cometer do que a condenação de um inocente. Assim, diante a ofensa à liberdade humana, bem jurídico fundamental, é preciso admitir a prova ilícita.

Observando os assuntos mencionados, o presente trabalho visará analisar a prova ilícita e o motivo de não ser admitida, mesmo que revele a autoria de um crime. Para mais, também será analisado à exceção da inadmissibilidade da prova ilícita, ou seja, quando ela será admitida no processo penal brasileiro.

1. ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS

A presente seção tem por objetivo apresentar o conceito de prova, seus aspectos gerais, princípios e principais classificações.

1.1. A PROVA

A palavra “prova” tem origem do termo em latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Com isso, tira-se o seu significado no Direito Processual Penal Brasileiro, que é uma forma de verificação, confirmação, e exame da veracidade ou não de um fato.

Conforme refere Guilherme de Souza Nucci (2015, p.23) o termo prova deriva do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.

Para Mirabete (2002, p.293), provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.

Carnelutti (2013, p.44) discorre que:

As provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros de sua passagem. Vem em mente o cão policial, o qual vai farejando aqui e ali, para seguir com o faro o caminho do malfeitor perseguido. O trabalho do historiador é este. Um trabalho de atenção e paciência, sobretudo, para o qual colaboram a polícia, o Ministério Público, o juiz instrutor, os juízes de audiência, os defensores, os peritos. Prescindindo das crônicas dos jornais, os livros policiais e o cinema têm, não tanto informado, como inflamado o público sobre este trabalho. A utilidade desta literatura, sob o aspecto da civilização, está no ter difundido a impressão, para não dizer a experiência, da dificuldade da procura, por causa da falibilidade das provas. O risco é errar o caminho. E o dano é grave, quando se erra a estrada, também se a história é feita só nos livros. Porque, se bem que os historiadores não se dão conta e os filósofos ou, ao menos, alguns filósofos, contestam, não se retoma à via percorrida senão para encontrar as vias a percorrer; seja como for, é tanto mais notório quando o passado se reconstrói para se decidir o destino de um homem.

Em vista disso, o objetivo da prova é convencer o juiz, que é o seu destinatário, acerca de fatos pretéritos, submetidos à sua apreciação, necessários para a decisão de uma causa.

Nesse sentido, Tourinho Filho (2018, p.523), esclarece:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido pelo Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou então, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

1.2. PRINCÍPIOS DAS PROVAS

O sistema jurídico brasileiro está amparado por diversos princípios, que ajudam a formar a base do ordenamento jurídico. Nesse sentido, o Processo Penal Brasileiro também está regido por diversos princípios e em relação as provas podemos destacar alguns:

O Princípio do Contraditório visa garantir a ambas as partes do processo penal o direito de tomar ciência e manifestar acerca das provas produzidas, portanto, se uma parte arrolou testemunhas, a outra parte terá o direito de inquiri-las.

O Princípio da Comunhão das Provas traz que uma vez produzida no processo, independentemente de quem a produziu, a prova pertencerá a todos as partes, inclusive ao juiz, Noberta Avena (2023, p. 874), contudo, levantou uma questão acerca desse princípio:

Questão relevante que envolve a aplicação deste princípio respeita à possibilidade de o Juiz admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro. Veja-se que, na disciplina conferida ao procedimento comum ordinário pela Lei 11.719/2008, dispõe o art. 401, § 2.º, que as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, sem exigir, para tanto, a aquiescência da parte *ex adversa*, orientação esta, inclusive, já agasalhada pelo STJ ao deliberar que “a dispensa de testemunha de acusação independe da concordância da defesa”. Apesar da disciplina legal e da posição do referido Tribunal Superior, mantemos o entendimento de que, em função do princípio da comunhão da prova, a concordância da outra parte com a desistência de prova oral levada a efeito pela parte contrária deve sim ser uma condição para que possa o magistrado homologá-la. Considere-se, por exemplo, que a defesa não tenha arrolado determinada testemunha pelo fato de esta já se encontrar no rol das testemunhas de acusação. Nesse caso, a desistência incondicional da testemunha pelo promotor implicaria prejuízo ao acusado.

Com o Princípio da Oralidade dar-se-á a prevalência a prova produzida de forma oral, Noberto Avena (2023, p. 875), explica essa preferência:

Isto existe para que, nos momentos relevantes do processo, predomine a palavra falada, possibilitando-se ao magistrado participar dos atos de obtenção da prova. É o caso, por exemplo, da testemunha: mais valor terá a prova se realizada em audiência do que, ao contrário, se meras declarações escritas forem trazidas pelas partes e incorporadas ao processo. A oralidade, mais do que um princípio, traduz-se como uma forma de conduzir o processo.

O Princípio da Autorresponsabilidade das Partes responsabiliza cada parte pelas consequências de suas ações e omissões na produção das provas.

O Princípio da Não Autoincriminação das Partes garante ao acusado o direito de não autoproduzir provas contra si. Portanto, a ele, por exemplo, não é obrigatório a participação na reprodução simulada dos fatos.

1.3. FASES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Existem quatro etapas de produção de provas que irão compor a atividade probatória a fim de alcançar a verdade processual. Esses momentos que levarão ao livre convencimento do juiz são divididos em: proposição, admissão, produção e apreciação.

A fase de proposição é o momento em que as partes vão requerer ao magistrado a produção de certa prova, como a juntada de documentos necessários para a resolução do caso, perícia, e rol de testemunhas. Para Gonçalves e Reis (2022, p. 587):

Fase de proposição (ou indicação): Refere -se ao momento em que as partes manifestam seu desejo no tocante à produção de determinada prova. Em

relação a alguns meios de prova, essa faculdade deve ser exercida em uma etapa procedimental determinada, tal como ocorre com as testemunhas, que devem ser indicadas, necessariamente, na denúncia ou na queixa (art. 41 do CPP) ou, ainda, na resposta escrita (art. 396 -A), sob pena de preclusão. Na segunda etapa do procedimento do Júri, deve -se observar para a indicação de testemunhas, por outro lado, a ocasião prevista no art. 422 do Código. Outros meios de prova, contudo, podem ser propostos a qualquer tempo (art. 231 do CPP).

A parte de admissão é o momento em que o juiz irá analisar a necessidade real da produção da prova requerida pelas partes ou da admissão da prova já produzida. Parte de suma importância no Processo Penal, pois será nesse momento que as provas tidas como ilícitas serão inadmitidas ou, dependendo do caso, até mesmo admitidas. Segundo Avena (2023, p. 883):

Admissão: momento no qual as provas produzidas ou requeridas pelas partes serão deferidas ou não pelo magistrado. Provas propostas nos momentos ordinários somente podem ser indeferidas quando impertinentes ao processo, sendo isto, ainda, devidamente explicitado na decisão judicial. Por outro lado, provas propostas nos momentos extraordinários (no curso de uma audiência, por exemplo) poderão ser indeferidas a partir da consideração pelo juiz de que são desnecessárias para a formação de seu convencimento, fazendo-o, é claro, sempre fundamentadamente.

A fase da produção é a etapa em que a prova admitida pelo magistrado será introduzida no processo, como o interrogatório, a oitiva de testemunhas, e o laudo pericial, elas estarão sempre condicionadas ao contraditório e a ampla defesa.

A última fase é a apreciação, é nesse estágio que ocorrerá a valoração da prova pelo juiz, em que ele usará do seu livre convencimento e de forma fundamentada ajuizará cada prova produzida, julgando a ação procedente ou improcedente. Toda via, essa decisão judicial poderá ser reformada pelo juiz *ad quem* em possíveis recursos. Gonçalves e Reis (2022, p. 588), explicam essa fase da seguinte forma:

Fase da apreciação: É o momento em que o juiz exerce a análise crítica dos elementos de convicção, atribuindo a cada qual determinado valor, de modo a permitir que, racionalmente, conclua sobre a procedência ou improcedência da pretensão punitiva. É importante salientar que a opção por uma, entre duas ou mais versões que se revelem conflitantes ou excludentes, deve ser feita por meio de aplicação de raciocínio lógico, razão pela qual incumbe ao magistrado conferir crédito somente àquilo que se mostrar verossímil e afinado com as regras da experiência comum, desconsiderando, por outro lado, tudo que se afigurar improvável.

É fundamental a observância das fases da atividade probatória e do conjunto probatório. Existem casos em que há momentos específicos para a

produção de determinada prova, e diante da inobservância dessa fase poderá ocorrer a prescrição de tal direito probatório.

Assim, têm-se como exemplo o artigo 396-A do Código de Processo Penal que prevê o momento adequado para o arrolamento de testemunhas pela defesa.

396-A, CPP. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Portanto, se a defesa não apresentar o rol de testemunhas na resposta à acusação, terá o seu direito precluso. Esse também foi o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar um Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA DO ROL DE TESTEMUNHAS PELA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. EFETIVO PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, nos moldes do art. 396-A do Código de Processo Penal, o rol de testemunhas deve ser apresentado no momento processual adequado, ou seja, quando da apresentação da resposta preliminar, sob pena de preclusão. Em respeito à ordem dos atos processuais não configura cerceamento de defesa o indeferimento da apresentação extemporânea do rol de testemunhas. 2. A teor dos precedentes desta Corte, inexistente nulidade na desconSIDERAÇÃO do rol de testemunhas quando apresentado fora da fase estabelecida no art. 396-A do CPP (REsp 1.828.483/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/12/2019, DJe de 6/12/2019). 3. Na hipótese, não há falar em manifesto prejuízo para a defesa do réu, em razão do indeferimento da apresentação do rol de testemunhas em momento posterior. Consoante a fundamentação apresentada pela Corte local, não obstante a defesa do acusado seja exercida pela Defensoria Pública, observa-se, no caso em exame, que houve pedido genérico para apresentação do rol de testemunhas de forma extemporânea, sem levar em consideração que a audiência de instrução foi designada para data distante, havendo, portanto, tempo disponível para que a defesa tenha acesso ao acusado, atualmente recolhido ao cárcere, mesmo com todas as dificuldades e limitações decorrentes da pandemia. Ademais, em sede de resposta à acusação, a Defensoria Pública não noticiou qualquer dificuldade para contato com o réu e seus familiares, tampouco para a identificação de testemunhas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no RHC: 161330 RS 2022/0057709-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/04/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2022)

Portanto, o julgamento mencionado nada mais ilustra a preclusão do direito da defesa de produzir determinada prova, diante da inobservância da fase da atividade probatória, o que afetará o conjunto probatório.

2. A PROVA ILÍCITA

Como visto acima, as provas têm uma fundamental importância para uma justiça eficaz, tendo em vista sua capacidade de criar base para um julgamento justo por meio do exame da veracidade dos fatos. Todavia, o direito probatório não é ilimitado, as provas devem ser pertinentes e lícitas para serem admitidas. A Constituição Federal de 1988 traz no artigo 5º o seguinte inciso:

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;

O Código de Processo Penal também trata sobre o tema em seu artigo 157: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” As provas obtidas por meios ilícitos se tornam, portanto, provas ilícitas, sendo inadmissíveis em um processo.

A prova ilícita é apenas uma espécie dentro do gênero das provas ilegais, que se dividem em ilegítimas e ilícitas. As ilícitas são aquelas que violam diretamente o direito material, o seu vício ocorre no momento da sua obtenção, como a confissão mediante tortura. As ilegítimas são as que violam o direito processual, o vício acontece na inserção da prova em juízo, como um interrogatório sem a presença do advogado.

Segundo o ensinamento do jurista Uadi Lammêgo Bulos (2001, p. 244):

(...) provas obtidas por meios ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico. Esses requisitos possuem a natureza formal e a material. A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delineia-se através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.

A prova ilícita não anula o conjunto probatório, contudo ela deve ser desentranhada dos autos. A prova ilegítima, por outro lado, será declarada nula, podendo, todavia, ser produzida novamente, seguindo os trâmites processuais adequados e assim ser aproveitada no processo.

2.1. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO E A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

O Código de Processo Penal, no artigo 157, além de trazer sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, menciona, também, que as provas derivadas das ilícitas serão consequentemente inadmissíveis.

Art.157. §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.

Portanto, uma prova mesmo que lícita na própria essência, porém obtida exclusivamente a partir de uma ilícita, se tornará inadmissível em um processo, por contaminação. Essa é a chamada prova ilícita por derivação.

Em 1914, foi reconhecida na Suprema Corte dos Estados Unidos a famosa Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*Fruits Of The Poisonous Tree*). Esse nome traz uma analogia à prova ilícita por derivação. É certo que uma árvore que está envenenada, consequentemente, terá frutos, também, envenenados. Da mesma forma, se uma prova decorreu de uma prova ilícita se contaminará e será inadmissível no Processo Penal.

Rachel Mendonça (2001, p. 129) menciona o propósito da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada:

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.

No tocante ao tema supracitado tem-se os exemplos do autor Fernando Capez (2024, p. 222):

(...) O caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – (...) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regularmente prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação.

Logo, como a interceptação clandestina é tipificada no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, têm-se qualquer prova obtida através dessa interceptação será ilícita, mesmo que a prova seja, por si só, aceita pelo Processo Penal, como o depoimento testemunhal, pois é tida como contaminada.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Outrossim, não haverá nenhuma relação entre uma prova anterior ilícita e uma posterior lícita, se a segunda for obtida de maneira totalmente independente da prova ilícita, ou seja, se não houver nexo de causalidade demonstrado entre o meio ilícito e a prova.

2.2. TEORIA DA DESCONTAMINAÇÃO DO JULGADO

O juiz utiliza de todo o conjunto probatório para formar o seu entendimento a respeito do caso e assim o julgar. Todavia, o juiz em algum momento pode ter conhecimento de uma prova que foi ou será considerada ilícita. Assim, o juiz pode estar subconscientemente ligado a essa prova ilegal e, conseqüentemente, ficar contaminado com as primeiras impressões sobre os fatos demonstrados.

Nessa linha de raciocínio, o processualista Aury Lopes Junior aduz (2021, p.421):

Agora, não haverá mesmo dúvida sobre a imparcialidade do julgador nesse contexto? Será possível eliminar os efeitos dessa prova ilícita na psique do juiz ou sequer dimensioná-los, em termos de influência sobre as demais cognições e decisões? E é razoável tolerar essa crença ingênua de que o julgador não se utilizará – consciente ou inconscientemente – dos conhecimentos ilicitamente obtidos, após excluídos do processo, durante a marcha processual subsequente e na sentença?

O artigo 157, § 5º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), prevê que o juiz que tiver conhecimento do teor de prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença ou o acórdão: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.”

A Lei criou, portanto, causa de impedimento ao juiz que conferiu prova ilícita em um processo, continuar julgado o caso, pois no entendimento dos legisladores, o magistrado ao entrar em contato com o conteúdo da prova ilícita se contaminaria,

podendo, subconscientemente, ainda julgar o caso com base no conteúdo da prova ilícita, o que é o objeto de defesa da Teoria da Descontaminação do Julgado.

Contudo, o inciso § 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal teve a eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, proferida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299. O dispositivo foi julgado inconstitucional por ser muito amplo, o que pode causar uma insegurança jurídica. Segue parte da decisão do Ministro Luiz Fux:

De início, anoto que a norma em tela é extremamente vaga, gerando inúmeras dúvidas. O que significa “conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível”? Significa apenas travar contato com a prova ou pressupõe que o juiz necessariamente tenha emitido algum juízo de valor sobre o material probatório? Como se materializaria a demonstração desse “conhecimento”? O juiz, após “conhecer” do conteúdo da prova, ainda poderá proferir decisões interlocutórias e presidir a instrução, ficando impedido apenas para a sentença, ou ficará impedido desde logo? A ausência de clareza do preceito é também capaz de gerar situações inusitadas. Imagine-se o juiz que, ao proferir a sentença, se depare com uma prova ilícita e a declare como tal. Nesse caso, ele interrompe a prolação da sentença e, em seguida, remete os autos ao juiz que o substituirá? Imagine-se, agora, que a câmara de um tribunal decida anular um processo por ilicitude da prova e determine o retorno dos autos à origem. Nesse caso, a câmara ficará impedida de julgar nova apelação? A vagueza do preceito e as inúmeras dúvidas que ele suscita, por si sós, colocam em dúvida sua constitucionalidade.

Diante de tal amplitude o dispositivo não terá aplicação até que sobrevenha nova decisão da Corte Suprema.

3. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

Como visto anteriormente, a Constituição Federal inadmite o uso da prova obtida por meio ilícito. Entretanto, apesar dessa proibição constitucional, a doutrina e a jurisprudência majoritária brasileira têm permitido o uso de prova ilícita quando essa revele a inocência de alguém, ou que de alguma forma torne a responsabilidade penal menos grave. Para tal propósito é utilizado o Princípio da Proporcionalidade, que considera que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto, devendo ser analisado o direito fundamental que deve ser protegido pelo Estado, evitando, assim, causar um mal maior, como a condenação de um inocente.

3.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Foi no período de pós-guerra, na Alemanha, que essa Teoria da Proporcionalidade surgiu. Fernando Capez (2024, p.223) a explica:

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça. Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar a sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. Um outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?

Tal princípio, conforme Sergio Demoro Almiro (2001, p.265), também é aceito por unanimidade nos Estados Unidos, lá ele recebe o nome de Princípio da Razoabilidade, assim, caso uma prova ilícita for capaz de evitar um mal, como uma condenação injusta, será admitida no processo.

É válido pontuar que a intenção da justiça não é apenas aplicar normas, mas aplicá-las de maneira justa e eficaz. Assim, não seria justo uma pessoa inocente ter a sua única prova de inocência desentranhada dos autos, e, conseqüentemente, não conhecida. Para isso, têm-se a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, em que alguns valores serão considerados como um bem maior que o valor violado na produção da prova.

Conforme os ensinamentos de Fernando Capez (2010, p. 349-352), o Princípio da Proporcionalidade se divide em dois polos, o mais aceito no Brasil é a admissibilidade em favor do réu. O outro defende o interesse da sociedade como um bem maior, a admissibilidade em favor da sociedade, por outro lado, não tão aceito entre os doutrinadores e juristas.

3.2. A ADMISSIBILIDADE EM FAVOR DO RÉU

Efetivamente a predisposição da doutrina e da jurisprudência é o

seguimento da Teoria da Proporcionalidade para quando o beneficiário for o réu. Um dos fundamentos para admitir a prova ilícita seria os danos irreparáveis que uma condenação injusta poderia causar. Não seria justo alguém ter que cumprir a pena de um crime em que não foi responsável pelo fato típico, por ter tido a única prova que demonstrava a sua inocência desentranhada dos autos por conta da forma que foi obtida. Desse modo, entra o Princípio da Proporcionalidade para ponderar os valores dos bens discutidos. Antonio Scarane assim mostra (2012, p. 92):

(...) o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas era o único meio de que dispunha para provar a inocência. Seria inaceitável condenar o acusado apenas porque a demonstração de sua inocência só pode ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita.

Há doutrinadores, como Paulo Rangel que entendem que, nessa situação de exceção de inadmissibilidade, a prova ilícita é admitida por Estado de Necessidade ou Legítima Defesa, portanto, a prova não pode ser tida como ilícita, segue seu entendimento (RANGEL, 2013, p.477)

(...) trata-se de verdadeira cláusula de exclusão de ilicitude, conduta do réu que intercepta ligação telefônica para salvaguardar sua liberdade de locomoção. Estaria ele em estado de necessidade. Nesse sentido, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, capitaneada pelo mestre Afrânio da Silva Jardim, à qual nos filiamos onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro, estado de necessidade justificante. Destarte, a vedação da prova obtida por meio ilícito é de caráter relativo e não absoluto. Dessa forma, é admissível a prova acolhida com (aparente infringência às normas legais, desde que em favor do réu para prova sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Em visto disso, as provas, quando benéficas ao réu, obtidas por meio ilícito não são excluídas do processo, visto que a inadmissibilidade, prevista tanto na Constituição Federal, quanto no Código de Processo Penal, não pode ser um impedimento legal de se provar a inocência de alguém e com isso retirar sua liberdade, bens que são mais valorados diante o Princípio da Proporcionalidade.

3.3. A ADMISSIBILIDADE EM FAVOR DA SOCIEDADE

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência divergem em relação ao

benefício do uso da prova ilícita em prol da sociedade, ou seja, contra o réu, em que a maioria tende a não aceitar. De acordo com Fernando Capez (2024, p. 224):

Quando demonstrada a prevalência do interesse público no processo penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais.

A complexidade se baseia no conflito de ser mais relevante à sociedade a segurança social em detrimento da violação de um direito individual resguardado pelo Estado. A obra de Ada Pellegrini, Antonio Sacarance e Magalhães Gomes Filho (2006, p. 129) aduz a necessidade de que diante contrastes de direitos fundamentais e em caráter excepcional poderia ser utilizado a prova em malefício ao réu:

[...] instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situação tão extraordinária que levaria a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.

Para ilustrar, uma interceptação telefônica ilegal que descobre um laboratório de drogas, ou uma confissão em interrogatório sem a presença do advogado do acusado, violam, evidentemente, a obtenção da prova. Contudo, por outro lado a sua impunibilidade viola a segurança jurídica.

Em regra, nos casos ilustrados acima se valem ainda da inadmissibilidade da prova ilícita. Assim, doutrinadores, como Capez, questionam se realmente, o direito individual protegido é um bem mais valioso do que a segurança da coletividade, tendo em vista que não se trata apenas de um único indivíduo, mas sim uma sociedade. Nessa linha de raciocínio, Capez (2012, p. 370) expõe:

A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, que seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, que ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

Diante da violação do ordenamento jurídico que afetará toda a comunidade,

não seria justo e eficaz a aplicação da regra da inadmissibilidade da prova ilícita, tendo em vista que a segurança jurídica de toda a comunidade não deveria ser valorada de forma inferior ao direito de um indivíduo. Portanto, assim como na admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, aqui também deve ser utilizado do princípio da proporcionalidade, para que, de forma excepcional, seja admitida, também, em favor da sociedade.

Com isso, a aplicação do princípio da proporcionalidade será plenamente admitida *pro reo*, enquanto em *pro societate* será admitida apenas em casos de extrema necessidade, o que deverá ser analisado minuciosamente.

CONCLUSÃO

O conjunto probatório, ou seja, o conjunto das provas levadas ao juízo pelas partes, tem como principal objetivo alcançar a verdade de fatos importantes à uma decisão judicial, assim tornando-se de suma importância na formação do convencimento do magistrado. Acontece que não é um direito ilimitado, sendo ele restringido pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Penal.

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e o artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, limitam o direito probatório ao inadmitir o uso de provas ilícitas no processo penal. Portanto, em regra, as provas obtidas por meios ilícitos se tornam, logo, provas ilícitas, sendo inadmissíveis em um processo. Há também as provas ilícitas por derivação, que são as derivadas das provas ilícitas, que consequentemente, também, serão inadmitidas no processo o que aduz a famosa Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

Contudo, existem exceções à essas regras de inadmissibilidade. A primeira consiste na falta de nexos causal entre a prova ilícita e a sua derivada. Assim, não haverá nenhuma relação entre uma prova anterior ilícita e uma posterior lícita, se a segunda for obtida de maneira totalmente independente da prova ilícita, se tornando, portanto, admissível.

Ademais, como outra exceção existe o Princípio da Proporcionalidade que se divide em duas vertentes: a Admissibilidade em Favor do Réu e a Admissibilidade em Favor da Sociedade. A admissibilidade da prova ilícita em favor do réu é uma flexibilização da lei, nas situações em que a única prova que beneficie o réu é tida como ilícita. Assim, entrará o Princípio da Proporcionalidade, que ponderará o valor

da liberdade do acusado, a fim de evitar uma injustiça maior, e o valor da violação da lei na obtenção da prova. Essa vertente é aceita, majoritariamente, pela jurisprudência e doutrina.

Por outro lado, existe a admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade, em que o bem mais valorado é a segurança jurídica da coletividade. Nessa vertente, haverá a ponderação, pelo Princípio da Proporcionalidade, entre a segurança jurídica da sociedade e um direito individual. Assim, o que se busca é a efetiva justiça, em casos excepcionais, a fim de que a coletividade não fique prejudicada. Todavia, há uma enfática divergência jurisprudencial e doutrinária acerca da aplicabilidade dessa vertente.

Conclui-se que, a temática é bastante complexa em razão das divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Contudo, a admissibilidade da prova ilícita nos casos concretos deve ser, minuciosamente, analisada pelos magistrados, ponderando os valores em questões, a fim de evitar maiores mazelas, utilizando-se dos princípios e garantias legais.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acessado em 11/03/2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 11/03/2024.

BRASIL. **Lei nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.296%2C%20DE%2024,Art, acessado em 11/03/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª turma). AgRg no RHC: 161330 RS 2022/0057709-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/04/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6299 DF

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**: acompanhada das emendas constitucionais e dos índices alfabético-remissivos e da jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Russel, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.