

A Reforma do Código de Processo Penal e as Provas Ilícitas

Vanessa Martins Barbosa¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de provas ilícitas. 3 Momento de obtenção da prova ilícita. 4 A exigência do contraditório na constatação das provas ilícitas. 5 Incidente de inutilização da prova. 6 Recurso cabível contra a decisão de desentranhamento das provas ilícitas. 7 Teoria dos frutos da árvore envenenada. 8 Teoria da proporcionalidade. 9 Redação do § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal. 10 Consequências processuais da admissão da prova ilícita. 11 Considerações finais. 12 Referências.

1 Introdução

O presente artigo apresenta uma análise sobre as alterações provocadas pela Lei nº 11.690/2008 publicada em 10.06.2008 resultante da conversão do Projeto de Lei nº 4.205/01-E, um dos vários projetos apresentados pela intitulada “Comissão Ada Pellegrini Grinover”, no Código de Processo Penal em relação às provas ilícitas.

No sistema processual brasileiro, compete às partes levar ao conhecimento do juiz as provas que irão servir de base para o seu convencimento. Em regra, o direito à prova implica na ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. Assim, ordinariamente prevalece a admissibilidade das provas; e as exceções devem ser expressas de forma taxativa e justificada como a proposta pela reforma em análise.

Observa-se que as modificações demonstram a preocupação do legislador de traçar limites à atividade instrutória ao dispor sobre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório.

Este trabalho versará sobre as provas ilícitas, percorrendo sobre a alteração do seu conceito, o momento de obtenção da prova ilícita, a exigência do contraditório na constatação das provas ilícitas com enfoque no Direito Processual e Direito Constitucional.

Ademais, será realizada uma análise crítica acerca do incidente de inutilização da prova ilícita, do abrandamento da teoria dos frutos da árvore envenenada e sua relação com a teoria da proporcionalidade.

O presente trabalho apresentará as razões do veto do § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal e a discussão doutrinária sobre essas e sua consequência prática.

Por fim, serão apresentadas as consequências processuais da admissão da prova ilícita e a posição adotada pelo legislador frente a essa questão.

2 Conceito de Provas Ilícitas

A vedação da utilização das provas ilícitas estava localizada, exclusivamente, no art. 5º, LVI da Constituição Federal que dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A doutrina vinha tradicionalmente dividindo as “provas ilegais” em duas espécies: “ilícitas” e “ilegítimas”. As provas ilícitas são aquelas produzidas com infração do direito material (constitucional ou penal); já as ilegítimas são aquelas obtidas infringindo direito adjetivo, formal ou processual. Esse conceito foi claramente explicado por Ada Pellegrini²:

em certas situações a vedação da prova tem natureza processual, pois é colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; em outros casos, a proibição é de natureza substancial, ou seja, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Na primeira hipótese, diz-se que a prova é ilegítima (ou ilegitimamente produzida); na segunda, a prova será ilícita (ou ilicitamente obtida).

A partir do dia 09/08/2008, as provas ilícitas passaram a ser devidamente disciplinadas pela legislação ordinária por força da vigência da Lei 11.690/2008. A Lei 11.690/08 apresentou um conceito de prova ilícita ao dispor na redação do art. 157 que “as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Nota-se que trata de uma verdadeira interpretação autêntica da lei.

Para a responsável pelo projeto de reforma, Ada Pellegrini³:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade Milton Campos. Pós-graduada em Direito Público e Ciências Criminais, respectivamente, nas Universidades Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC - e Cândido Mendes - UCAM.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000, p. 477.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; Antonio Scarance Fernandes; Antônio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 171.

proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc.

Diante da nova regulamentação legal, as provas ilícitas serão aquelas que violam normas constitucionais, legais, internacionais (previstas em tratados de direitos humanos) não distinguindo se norma legal é material ou processual que conduz, automaticamente, ao reconhecimento de sua inadmissibilidade.

Verifica-se que o ordenamento jurídico atual apresenta uma vedação expressa ao direito à prova de acusação no processo penal. Assim, o Código de Processo Penal passa a dispor um limite ao direito à prova conferido às partes em decorrência da busca de meios de prova produzidos dentro de uma regra moral e com segurança individual ou coletiva.

3 Momento de Obtenção da Prova Ilícita

A divisão entre provas “ilícitas” e “ilegítimas” considerava o momento de produção das provas. Para entender melhor essa divisão é preciso ponderar que as atividades processuais concernentes à prova desdobram-se em quatro momentos: a) as provas propostas (indicadas ou requeridas); b) provas admitidas (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); c) provas produzidas (introduzidas no processo); d) provas apreciadas (valoradas pelo juiz).

Desta forma, analisavam-se dois aspectos distintos, um de direito substancial e outro de direito processual. O primeiro concerne à constatação do ato ilícito; o segundo diz respeito à admissibilidade e, na hipótese de sua introdução no processo, à utilização da prova ilícita.

Por força da nova disposição legal, essa divisão doutrinária se mostra ultrapassada. Em síntese, como proposto por Mendes (2007, p. 604), “a obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”⁴. Assim, qualquer violação ao devido processo legal conduz à ilicitude da prova.

4 A Exigência do Contraditório na Constatação das Provas Ilícitas

A alteração do conceito de prova ilícita provocou maior destaque para a função de defesa da garantia do contraditório. É sabido que o contraditório visa não apenas a oposição ou resistência de uma parte diante de um fato alegado pela outra, mas também o acompanhamento de toda a atividade probatória.

Segundo a doutrina⁵, a exigência do contraditório, na formação e produção das provas, vem desdobrada nos seguintes aspectos:

a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;

b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;

c) a obrigação do juiz, quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova.

Desta forma, não terá validade tanto a prova que for produzida sem a presença do juiz, como aquela que for produzida sem a presença das partes.

Pensando nisso, o legislador reformista inseriu no art. 155 do Código de Processo Penal a restrição para a utilização de provas produzidas em inquérito policial para motivação da sentença. De sorte, o juiz fica impedido de fundamentar sua decisão em provas realizadas em fase de inquérito policial que não foram ratificadas durante a fase judicial.

Reza o *caput* do artigo mencionado: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”. Pode-se detectar que a convicção do juiz não pode ser firmada em provas produzidas sem o contraditório judicial. Contudo, em relação à formação da convicção do magistrado, manteve-se a livre apreciação, ou seja, a análise feita por cada juiz pode ser diferente, mesmo em relação a um mesmo dispositivo legal, valendo-se da interpretação e avaliação dada para cada elemento de prova produzido e trazido ao processo perante o princípio do contraditório.

Não se pode esquecer, entretanto, das provas que têm natureza cautelar e visam a assegurar seu resultado antes da instauração do processo penal, exigindo-se sua antecipação antes da instauração da ação penal. Para essas cautelas, o contraditório fica diferido para momentos sucessivos.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605.

⁵ Destaque para Ada Pellegrini Grinove em *As Nulidades no processo Penal*, pg. 147.

A Lei nº 11.690/08 deu nova redação ao art. 156 do Código de Processo Penal para permitir ao juiz, ainda no curso do inquérito policial, determinar a produção antecipada das provas reputadas urgentes, em medida de cautelaridade extrema, objetivando evitar o perecimento de alguma prova ou fato, desde que seja observada a necessidade, adequação e proporcionalidade dessa medida.

5 Incidente de Inutilização da Prova

Mister se faz a atenção para a previsão do incidente de inutilização da prova apresentado no § 3º do Art. 157 do Código de Processo Penal. Caso seja verificada a ilicitude de uma prova, o julgador, ouvindo as partes, deverá determinar que a mesma seja desentranhada dos autos do processo, e uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes acompanhar tal ato judicial.

A redação desse artigo vem sendo duramente criticada uma vez que a destruição das provas provoca uma situação inalterável que pode implicar a limitação da ampla defesa do acusado, bem como, na ausência de abertura de procedimentos criminais investigativos sobre um possível crime cometido na obtenção das provas.

Para evitar uma série de consequências negativas advindas da destruição de prova ilícitas, doutrinadores vêm sugerindo dois procedimentos. Em um primeiro momento, sugerem que uma vez preclusa a decisão declarando a falsidade probatória, o juiz deveria promover a remessa do feito ao Ministério Público, para empreender a responsabilidade pela prática de eventual infração perpetrada na produção (aplicação do art. 145, IV do Código de Processo). No segundo momento, indicam que o juiz deveria determinar o desentranhamento e destruição da prova ilícita somente após o trânsito em julgado da decisão final, deixando-se a prova ilícita em total sigilo em autos em apartados ao processo principal.

6 Recurso Cabível Contra a Decisão de Desentranhamento das Provas Ilícitas

A reforma processual não contemplou um recurso específico para combater o desentranhamento das provas ilícitas dos autos determinado no *caput* do art. 157 do Código de Processo Penal.

Acerca desse assunto, observa-se a formação de duas correntes doutrinárias.

Uma primeira corrente, encabeçada por Ada Pellegrini⁶ e Nestor Távora⁷, defende a utilização das ações autônomas de impugnação, quais sejam, o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Destacam que a decisão judicial que determina o desentranhamento das provas ilícitas é classificada como uma decisão interlocutória simples e por isso é, em regra, irrecorrível. Por se tratar de uma decisão irrecorrível, poderá ter o seu conteúdo reexaminado por ocasião da apelação, em matéria preliminar, uma vez que não será alcançada pela preclusão.

Uma segunda corrente, defendida por Rodrigo de Abreu Fudoli⁸, considera mais apropriada a utilização da reclamação (ou correição parcial) para a impugnação da decisão de desentranhamento das peças ilícitas dos autos do processo. Esclarece-se que a correição parcial presta-se ao ataque às decisões ou despachos dos juízes não impugnáveis por outro recurso e que representam “erro ou abuso”, de que resulta a “inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo”. Destina-se, portanto, a corrigir *error in procedendo*, não o *erro in iudicando*.

7 Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A Teoria dos frutos da árvore envenenada teve origem na jurisprudência norte-americana onde é conhecida por “*fruits for the poisonous tree*”. Essa teoria diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas licitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequências do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Defende-se que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois contaminadas pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.

O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de reconhecer a pertinência dos *fruits of the poisonous tree*, conforme se vê no julgamento do HC 74116-SP, DJU de 14.03.97, e HC 76641-SP, DJU de 05.02.99.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recurso no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61.

⁷ TÁVORA, Nestor; Rosmar A. R. de Alencar. *Curso de Direito Processual Penal*. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 303.

⁸ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Lei nº 11.690/08 (reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal)* primeira parte. Artigo. 06 folhas. Disponível em <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais>. acessado em 30/10/2008. pg. 03

Edilson Mougenot Bonfim⁹ esclarece que a teoria dos frutos da árvore envenenada já sofreu algumas modificações, sendo abrandada:

Referida doutrina sustenta-se em um argumento relacional, ou seja, para se considerar uma determinada prova como fruto de uma árvore envenenada, deve-se estabelecer uma conexão entre ambos os extremos da cadeia lógica; dessa forma, deve-se esclarecer quando a primeira ilegalidade é condição *sine qua non* e motor da obtenção posterior das provas derivadas, que não teriam sido obtidas não fosse a existência de referida ilegalidade originária. Estabelecida a relação, decreta-se sua ilicitude. O problema consiste justamente a regra da inadmissão da prova e a obtenção do material probatório de forma derivada. O problema é análogo, diga-se, ao direito penal quando se discute com profundidade o tema do nexa causal. É possível que tenha havido a ruptura da cadeia causal ou esta se tenha enfraquecido o suficiente em algum momento, de modo a fazer possível a admissão de determinada prova, porque não alcançadas pelo efeito reflexo da ilegalidade praticada originariamente. Para tanto, a Suprema Corte dos EUA elaborou uma série de regras que hoje precipita a polêmica em nossos tribunais. Tais regras, “mal chamadas exceções” (Gallardo) à doutrina do fruto da árvore envenenada, na verdade são desdobramentos lógicos desta. São elas: a) a doutrina da fonte independente (independent source doctrine); b) a doutrina da conexão atenuada (attenuated connection doctrine) e a doutrina da inevitável descoberta (inevitable discovery exception), cujos nomes traduzem em linhas gerais os respectivos significados e com as quais se impede a invalidação das provas assim produzidas.

Verifica-se que o legislador reformador adotou tanto a teoria dos frutos da árvore envenenada (*caput* do art. 157 do Código Penal) como o abrandamento dessa teoria (§§ 1º e 2º do art. 157 do Código Penal). Observa-se que o § 1º do art. 157 do Código Penal trata de forma expressa da prova absolutamente independente e da descoberta inevitável.

A limitação da prova absolutamente independente dispõe, em síntese, que, se existirem provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não irá macular as demais provas constantes nos autos.

Denilson Feitoza Pacheco¹⁰ relata a origem da *independent source limitation*:

Quanto à aplicação da doutrina ou limitação da fonte independente (“independent source” limitation), num caso (Bynum v. U.S., 1960), inicialmente a corte excluiu a identificação dactiloscópica que havia sido feita durante a prisão ilegal do “acusado” Bynum. Quando este foi novamente “processado”, o “governo” utilizou um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime. Como a polícia tinha razão para verificar as antigas planilhas de Bynum independentemente da prisão ilegal e como as impressões digitais de tais planilhas tinham sido colhidas anteriormente sem qualquer relação com o roubo investigado dessa vez, as antigas planilhas foram admitidas como uma prova obtida independentemente, de maneira alguma relacionada à prisão ilegal.

Por outro lado, a limitação da descoberta inevitável prescreve que se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria obtida de qualquer maneira por atos de investigação policial válidos, ela será aproveitada, eliminando-se qualquer possível contaminação. Desta forma, a prova ilícita, que deu origem à obtenção de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá condão de contaminá-la.

O surgimento dessa limitação é explicado por Feitoza¹¹:

a doutrina ou limitação da descoberta inevitável (“inevitable discovery limitation”) foi aplicada num caso (Nix v. Williams – Williams II, 1984) em que uma declaração obtida ilegalmente do “acusado” revelou o paradeiro do corpo da vítima de homicídio numa vala de beira de estrada, mas um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano desenvolvido cuidadosamente, que eventualmente teria abrangido o lugar onde o corpo foi encontrado. A Suprema corte entendeu que a “doutrina dos frutos” não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta “inevitavelmente” por meio de atividades investigatórias lícitas sem qualquer relação com a violação, bem como que a “descoberta inevitável” não envolve elementos especulativos, mas concentra-se em fatos históricos demonstrados capazes de

⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 294.

¹⁰ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 3 ed. Niterói: Editora Impetus. 2005, p. 819.

¹¹ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 3 ed. Niterói: Editora Impetus. 2005, p. 820.

prova verificação. Segundo Israel e Lafave, circunstâncias que justifiquem a aplicação da regra da descoberta inevitável são improváveis de ocorrerem, a menos que, no momento da conduta policial ilícita, já houvesse uma investigação em andamento que eventualmente teria resultado na descoberta da prova por meio de procedimentos investigatórios rotineiros.

Assim, observa-se que a limitação da descoberta inevitável dificilmente terá aplicabilidade prática. Porém, o legislador reformador vislumbrou a possibilidade de essa teoria ser aplicada e a inseriu no art. 157, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal para evitar que provas que seriam obtidas de qualquer forma sejam consideradas nulas.

8 Teoria da Proporcionalidade

Observa-se que quanto mais desenvolvida é uma sociedade, mais interesses coletivos ela tenta proteger. Assim, inevitável que haja conflito de normas que visam proteger direitos e interesses os mais variados possíveis.

A Constituição Federal de 1988 está no ápice da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, o que implica que essa rege todas as demais leis em vigência no país, preponderando sobre estas e lhes determinando o sentido. Contudo, pode ocorrer conflitos de princípios (espécies normativas) constitucionais (positivos ou não), ou seja, uma colisão de princípios. Na hipótese de um conflito de princípios, em um caso concreto, um dos métodos mais utilizados pela moderna hermenêutica para a solução do impasse é o chamado “princípio da proporcionalidade”.

Eugênio Pacelli Oliveira¹² aduz:

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto da proteção, mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao outro ou outros. Fala-se, então, em proporcionalidade.

A teoria da proporcionalidade (*balancing test*), também chamada simplesmente de princípio da proporcionalidade, ganhou destaque em relação às provas na jurisprudência e doutrina alemãs onde os operadores do direito firmaram o entendimento de que a exclusão de uma prova ilícita poderia levar à absoluta perplexidade e evidente justiça (Verhältnismässigkeitsprinzip ou critério de proporcionalidade).

A aplicação dessa teoria no Direito Processual Penal ocorreu de forma natural para fundamentar a relativização da vedação das provas ilícitas. Caso a vedação fosse considerada como garantia absoluta, poderia gerar, por vezes, situações de inegável desproporção, com a proteção conferida ao direito então violado (na produção de provas), em detrimento do direito da vítima do delito.

Para alguns doutrinadores¹³, o princípio da proporcionalidade se subdivide em princípio da necessidade, princípio da adequação e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da necessidade estabelece a imposição de se utilizar o meio que menos interfira em um direito fundamental, sem entrar na questão da adequação entre meios e fins.

O princípio da adequação diz respeito à aptidão que determinado meio deve ter para alcançar o fim legítimo pretendido.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe a ponderação dos interesses em conflito.

O legislador reformador demonstrou ser adepto à aplicação do princípio da proporcionalidade no direito processual penal tanto que fez constar na redação do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

Antes mesmo dessa alteração legislativa, a jurisprudência e a doutrina firmaram posicionamento no sentido de reconhecer a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 292.

¹³ PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3 ed. Niterói: Editora Impetus. 2005, p. 839.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161.

O aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente da ilicitude; e, b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular¹⁴. Ademais, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade¹⁵.

Nestor Távora¹⁶, sabiamente, expõe que:

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Nesse sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do *status* de inocência. Sabe-se, contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para tutelar os interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

A proteção da sociedade está melhor amparada pela preservação do núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o “bode expiatório” das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos.

Desta maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arripio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, e o prejuízo provado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada. Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas.

9 Redação do § 4º do Art. 157 do Código de Processo Penal

O Projeto de Lei nº 4.205/01-E apresentou o § 4º do art. 157 do Código de Processo Penal com a seguinte redação:

Art. 157 [...] § 4º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

O § 4º do art. 157 tinha como intuito a manutenção da imparcialidade do juiz. O juiz que tivesse contato com a prova declarada inadmissível, por se ilícita, não poderia proferir a decisão final.

Tal parágrafo foi vetado, sendo apresentadas a razões expostas abaixo:

O objeto primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deve ser, eventualmente, substituído por outro que nem sequer conhece o caso.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 294.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; Antonio Scarance Fernandes; Antônio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 162.

¹⁶ TÁVORA, Nestor; Rosmar A. R. de Alencar. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 311.

Esse veto foi duramente criticado por alguns estudiosos do direito. Ponderaram que a regra apresentada no § 4º do art. 157 era lógica e constitucional. A preocupação da regra era perfeitamente correta. Independentemente do desentranhamento da prova considerada ilícita, o juiz já teve acesso ao seu conteúdo e, mesmo de forma implícita e subjetiva, não utilizada na motivação da decisão, o conteúdo da prova ilícita certamente será considerado na formação das premissas que desencadearão o resultado do julgamento. Argumentam que as razões do veto apresentadas, como a preocupação com a substituição do juízo e o desrespeito à celeridade do processo; além da vinculação do juízo da instrução no cumprimento dos provimentos mandamentais dos tribunais, estão muito distantes do foco real do problema. Por fim, afirmam que a contaminação do juízo pela valoração da prova declarada ilícita passa a ser, com este veto, ignorada pelo sistema processual¹⁷.

Em que pese as críticas ao veto, entendo que assiste razão ao legislador em não incorporar a redação original do projeto ao texto de lei. Poder-se-ia incorporar as razões práticas apresentadas (prejuízo à celeridade processual e ineficácia em uma turma colegiada) a possibilidade de uma parte utilizar-se da juntada de uma prova claramente ilícita ao processo apenas com a finalidade de afastar o juiz. Não é difícil de se imaginar, por exemplo, que em uma determinada comarca existam dois juizes com entendimentos distintos sobre determinada matéria de direito sendo um favorável à pretensão da parte e o outro desfavorável. Caso a ação ao ser distribuída tenha sido designada para o juiz cujo entendimento seja desfavorável, a parte poderia juntar uma prova ilícita visando afastar esse juiz e obrigando o mesmo a declinar da ação àquele juiz que possuiu o entendimento mais favorável à parte.

O impedimento previsto no § 4º do art. 157 poderia, ainda, causar grande prejuízo em uma comarca de primeira instância onde existe apenas um juiz ou um número insuficiente de magistrados. É notório que a quantidade de juizes encontra-se aquém do mínimo necessário para a demanda de processos. Caso um magistrado fosse impedido de proferir sentença em todos os processos em que se verificasse uma prova ilícita e um outro julgador tivesse que proferir a sentença, o acúmulo de processos sem movimentação ou desfeito em um tempo razoável seria inevitável.

Destaca-se, também, a regra de livre apreciação da prova para a convicção do magistrado que recebeu atenção do legislador reformista que através da Lei 11.690/08 definiu uma nova redação para o art. 155 do Código de Processo Penal.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Assim, o princípio do livre convencimento motivado, também conhecido por princípio do livre convencimento, princípio da persuasão racional do juiz, princípio da livre convicção motivada, princípio da livre convicção e princípio da livre apreciação da prova continua tendo fundamentação legal expressa no Código de Processo Penal (antes da reforma, o princípio encontrava-se previsto no art. 157). Esse princípio significa que o juiz é livre para formar seu convencimento segundo as provas dos autos e, portanto, para valorar as provas, as quais têm legal e abstratamente o mesmo valor, mas deve fundamentar, explicitando em que elementos probatórios se fundou seu convencimento. Tal princípio é o que prevalece no conhecido sistema acusatório misto e no sistema acusatório moderno.

Por esse princípio, mesmo que o magistrado tenha tomado conhecimento da prova ilícita não poderá fundamentar a sua decisão nela. O juiz deverá se valer das demais provas legais contidas nos autos para proferir a sentença.

10 Consequências Processuais da Admissão da Prova Ilícita

A Constituição considera expressamente inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, porém não estabelece de forma explícita a consequência que deriva da circunstância de, apesar da proibição, a prova ter sido admitida, vindo a ingressar no processo.

O legislador reformista silenciou-se a respeito da consequência da admissão da prova ilícita no processo penal.

Diante desse fato, deve-se continuar utilizando a analógica, ou seja, do processo de auto-integração da lei, vez que em face da omissão involuntária da lei, aplica-se norma que disciplina fato análogo.

Segundo Ada Pellegrini¹⁸:

¹⁷ SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma processual penal de 2008*: Lei 11.719/2008, procedimentos penais: Lei 11.690/2008, provas: Lei 11.689/2008, juri: comentadas artigo por artigo/Ivan Luís Marques da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; Antônio Scarance Fernandes; Antônio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 171.

as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por estas tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas (v. supra, cap. II, n. 3). Daí sua total ineficácia.

Por isso, em grau de recurso, o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que tiverem sido irregularmente admitidas e levadas em consideração pela sentença. Como já determinou o STF, devem elas ser mesmo desentranhadas do processo (v. supra, n. 10). E o tribunal julgará a causa como se elas não existissem.

Cumpra-se notar que não ocorrer, na hipótese, supressão de um grau de jurisdição, se a questão foi controvertida em primeiro grau, por devolver o recurso o conhecimento integral da causa tribunal, nos limites da matéria impugnada.

A sentença passada em julgado, que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e poderá ser desconstituída pela via da revisão criminal, caso em que o juízo rescisório poderá, examinando o mérito, absolver o imputado. Mas, tratando-se de *habeas corpus*, a decisão de primeiro grau deverá ser anulada, com a indicação das provas viciadas, além da determinação de seu desentranhamento.

11 Considerações Finais

As normas alteradas pela Lei nº 10.690/08 tem natureza exclusivamente processual penal, não versando sobre crimes e penas. Por essa razão, possuem aplicação imediata, mesmos aos processos já em curso, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal).

No decorrer deste trabalho analisou-se o alcance da vedação das provas obtidas por meios ilícitos, procurando-se expor a alteração conceitual sobre “provas ilícitas” e a discussão sobre a aplicação do abrandamento à teoria dos frutos da árvore envenenada bem como expor a discussão sobre o destino a ser conferido a tais provas.

Constata-se que o legislador ocupou-se de tratar diretamente sobre as provas ilícitas que até então vinham disciplinadas apenas na Constituição Federal no seu art. 5º, LVI e no próprio Código de Processo Penal, mas em outro capítulo (art. 233, em que se veda a utilização em juízo de cartas obtidas por meios criminosos) traçando o conceito de provas ilícitas e criando o incidente de inutilização dessas. Contudo, deixou algumas lacunas que deverão ser resolvidas pela jurisprudência, principalmente, sobre qual o recurso cabível contra a decisão de desentranhamento das provas ilícitas e consequências processuais de sua admissão.

12 Referências

CABETT, Eduardo Luiz Santos. *A reforma do código de processo penal e a polêmica da não admissibilidade das provas ilícitas*. 30/10/2008. 09 folhas. Disponível em

<http://www.novacriminologia.com.br/artigos/lei/default.asp?id=2187>. Acessado em 30/10/2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DONZELE, Patrícia Fostes Lopes. *Prova ilícita*. 26/10/2008. 07 folhas. Disponível em

<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/14/95/1495>. Acessado em 30/10/2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade*. 07/07/2008. Artigo. 03 folhas. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11466>. Acessado em 30/10/2008.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. *Lei nº 11.690/08 (reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal) primeira parte*. Artigo. 06 folhas. Disponível em

<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais>. acessado em 30/10/2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; Antônio Scarance Fernandes; Antônio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recurso no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. Editora Revista dos Tribunais. 4. ed. São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 3. ed. Niterói: Editora Impetus, 2005.

TÁVORA, Nestor; Rosmar A. R. de Alencar. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1988*. Brasília: Senado Federal. Centro gráfico. 1988.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848. 07/12/1940. Código Penal.

BRASIL. Lei Ordinária nº 11.690/08.10/06/2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.