

PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL: DISCUSSÕES ACERCA DE SUA ADMISSIBILIDADE

Brendha Lília Soares Rosa¹

RESUMO

O presente artigo tem com objetivo analisar as posições doutrinárias, jurisprudenciais e os diplomas legais relacionados à possibilidade ou não de admitirem-se, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos. Embora a regra geral esculpida no texto constitucional seja pela sua vedação, sua interpretação conjugada com os princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal, a presunção de inocência, a proporcionalidade, o contraditório e a ampla defesa, permite excepcionar-lhe nas situações em que direitos fundamentais — do acusado e de terceiros — colidem. Posicionamentos distintos, entretanto, surgem no tocante às provas ilícitas quando a favor e quando contra o réu. As provas ilícitas *pro reo* são amplamente aceitas pela doutrina e pela jurisprudência. Dissenso, porém, há no caso de as provas ilícitas serem desfavoráveis ao acusado. Embora o entendimento dominante nos tribunais pátrios seja pela sua inadmissibilidade, uma forte corrente doutrinária defende a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, relativizando tal vedação.

Palavras-Chave: Provas. Provas ilícitas. Processo Penal. Admissibilidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the doctrinal, jurisprudential and legal positions related to the possibility of admitting, in criminal proceedings, the evidence obtained by illegal means. Although the general rule in the constitutional text is its prohibition, its interpretation in conjunction with the principles inherent in the Democratic State of Law, such as due process of law, presumption of innocence, proportionality, contradiction and ample defense, in situations where fundamental rights - of the accused and third parties - collide. Different positions, however, arise in

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Multivix Castelo.

relation to illegal evidence when in favor and when against the defendant. Illegal proceeds are widely accepted by doctrine and jurisprudence. Dissent, however, is in the event that the unlawful evidence is unfavorable to the accused. Although the dominant understanding in the domestic courts is for its inadmissibility, a strong doctrinal current defends the consideration of the interests involved in the concrete case, relativizing such a fence.

Keywords: Evidences. Illicit evidence. Criminal proceedings. Admissibility. Proportionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) elenca entre os direitos fundamentais do indivíduo a vedação de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, LVI). Há, assim, uma limitação dos atos que buscam a chamada “verdade real” no processo penal, com vistas a assegurar o respeito aos direitos e garantias individuais do acusado e de terceiros.

Entretanto, tal comando constitucional tem sido mitigado por entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Nas situações em que a prova ilícita gera benefícios ao acusado, denominada “*pro reo*”, seu uso é amplamente aceito, sendo capaz de embasar uma absolvição.

Divergência surge no caso inverso, quando a prova ilícita é desfavorável ao réu e comprova sua culpa, ensejando uma condenação. Nessa situação, o entendimento dominante nos tribunais brasileiros é pela sua inadmissibilidade. O uso de provas ilícitas “*pro societate*”, como é chamada, embora defendido por uma parcela doutrinária, ainda gera muita discussão, com convincentes argumentos para os dois lados.

A anulação de provas ilícitas já levou ao sepultamento de investigações policiais e ações penais complexas, em fases avançadas ou até mesmo já julgadas. No caso de crimes envolvendo organizações criminosas, com grande repercussão midiática, a discussão acerca do uso de provas ilícitas ganha especial relevância.

Afinal, até que ponto um direito individual pode prevalecer ante ao interesse coletivo lesado? O descarte automático de provas sempre que afetadas por algum tipo de

ilicitude leva à impunidade dos criminosos e conseqüente revolta e descrença da população no poder punitivo estatal. Lado outro, há que se pesar o risco envolvido em limitar uma das maiores garantias basilares dos direitos à ampla defesa e presunção de inocência.

Ante tais aparentes conflitos de direitos fundamentais, ganha especial importância a análise e aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de harmonizar os interesses envolvidos no caso concreto.

Dada a pertinência do tema, o presente trabalho tem como objetivo apresentar os argumentos invocados pela doutrina pátria a favor e contra a admissibilidade de provas ilícitas. Antes, contudo, sintetiza-se o conceito de prova e sua classificação quanto à ilicitude, conforme adotada pelos renomados autores do assunto.

Feito este breve intróito, são apresentados julgados dos tribunais superiores envolvendo anulação de provas ilícitas em grandes operações que apuravam desvio de verbas públicas, corrupção e lavagem de dinheiro, demonstrando a tendência atual da jurisprudência brasileira em inadmitir tais provas em detrimento do interesse coletivo.

Como exemplo da insatisfação popular causada por tais anulações – e a conseqüente impunidade -, apresenta-se o projeto de lei de iniciativa popular proposto pelo Ministério Público Federal, que ficou conhecido como “10 medidas contra a corrupção”, sugerindo alterações legislativas que possibilitassem a apreciação dos direitos e interesses envolvidos a fim de avaliar a exclusão da prova.

A fim de proporcionar tal reflexão quanto às diferentes teorias sobre as provas ilícitas e o atual posicionamento dominante nos tribunais pátrios, utiliza-se o método de abordagem dialética, a partir da contraposição de ideias, comparando-se os argumentos contrários e favoráveis ao tema em análise, com base em revisão bibliográfica e coleta de jurisprudência.

A análise ponderada de tais argumentos faz-se extremamente necessária, especialmente no atual contexto de informação disponível a população em geral, que, de maneira cada vez mais ativa, espera uma resposta do Poder Judiciário frente a crimes de amplo alcance.

2 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

2.1 A Prova no Processo Penal Brasileiro

2.1.1 Prova: conceito e objetivo

O termo “prova” deriva do latim *probatio* e, no sentido jurídico, é o conjunto de atos praticados no processo, seja pelas partes, pelo juiz ou por terceiros, com o objetivo de levar ao magistrado a convicção acerca da existência e veracidade de um fato ou afirmação essenciais para o deslinde da causa. As provas são chamadas de “olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda sua dialética”, sendo o tema mais importante de toda a ciência processual (CAPEZ, 2016, p. 425).

Segundo Bonfim (2012), o tema ganha ainda maior relevo na esfera penal do direito processual, onde, diferentemente do que ocorre no âmbito do processo civil, em que, ainda que de forma mitigada, aplica-se o princípio da verdade formal, no processo penal, vige o princípio da verdade real. Tal distinção dá-se devido ao objeto do processo. Enquanto a maioria das causas cíveis tratam de interesses patrimoniais disponíveis, que, em tese, são menos relevantes para a sociedade, o processo penal leva à aplicação de penas restritivas do direito fundamental da liberdade, além de o direito penal material tutelar condutas de elevado grau de interesse social.

Resumindo o princípio da verdade real, Oliveira (2015) explica que a prova no processo penal objetiva a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade, ou seja, como efetivamente os fatos ocorreram no espaço e no tempo.

2.1.2 A vedação às provas ilícitas no processo penal

A busca pela verdade no processo, entretanto, não é ilimitada. A fim de garantir o respeito aos direitos e garantias individuais do acusado e de terceiros, dispõe a Constituição Federal (1988), em seu artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código de Processo Penal (1941), com a redação que lhe deu a Lei nº 11690 de 2008, reproduz a mesma vedação no *caput* do artigo 157: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo,

as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Para Rangel (2015), tal limitação, dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais, visa a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Oliveira (2015) acrescenta que a vedação das provas ilícitas ainda cumpre função eminentemente pedagógica, na medida em que controla a regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Assim, fortalece-se a igualdade processual, pois, ao impedir que os agentes do Estado - normalmente os responsáveis pela prova – produzam-nas irregularmente, equilibra-se a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa.

2.1.3 Provas ilícitas x provas ilegítimas

Apesar de a Constituição e a lei não o fazer, a doutrina denomina as provas obtidas por meios ilícitos de prova proibida, defesa, vedada ou inadmissível, sendo gênero, do qual são espécies (TÁVORA; ALENCAR, 2016):

a) provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (Lei nº 9.296/1996);

b) provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (artigo 159, § 1º, Código de Processo Penal (1941));

c) provas irregulares: para Rangel (2015), são aquelas permitidas pela legislação processual, mas que, na sua produção, as formalidades legais não foram atendidas. Por exemplo, uma busca e apreensão domiciliar, que, embora seja prova admitida, o mandado não atenda aos requisitos formais do artigo 243 do Código de Processo Penal (1941). Esta última classificação, não é, contudo, adotada pela maioria da doutrina, que entende que as provas ditas irregulares estariam, em última análise, violando normas de caráter processual, e logo seriam ilegítimas.

De toda forma, a nova redação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal (1941), tratou sob o mesmo páreo as provas ilícitas e ilegítimas, sem distingui-las, vedando tanto aquelas violadoras de norma de disposições materiais quanto processuais.

2.1.4 Ilícitude por derivação: a teoria dos frutos da árvore envenenada

O artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal (1941) consagrou a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, originada da jurisprudência norte-americana, ao considerar inadmissíveis também as provas derivadas das ilícitas. Conforme sugere a expressão inglesa, a teoria é no sentido de que as provas ilícitas por derivação devem ser igualmente desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício de ilicitude do meio usado para obtê-las (BONFIM, 2012).

Conforme Oliveira (2015) tal aplicação é consequência lógica da do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas:

Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. (OLIVEIRA, 2015, p. 363)

Destaca, porém, que tal teoria não é absoluta ou revelar-se-ia cláusula de permanente imunidade em relação ao fato. Com isso, nem sempre que estivermos diante de uma prova obtida ilicitamente teremos como consequência à inadmissibilidade de todas aquelas outras provas a ela subsequentes (OLIVEIRA, 2015).

Távora e Alencar (2016) apresentam as limitações legais à teoria da ilicitude por derivação:

a) teoria da fonte independente ou prova absolutamente independente (*independent source*): exposta no art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (1941): “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” (grifo nosso). Se

existirem outras provas 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, se não há vinculação nem dependência, a prova ilícita não contaminará as demais;

b) descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente (*inevitable discovery*): prevista na parte final do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal (1941): “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 (grifo nosso).

O conceito de fonte independente encontra-se no §2º do mesmo artigo: “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.”

Se a prova decorrente de outra ilícita viria aos autos de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade e a prova será aproveitada (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

A diferença para a teoria anterior está em que, na prova independente, não existe liame entre a prova ilícita e as demais. Na descoberta inevitável, o nexo existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Era apenas uma questão de tempo (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Apesar dessas duas exceções legais, a lei é expressa no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas. Em resumo:

Certo é que as provas obtidas por meio considerado ilícito não poderão ingressar no processo. Caso já se encontrem nos autos, deve o julgador determinar seu desentranhamento, ou seja, sua retirada dos autos, de modo a evitar que essas provas, ainda que racionalmente desconsideradas pelo julgador, acabem por exercer influência na formação de seu convencimento. Com a preclusão de decisão que determinou o desentranhamento da prova inadmissível, o juiz determinará sua inutilização, sendo facultado às partes acompanhar o incidente de inutilização. A sentença que se fundar em prova ilícita será nula (BONFIM, 2012, p. 463).

2.2 Admissibilidade de Provas Ilícitas

2.2.1 A teoria da proporcionalidade

Como expõe Capez (2016), surge a questão de até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, diante da ponderação dos valores contrastantes entre indivíduo e sociedade.

Em outras palavras, como agir em situações em que a única forma de chegar à tão buscada verdade real, aclamada no processo penal, é através de uma prova ilícita? E se for esta a única maneira de provar-se uma inocência? E se for esta a única base para uma condenação?

A resposta é encontrada na denominada teoria da proporcionalidade ou do interesse preponderante, desenvolvida na Alemanha, no período do pós-guerra. De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, admite-se 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 (CAPEZ, 2016).

Assim também o posicionamento de Moraes (2004, p. 63):

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Para Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2008), o princípio da proporcionalidade tem sido apontado como instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, ressaltando, contudo, a necessidade de que sua aplicação seja, única e exclusivamente, em situações tão extraordinárias que levariam a

resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente acolhida.

2.2.2 Admissibilidade de provas ilícitas *pro reo*

Quanto à admissibilidade de provas ilícitas *pro reo*, ou seja, ensejando sua absolvição, predomina na doutrina o entendimento, com base no princípio do *favor rei*, de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2008).

Capez (2016) explica que o princípio da vedação não pode amparar condenações injustas. Assim, entre aceitar uma prova vedada, que seja o único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém inocente seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a que mais se harmoniza com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana.

Isso ocorre sob o argumento que, se a vedação quanto à proibição da prova ilícita nada mais é do que garantia do indivíduo, jamais poderia ser interpretada em seu desfavor (BONFIM, 2012). Assim,

A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou explicável (OLIVEIRA, 2015, p. 376).

Mesmo assim, há que se aplicar tal possibilidade com cautela. Marcão (2014) alega que só deverá ser acolhida e valorada a prova ilícita quando o acusado não dispuser de meios lícitos para demonstrar sua inocência. No mesmo sentido, Távora e Alencar (2016) apontam a necessidade de avaliar-se a real utilidade da prova ilícita para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada.

Há que se cuidar também de que a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência 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 (TÁVORA; ALENCAR, 2016).

Assim, como resume Avena (2014), o uso ou não da prova ilícita, mesmo a favor do réu, é uma faculdade do juiz, que, amparado pela previsão legal de inutilização desta, deve decidir conforme as peculiaridades do caso concreto.

2.2.3 Inadmissibilidade de provas ilícitas *pro societate*

Situação inversa à anteriormente apresentada ocorre quando a prova ilícita levaria à condenação do réu, ou seja, admissibilidade de provas ilícitas *pro societate*, como é chamada. Neste caso, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores e o posicionamento da maioria da doutrina 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 irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação (CAPEZ, 2016).

Justificando tal posicionamento, Marcão (2014) adverte que essa forma de pensar pode fazer ruir todo o sistema de garantias fundamentais. Argumenta que não se trata de mero conflito entre o interesse público de punir e o interesse do acusado em ficar impune, mas entre o interesse público de punir e o interesse de preservar a ordem constitucional vigente, os princípios e valores fundamentais, que inegavelmente deve prevalecer, já que a preservação e a integridade dos princípios basilares que regem a ordem superior do Estado interessam a toda a sociedade, e não apenas ao particular acusado.

Távora e Alencar (2016) também entendem que a busca do combate ao crime não justifica a quebra de garantias constitucionais, porque preservá-las é o melhor meio de proteger a sociedade, já que flexibilizar direitos é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos. Indo além, remontam tal teoria ao “direito penal do inimigo”, tese do alemão Günter Jakobs, sobre a possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo grau de periculosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãs, e portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais. Em tais casos, em que endurece-se a legislação, flexibilizam-se garantias e toleram-se ilegalidades na persecução penal, o Estado acabaria equiparando-se ao infrator.

Sob o ponto de vista de Nucci (2014), o sistema processual penal brasileiro ainda é imaturo demais em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais para abrir exceções à proibição da prova ilícita. Alega que ainda não se está diante de um Estado-investigação devidamente preparado e equilibrado, apto a admitir uma liberdade maior para a atuação policial, desgarrada das proteções constitucionais. Por isso, o autor também é favorável à manutenção do critério da proibição da prova ilícita por derivação em sua máxima aplicação (exceto para garantir a absolvição do acusado).

2.2.3.1 Julgados dos Tribunais Superiores pela inadmissibilidade de provas ilícitas

Demonstrando a tendência atual dos tribunais superiores brasileiros em inadmitir as provas ilícitas, nos últimos anos, foram anuladas grandes investigações policiais e ações penais, que, envolvendo personalidades políticas, grandes empresas e desvio de verbas públicas, tiveram amplo destaque midiático.

Em 05 de abril de 2011, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça anulou a operação Castelo de Areia, deflagrada em março de 2009, que investigava desvios de verbas públicas envolvendo diretores de empreiteiras e agentes públicos, liderados pela construtora Camargo Correa. Conforme decisão no Habeas Corpus Nº 137.349-SP, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, as quebras de sigilo e as interceptações telefônicas basearam-se em denúncia anônima não submetida a investigação preliminar.

A mesma Turma decidiu, em 15 de setembro de 2011, pela anulação das provas colhidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público na chamada operação Boi Barrica (posterior Operação Faktor), que investigou um suposto esquema de tráfico de influência, desvio de recursos, lavagem de dinheiro e envio irregular de recursos ao exterior nos negócios do empresário Fernando Sarney e de outras pessoas da família do na época presidente do Senado Federal, José Sarney.

Segundo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus Nº 191.378 – DF, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, a quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos foi determinada com base em mera comunicação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) sobre uma movimentação atípica nas

contas bancárias de Fernando Sarney e de sua esposa, sem qualquer diligência para apurar os fatos. Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que “a ausência de esgotamento de outros meios de prova leva-nos à consequente conclusão da chamada ‘prova ilegítima/ilícita’, produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais”.

Já em 16 de dezembro de 2014, foi a vez de o Supremo Tribunal Federal posicionar-se quanto a ilicitude de provas, ao anular a operação Chacal, realizada pela Polícia Federal. Em outubro de 2004, os policiais cumpriram mandado de busca e apreensão no endereço profissional do banqueiro Daniel Dantas, investigado por lavagem de dinheiro, no 28º andar de um edifício. Entretanto, foram apreendidos equipamentos eletrônicos no 3º andar, na sede do Banco Opportunity, sem que houvesse mandado para esse endereço. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 106.566-SP, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, foi pela inutilização das provas.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello demonstrou o entendimento adotado pela Corte:

Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da persecução penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), pois o Estado, em tema de apuração de crimes, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar, até mesmo, ilícito constitucional. É por tal razão que a ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano de nosso sistema de direito positivo.[...] Daí a clara diretriz jurisprudencial desta Corte Suprema no sentido de que ninguém pode ser investigado, denunciado e, muito menos, condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. (grifo nosso)

Da Operação Chacal originou-se a Operação Satiagraha. Justamente nas diligências realizadas sem mandato foram descobertos indícios de crimes financeiros cometidos por Daniel Dantas e o Banco Opportunity. A operação foi anulada pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2011 (Habeas Corpus 149.250-SP, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu – Desembargador Convocado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). O Supremo Tribunal Federal ratificou a anulação com a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, nos autos do Recurso Extraordinário 680.967-DF em 2015.

Entenderam os tribunais como ilegal a convocação pelo delegado responsável pelo caso, Protógenes Queiroz, de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), órgão a serviço exclusivo da Presidência da República, sem atribuição de atos de Polícia Judiciária, além de um detetive particular. Segundo a ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, as nulidade verificadas na fase pré-processual contaminaram a futura ação penal, devendo as provas ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, sendo a ação penal anulada desde o início.

Tais exemplos mostram que a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos quando desfavoráveis ao acusado, além de corrente doutrinária majoritária, é a predominante nos tribunais superiores, mesmo em casos que envolvam amplo interesse coletivo.

2.2.4 Possibilidade de provas ilícitas em desfavor do acusado

Há, contudo, embora minoritária, parte da doutrina que defende a possibilidade de admitirem-se provas ilícitas em prejuízo do réu, sob o manto da aplicação da teoria da proporcionalidade.

Nucci (2014), de forma simplista, resume que, para os defensores dessa posição, é preciso ponderar os interesses em jogo, quando se viola uma garantia qualquer. Assim, para a descoberta de um sequestro, libertando-se a vítima do cativo, prendendo-se e processando-se criminosos perigosos, por exemplo, seria admissível a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Entretanto, para apurar um furto simples, não se admitiria a mesma violação da intimidade, porque esta é mais relevante que o patrimônio.

Entre os que defendem tal corrente está Capez (2016), que entende não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a impunidade de perigosos marginais. Em outras palavras, o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas, por exemplo).

No mesmo sentido é o ensinamento do constitucionalista MORAES (2007, p.382):

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Para Avena (2014), na atualidade, decorrendo a prática do crime, muitas vezes, da ação de organizações altamente especializadas, não se pode radicalizar a incidência do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, aos interesses do réu. Entende, assim, que a necessidade de estabelecer-se a prevalência da segurança da sociedade, também prevista no art. 5.º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), faz com que deva ser admitida, também contra o réu, a prova ilícita quando o interesse público o exigir, evitando-se, destarte, a impunidade de criminosos.

A admissão excepcional da prova ilícita *pro societate*, quando ausente outra forma de alcançar a responsabilização penal nos crimes de mal coletivo, ainda parece justificar-se em questões relacionadas às chamadas prevenção geral e prevenção especial. Prevenção geral no sentido de que a ameaça quanto à possibilidade de uso de provas ilicitamente obtidas já consistiria, por si, em espécie de advertência para que os integrantes do grupo social se abstivessem da prática de crimes. Já a prevenção especial, dirigida ao delinquente em particular que tenha sido condenado a partir de um critério menos rigoroso de aceitação das provas, faria com que não voltasse a transgredir as normas jurídico-penais (AVENA, 2014).

No pensamento de Bonfim (2012), a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos, apesar de notável garantia constitucional-processual, afronta o princípio do livre convencimento do juiz, na medida em que obriga o magistrado a desconsiderar a realidade, ou seja, a busca da verdade real. Por isso, conforme assevera Bedaque (2001, p.103):

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma oposta àquela decorrente da sua convicção?

Outro perspicaz argumento a favor do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação é apresentado por Oliveira (2015) que destaca a aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade, qual seja, a função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova). Sendo assim, se a admissão da prova ilícita não for incrementar ou estimular a prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, seria possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.

Sustenta que a norma da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente destina-se prioritariamente, embora não unicamente, ao Estado, no processo penal, dado que este é o produtor da prova, e a vedação serviria como inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dele. Dessa maneira, no caso de a prova ilícita não ter sido produzida pelo Estado, o referido princípio constitucional não perderia tanto em sua efetividade (OLIVEIRA, 2015).

Não por outra razão, o Direito norte-americano, exatamente a fonte de nossa vedação das provas ilícitas, aceita, sem maiores problemas, a prova obtida ilicitamente *por particulares*. É o que se observa na doutrina de Etxeberria Guridi (1999, p. 519-520) e de Gonzalez-Cuellar Serrano (1990; p. 331). O fundamento é o mesmo que acabamos de expor: a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado, produtor da prova, e não ao particular (OLIVEIRA, 2015).

Apesar de posicionamento da minoria, a tese defensora da possibilidade de admissão de provas ilícitas em desfavor do réu possui fortes argumentos, que tomam ainda mais força no caso de crimes envolvendo organizações criminosas, em que o descarte automático de provas sempre que afetadas por algum tipo de ilicitude leva à impunidade dos criminosos e conseqüente revolta e descrença da população no poder punitivo estatal.

2.2.4.1 Projeto de Lei 4850/2016 – “10 medidas contra a corrupção”

Como exemplo da insatisfação popular que as anulações – e a impunidade por elas gerada - causam, o Ministério Público Federal, apresentou à Câmara dos Deputados, em 29 de março de 2016, o projeto de lei de iniciativa popular nº 4850/2016, que ficou conhecido como “10 medidas contra a corrupção”, propondo alterações legislativas visando aprimorar a prevenção e o combate à corrupção e à impunidade. A medida de número 7 propunha uma série de interessantes alterações no capítulo de nulidades do Código de Processo Penal.

Uma das alterações referia-se ao conceito de prova ilícita constante no artigo 157 do Código de Processo Penal. Segundo a justificativa do projeto, a expressão “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” é muito amplo e permite “a anulação de provas por inobservância de uma simples formalidade, por menor importância que tenha, mesmo que isso não implique violação de direito ou garantia do investigado”, além de possibilitar interpretações subjetivas que conduzem a decisões seletivas. Assim, propunha-se que fossem consideradas ilícitas as provas obtidas com violação aos direitos ou garantias legais ou constitucionais.

O projeto também defendia que, sendo a inadmissibilidade das provas ilícitas importada da construção jurisprudencial norte-americana, deveriam ser adotadas no Brasil todas as causas excludentes da ilicitude reconhecidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, além da fonte independente e da descoberta inevitável, previstas no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal. Propunha a inclusão de mais oito incisos, permitindo o uso de provas ilícitas em situações como boa-fé ou erro escusável do agente público; relação remota ou atenuada entre a ilicitude e a prova; derivação de decisão judicial posteriormente anulada; obtenção em legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal; uso pela acusação com o propósito exclusivo de refutar álibi, fazer contraprova de fato inverídico deduzido pela defesa ou demonstrar a falsidade ou inidoneidade de prova por ela produzida; quando necessária para provar a inocência do réu ou reduzir-lhe a pena; obtidas no exercício regular de direito próprio, com ou sem intervenção ou auxílio de agente público; obtida de boa-fé por quem dê notícia-crime de fato que teve conhecimento no exercício de profissão, atividade, mandato, função, cargo ou emprego públicos ou privados.

Por fim, haveria a inserção de um quarto parágrafo no artigo 157, prevendo que o juiz ou tribunal que declarasse a ilicitude da prova deveria indicar as que dela são derivadas, demonstrando expressa e individualizadamente a relação de dependência ou de consequência, e ordenaria as providências necessárias para a sua retificação ou renovação, quando fosse possível.

O projeto também previa pequenas alterações nos artigos 563 a 573, com os objetivos de estabelecer o aproveitamento máximo dos atos processuais e a necessidade de demonstração pelas partes do prejuízo gerado por um defeito processual, à luz de circunstâncias concretas, além de introduzir a ponderação dos direitos e interesses em jogo na avaliação da exclusão da prova.

Na votação do projeto pela Câmara dos Deputados em novembro de 2016, entretanto, seis das dez medidas sugeridas pelo Ministério Público Federal foram suprimidas, incluindo a referente às nulidades. Assim, o projeto que seguiu para o Senado Federal (sob o nº 80/2016) teve a ideia original do texto totalmente danificada.

3 CONCLUSÃO

Neste artigo analisou-se o tratamento concedido às provas obtidas por meios ilícitos no ordenamento brasileiro e o entendimento dominante na jurisprudência e na doutrina quanto à possibilidade de sua admissão no processo penal.

Verificou-se que a maior polêmica surge no tocante às provas ilícitas *pro societate*, ou seja, desfavoráveis ao acusado, sendo o entendimento majoritário pela sua vedação.

Apesar da divergência doutrinária e do atual posicionamento dos tribunais superiores, nota-se que, para harmonizar e compatibilizar os direitos colidentes do acusado e da sociedade, faz-se imprescindível a aplicação da proporcionalidade.

Como todos os princípios constitucionais, a inadmissibilidade das provas ilícitas não é um princípio absoluto, mas deve ser ponderado com outros, incluindo a necessidade de uma tutela penal eficiente. Afinal, a garantia da inadmissibilidade foi criada para proteger a liberdade, igualdade e dignidade humana. Aplicá-la de forma extrema e absoluta contraria sua finalidade, ao ferir tais direitos de terceiros.

Há de considerar-se que nem sempre admitir provas ilícitas, mas verídicas, fará injusto o julgamento. Pelo contrário, em muitos casos, excluí-la causa muito mais descrédito ao Judiciário do que admiti-la, já que, em muitas situações, sua vedação privilegia a classe alta.

A garantia da inadmissibilidade não pode absolutizar direitos individuais, mas deve ser compatibilizada com as demais necessidades da sociedade.

Conclui-se, portanto, que qualquer teoria aplicada de forma extrema pode levar a inadmissível injustiça. A fim de evitá-la, devem ser buscadas soluções intermediárias, com a análise de cada caso concreto e através de decisões fundamentadas, pautadas no critério da proporcionalidade.

4 REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**: esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de out. de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Habeas Corpus Nº 137.349 – SP**. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Kurt Paul Pickel. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no DJe 30 mai 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011>. Acesso em: 24 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Habeas Corpus Nº 149.250 – SP**. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Paciente: Daniel Valente Dantas. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. Publicado no DJe 05 set 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011>. Acessado em 24 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Habeas Corpus Nº 191.378 – DF**. Impetrante: Eduardo Antônio Lucho Ferrão e outro. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Paciente: João Odilon Soares Filho. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Publicado no DJe 05 dez 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002168871&dt_publicacao=05/12/2011>. Acessado em 24 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas Corpus Nº 106.566 – SP**. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Daniel Valente Dantas. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJe 19 mar 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8044558>>. Acessado em 24 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. **Recurso Extraordinário Nº 680.967 – DF**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Daniel Valente Dantas. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJe 26 jun 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4226790>>. Acessado em 24 out 2017.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4850/2016**. Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 24 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

———. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.