

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A BOA-FÉ NA PRODUÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

Altair Oliveira Santos Filho¹

Gabriela Mesquita Costa Vasconcelos²

Ana Cristina Almeida Santana³

Direito



RESUMO

O presente estudo busca demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica, pelo método lógico dedutivo, de caráter exploratória, conceitos relacionados ao devido processo legal, ao devido processo penal, a obtenção de prova por meios ilícitos e o debate acerca de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. No intuito de fomentar a questão de sua (in)admissibilidade, faz-se necessário considerar as principais doutrinas, jurisprudências e entendimentos dos Tribunais Superiores do Brasil, relativizando com o disposto na Carta Magna, seus princípios, bem como na legislação ordinária.

PALAVRAS-CHAVE

Devido Processo Legal. Devido Processo Penal. Provas Ilícitas. Admissibilidade.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate, through the bibliographic research, by the deductive logic method, with exploratory nature, concepts related to due process of law, due criminal process, obtaining evidence through illicit means and the debate about its compatibility with the Brazilian legal system. In order to raise the question of its (in)admissibility, it is necessary to consider the main doctrines, jurisprudence and understandings of the Brazilian Supreme Federal Court, in relation to the provisions of the Constitution, its principles, as well as in ordinary legislation.

KEYWORDS

Due process of law. Due criminal process. Illicit evidences. Admissibility.

1 INTRODUÇÃO

Entende-se por devido processo legal o conjunto de regras mínimas necessárias ao desenvolvimento do processo, isto é, o meio de atuação do Estado-juiz ao solucionar uma situação de ameaça a direito.

Conforme lição de Cassio Scarpinella Bueno (2015, p. 41), “trata-se de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria CF impõe à atuação do Estado”, compatível com as expectativas daqueles que se dirigem ao Poder Judiciário em busca de uma resposta jurisdicional.

Ao adentrar a sistematização do Processo Penal brasileiro, a Carta Magna assegura, em seu artigo 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, como forma de garantir, constitucionalmente, o que se denomina de presunção da inocência.

Assim, faz-se necessário que esteja presente, durante toda a persecução o contraditório, garantindo às partes o direito ao conhecimento do que se alega e a ampla defesa, permitindo um processo mais justo e equilibrado. Dessa forma, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de personalidade garantidora, declara ser inadmissível a obtenção de prova de modo ilícito, em consonância com o Código de Processo Penal, em respeito às liberdades públicas. Entretanto, apesar da existência de regulamentação da matéria, ainda não há um consenso doutrinário-jurisprudencial sobre a validade do conjunto probatório colhido em desacordo com as normas constitucionais e legais.

Recentemente o Ministério Público Federal formulou um “Plano de Combate à Corrupção”, instituindo dez medidas em combate à corrupção. A estratégia se desdobra em vinte e uma propostas legislativas relacionadas à melhoria na transparência pública, aumento da pena prevista para o crime e maior celeridade na tramitação de ações por improbidade administrativa. Portanto, o presente estudo tem o objetivo de conceituar, ainda que de forma geral, o que se entende por devido processo legal, devido processo

penal, sua carga principiológica, bem como tecer alguns comentários acerca das provas ilícitas e de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, pelo método lógico dedutivo, de caráter exploratória, tendo por base livros e artigos publicados na internet, além de sítios eletrônicos, para fomentar o debate proposto.

2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL: O DEVIDO PROCESSO PENAL À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA APLICADA

Processo e jurisdição entendem-se interligados, isto é, o direito à jurisdição é, também, o direito ao processo como meio essencial para satisfação da justiça. Para tanto, a Constituição da República assegura, em seu artigo 5º, XXXV, o direito ao processo como garantia fundamental a todos os cidadãos. Assim, de acordo com lição extraída da obra de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 183),

A Constituição refere que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). O novo Código de Processo Civil repete o mesmo texto (art. 3º). Desse dispositivo ressaí não só o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva, mas também o direito à *universalidade* da jurisdição. [...]. Essa universalidade diz respeito tanto à *amplitude* da prestação da tutela jurisdicional, como ao *momento* em que pode ser proposta ação. (Grifos dos autores)

Neste sentido, Humberto Theodoro Junior (2006, p. 28):

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (CF, art. 5º, LIV e LV).

Os princípios informativos do direito inspiram o processo moderno, propiciando às partes a plena defesa de seus interesses e, ao mesmo tempo, instrumentaliza o juiz em busca da verdade real, sem ofender os direitos individuais das partes.

Entretanto, conforme leciona Theodoro Junior (2007, p. 23), “a garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo”. Para ele, o devido processo legal engloba algumas garantias, tais como a garantia do juiz natural e competente e a garantia do acesso à justiça, compreendendo ainda o contraditório e a ampla defesa, além da fundamentação de todas as decisões judiciais, todas previstas no texto constitucional.

O jurista supracitado, em sua obra dedicada ao tema, correlaciona a ideia de devido processo legal àquela referente à de processo justo. Assim, “a par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material” (2006, p. 29).

Continua o raciocínio e considera que o devido processo legal funciona como um super princípio, norteador de todos os demais que devem ser observados durante a persecução processual. Desta ideia, retira-se que o devido processo legal não se restringe a seus aspectos formais, uma vez que veda ao juiz repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas enunciadas pelo legislador.

O juiz, enfim, não repete o discurso do legislador. Faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação no quadro fático, e ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, ante se tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 25).

Ao processo é reconhecido o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional, uma vez que, num Estado Democrático de Direito, a realização dos direitos fundamentais é missão estatal. Nesse diapasão, o processo concretiza os princípios constitucionais, conduzindo à complementação e aperfeiçoamento da obra normativa legislativa. Concretizando esta linha de pensamento, Humberto Theodoro (2009, p. 25) disserta que o juiz integra ao discurso do legislador os direitos fundamentais, “não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição”.

O papel do processo legal é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais e concedendo o provimento jurisdicional compatível com a Constituição. O devido processo legal é, portanto, um único princípio ligante do processo às garantias constitucionais. Para findar a discussão acerca do devido processo legal como princípio constitucional, a função do princípio é realizar satisfativamente direitos materiais, por meio de normas instrumentalizadas que primem pelo contraditório, pela ampla defesa e, acima de tudo, pela justiça.

Ao adentrar a sistemática processual penal, o art. 5º, LIV da CF/88 assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de conceito concebido em lei, devendo ser entendido como sinônimo de garantia, atendendo aos preceitos constitucionais.

Faz-se necessário um processo tipificado, sem a supressão de atos essenciais. De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2016, p. 87), “a pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando o contraditório e a ampla defesa”.

Para os referidos juristas, o devido processo legal deve ser analisado sob dois primas: a processual, assegurando a tutela dos bens jurídicos por meio do devido procedimento e a material, aplicando uma atuação substancialmente adequada, correta e razoável. Portanto, não é suficiente apenas a boa prelação das normas:

É também imprescindível um adequado instrumento para sua aplicação, isto é, o processo jurisdicional (judicial process). [...] O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do jus libertatis (TÁVORA; RODRIGUES, 2016, p. 87).

O Código de Processo Penal ainda vigente, datado da década de 1940, tem uma influência marcante do ordenamento italiano, por isso os resquícios inquisitórios no arcabouço processual criminal brasileiro. A ideologia totalitária que vigorava à época tinha por objetivo idealizar um novo homem, de acordo com os padrões do Estado e do líder, isto é, um homem obediente, disciplinado, impossibilitado de construir qualquer discussão.

Dessa forma, criou-se a ideia de que o processo criminal edificaria um novo homem, em que o encarceramento o livraria do pecado do crime. De acordo com lições de Nereu José Giacomolli (2015, p. 79-80), “a lavagem das impurezas do crime, a purificação do mal ocorreria no interior do cárcere”. E continua dispondo que:

Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 30, refletiu no Brasil e na organização do sistema processo criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais. Essa estruturação político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo de processo penal de estilo inquisitorial, cujas marcas são visíveis.

Em razão do ambiente cultural, político-ideológico em que se instituiu o diploma processual penal brasileiro, algumas marcas de sua inquisitorialidade, como, por exemplo, agir de ofício na requisição de inquérito policial ou na determinação da produção de provas ainda vigentes nos dias atuais. Uma delas, mencionadas pelo supracitado jurista, é a supremacia da punição sobre a liberdade, uma vez que se é permitido o interrogatório sem a presença de defensor, somente alterado pela Lei nº 10.792/2003 ou ainda a possibilidade de remeter o recuso ao juízo *ad quem* sem razões ou contrarrazões, o que ainda vigora no sistema jurídico brasileiro.

Outra marca remanescente é a presunção de culpa do investigado, desconsiderando seu estado de inocência. Assim, “o pensar e agir refletem uma concepção de que o imputado já nasce culpado” (GIACOMOLLI, 2015, p. 80). Portanto, a prisão

processual seria a regra, e o sujeito deveria ser responsabilizado, ainda que sem um exame criterioso da situação fática e das provas apresentadas. Aprofundando a análise principiológica aplicada ao devido processo penal, o direito à defesa é intrínseco à própria condição humana, obtendo respaldo tanto na regulamentação ordinária quanto na constitucional.

Diferente não é a disposição da norma constante do texto do art. 5º, XXXVIII, a, da Constituição Federal, qual seja, “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa”. Assim sendo, a defesa técnica se torna um ato obrigatório frente à imputação criminal, estabelecida pelas leis especiais e até pelo próprio Código Processual Penal. Logo, recebida a denúncia – ou a queixa-crime nos crimes de ação privada –, o juiz promoverá a citação do acusado para responder à acusação em prazo legal previsto.

O mesmo procedimento é o disposto no Tribunal do Júri, conforme dispõe os arts. 406 e 408, CPP, *in verbis*:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Art. 407. As exceções serão processadas em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

Art. 408. Não apresentada a resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em até 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos.

Do direito à ampla defesa derivam outros direitos e garantias fundamentais constitucionalmente defendidos, como o direito à prova, o direito de ser ouvido, bem como o direito ao silêncio e o de ser informado da acusação, a seguir explanado. Entende-se por contraditório, nas lições de Nereu Giacomolli (2015, p. 161), “a possibilidade de ciência bilateral às partes dos atos e termos do processo, reação, contraditório, respostas, contraposição de teses”.

Decorre da natureza dinâmica do processo penal e garante às partes um exercício processual participativo, tendo em vista que o referido princípio não se resume

apenas ao conhecimento do alegado, mas também influi no processado e no próprio juízo de mérito. Assim é o discurso do jurista italiano Piero Calamandrei, retirado da obra do deveras citado Giacomolli (1952, p. 13):

À ciência jurídica também corresponde sugerir os métodos para conseguir que o direito se transforme, de abstrato em uma realidade concreta. Por isso, em uma interpretação finalista do direito processual, o processo deve servir para conseguir que a sentença seja justa, ou, ao menos, para conseguir que sentença seja menos injusta ou que a sentença injusta seja cada vez mais rara. Está e a finalidade sobre a qual deve orientar-se nossos estudos.

Para tanto, deve haver a publicização das estratégias da parte contrária, com provas disponibilizadas dentro do processo, eliminando o sigilo e o segredo, excepcionando-se os casos de necessidade de produção de prova. Portanto, o contraditório, que decorre do próprio direito à defesa, proporciona às partes a oportunidade de projetar os fatos e aspectos jurídicos numa posição de paridade, com igualdade de condições, permitindo um processo penal mais justo e equilibrado.

3 DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA: AS PROVAS ILÍCITAS E DERIVADAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A priori, é essencial conceituar o “ilícito” que, segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 43),

Advém do latim (*illicitus* = *il* + *licitus*), possuindo dois sentidos:
a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei;
b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito, vedando-se a prova ilegal e ilegítima.

Antes de aprofundar na questão da prova ilícita, faz-se necessário mencionar as distinções trazidas pelo jurista Alexandre de Moraes (2015, p. 116) em sua obra:

As provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Ao observar o contexto histórico em que foi promulgada, a Carta Magna apresenta tendência garantidora e declara inadmissível a produção de qualquer prova por meio ilícito. A Constituição Federal de 1988 determinou claramente no inciso LVI do art. 5º que “são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito no processo penal”.

Assim, o Código de Processo Penal, em seu art. 157, com redação dada pela Lei 11.690/2008, determina que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Essa Lei deu a seguinte redação ao art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

De acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio (2003), a validade das provas derivadas das ilícitas é bastante discutida, visto que na Carta Magna abriu espaço para várias interpretações. Conforme sua lição,

Deve-se observar, a princípio, que ao estabelecer a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a Constituição está a falar, tecnicamente, das provas ilícitas [...] por outro lado, ao prescrever a sua inadmissibilidade processual, a Constituição considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo, assim, a ponte entre a ilicitude material e a sanção processual da inadmissibilidade. (AVOLIO, 2003, p. 80).

Assim, vale ressaltar que ainda não há um consenso entre jurisprudências e doutrinas sobre o assunto, apesar de recentemente existir uma regulamentação sobre a matéria.

De fato, haveria uma incongruência no ordenamento jurídico brasileiro se a prova derivada da ilícita fosse reputada como válida. Isso porque as partes da relação jurídica de direito processual, mesmo sabendo que a prova ilícita não pode ser admitida no processo, poderiam se sentir incentivadas a produzi-las para tão somente obter provas delas derivadas, uma vez admitidas no processo. Tal entendimento representaria um contrassenso, pois as provas derivadas também permitem o desrespeito às liberdades públicas, ainda que indiretamente.

Portanto, as demais provas que são derivadas da ilícita também serão ilícitas. Esta afirmação é decorrente da teoria dos frutos da árvore envenenada, a ser analisada a seguir. Assim, há uma expansão dos efeitos da nulidade de um ato viciado (prova ilícita originária), para outro ato, consubstanciado na prova ilícita derivada. Por

fim, cumpre ressaltar que a Lei 11.690/08 positivou a teoria no ordenamento jurídico, suprimindo a ausência de disposição legislativa.

Se os agentes produtores de 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 por 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, 2010, p. 375).

Há, na cultura jurídica americana, algumas hipóteses de admissibilidade de prova ilícita por derivação, dentre elas a teoria da fonte independente e a teoria da atenuação do nexa causal. A teoria da fonte independente traduz a ideia de que, havendo duas fontes das quais a prova pode ser obtida, uma admissível e outra ilícita, considera-se a prova ilícita e não contaminada. A título de exemplo, pertinente é o trecho da obra do doutrinador Guilherme Madeira Dezem (2008, p. 134):

O “*leading case*” que definiu a exceção da fonte independente no direito americano, foi o caso *Murray v. United States (1988)*, no qual policiais perceberam atividade suspeita de tráfico de drogas em torno de um armazém e entraram no recinto ilegalmente, encontrando drogas. Deixaram tudo como estava, requereram um mandado, sem informar a invasão, utilizando apenas outros elementos de prova que já haviam sido colhidos lícitamente, e fazendo a busca depois de autorizada, encontraram duzentos e setenta fardos de maconha. Depois de descoberta a invasão ao depósito, a Corte confirmou o entendimento de que a prova não era ilícita, pois o mandado foi concedido com base em elementos lícitos e não na entrada não autorizada no armazém. (Grifos do autor).

Neste caso, havia duas fontes: uma lícita, colhida de acordo com as normas do direito americano, e outra ilícita, a entrada não autorizada em propriedade particular. Considerou-se a fonte legal, dando-se validade à prova, pois independentes uma da outra. Assim, uma vez demonstrado que não há conexão entre a prova posterior e a prova ilícita, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada.

É imprescindível ressaltar que a doutrina brasileira está dividida em duas posições em relação à intenção do legislador ao criar o parágrafo 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal: a primeira sustenta que, de fato, o parágrafo 2º con-

ceitua a fonte independente (com conceito diverso da teoria norte americana). A segunda corrente, por sua vez, entende que o dispositivo se refere à exceção da descoberta inevitável (ou fonte hipoteticamente independente, compatível com a doutrina norte americana). Seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência, adotou o conceito da fonte independente e o conceito da teoria americana e não do entendimento do legislador pátrio.

A teoria da atenuação do nexos causal aplica-se quando não existe vínculo entre a prova ilícita e a prova derivada ou, quando este vínculo é ténue, pode-se usar a prova derivada.

Também criada pela *Supreme Court of the United States*, a teoria do nexos causal atenuado nasceu no caso *Wong Sun v. United States* (1963). Nesse episódio aconteceram várias prisões consideradas ilegais, pela ausência de mandados judiciais ou de motivos razoáveis, todas elas por indícios de tráfico de drogas. Todavia, semanas mais tarde, após ter sido liberado, um dos que havia sido preso ilegalmente confessou, em interrogatório realizado de forma legal pela polícia, o delito de tráfico de drogas. A Suprema Corte não considerou tal confissão ilícita, ao argumento de que ela foi voluntária e realizada após a pessoa ter sido solta e informada de seus direitos, de forma que a conexão entre a prisão e a confissão era tão ténue que a ilegalidade havia se dissipado. (DEZEM, 2008, p. 135, grifos do autor).

Para Marco Antônio de Barros (2010, p. 176), “o que obsta a contaminação é a ausência completa de causalidade. Ou seja, para a prova derivada não ser contaminada pela prova obtida de forma ilícita, não poderá existir qualquer causalidade entre as provas”.

A teoria da atenuação do nexos causal ou da diluição do vício deve ser aceita no direito brasileiro, não só por estar prevista, mas também porque, pelos requisitos exigíveis para seu reconhecimento, o vício que maculou a prova inicial não tem mais força para causar prejuízo ao acusado quando da produção da prova posterior.

Ademais, conforme percepção de Grazielle Martha Rabelo (2009, p. 1):

O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto aos que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos.

A utilização da prova ilícita e o direito à prova são garantias constitucionais. Desse modo, podem surgir conflitos decorrentes dos princípios constitucionais que as norteiam. Para tanto, faz-se necessária a ponderação de interesses, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, para que, ao caso concreto, o julgador decida qual prevalecerá.

4 O STF E A (IN)ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

É cediço que as provas possuem uma densa carga valorativa dentro do processo legal. Entretanto, nem toda prova poderá ser utilizada na persecução, sendo de primordial importância a análise de seu conteúdo ou a forma pela qual foi produzida. Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 553), demonstra em sua obra dedicada ao tema em comento:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os seus 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 do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, de que ocorreram desta ou daquela maneira.

A questão da admissibilidade ou não das provas ilícitas é matéria de divergência na doutrina brasileira. Tradicionalmente, prevalece o entendimento de que as provas obtidas de forma ilícita são inadmissíveis. Contudo, outra corrente doutrinária, tendo por base princípio do livre convencimento do juiz e o princípio da verdade real, defende que a prova ilícita deve ser colhida sempre, apenas importando o seu desfecho. Assim é a lição de Livia de Oliveira da Costa (2010, p. 12):

Aos adeptos da corrente permissiva, a prova ilícita deve sempre ter valor no processo, na medida em que deve prevalecer o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, o que trará sempre inegável benefício para a boa sociedade. Nesse sentido, aquele que infringiu a lei para produção de prova deve ser punido por seu ato, mas a prova obtida deverá ser utilizada como elemento de convicção do magistrado.

Recentemente, a ideia defendida pela referida corrente ganhou mais força com o posicionamento do juiz federal Sérgio Moro, durante audiência pública que tratava sobre as “Dez Medidas Contra a Corrupção”, de iniciativa dos procuradores da República integrantes da força-tarefa da Operação Lava Jato, endossada pela Procuradoria-Geral da República.

Nesta ocasião, o juiz defendeu a utilização de todas as provas no processo, ainda que adquiridas de forma ilícita. Para ele, deveriam ser mantidas nos autos, desde que obtidas, utilizando-se da boa-fé.

A declaração do magistrado fora recebida com espanto por parte da doutrina, tendo em vista o posicionamento consolidado do STF acerca da admissibilidade das provas ilícitas dentro do processo. O entendimento da Suprema Corte balizou a vedação do uso de interceptação telefônica de quase duas horas, após a ordem de suspensão, da conversa entre os ex-presidentes Dilma Rousseff e Luiz Inácio Lula da Silva, em 16 de março de 2016 (NUNES, 2016, [s.p.]). Diante da ideia do referido juiz, a escuta teria sido apanhada de boa-fé, uma vez que não havia a intenção de produzir provas naquele momento. Todavia, como já explicitado, o entendimento quanto à sua vedação permaneceu perante o Supremo.

Ainda na esteira da teoria majoritária, seus defensores obtêm respaldo na própria Constituição, aduzindo haver um confronto inviável para a eficácia do ato processual, uma vez que a previsão constitucional é indiscutível. Diferente não é a preleção de Priscila da Costa Câmara (2009, p. 25):

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita foi criado com o objetivo de restringir o princípio da liberdade probatória que garante amplos poderes ao Juiz para averiguar os fatos, em busca da verdade real, como também, garante as partes um leque enorme de possibilidades na produção de provas. Porém esta investigação não deve ferir direitos e garantias previstos na Constituição, desta forma, existem limites fixados pela lei para que haja um processo ético, evitando que ocorram abusos.

Por fim, urge trazer à baila alguns comentários e julgados do Supremo Tribunal Federal que sustenta jurisprudencialmente, o tema objeto do presente estudo. Inicialmente, o ministro Celso de Mello proferiu decisão nos autos RE 251.445 discorrendo sobre o tema da absoluta eliminação das provas ilícitas, dispondo que:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles

que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

Da mesma forma:

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. PROVA ILÍCITA 1. As provas produzidas nos autos que derivaram de prova cuja ilicitude foi arguida pelo réu de ação de investigação judicial eleitoral, consistente em gravação ambiental sem autorização judicial, podem ser declaradas nulas pelas instâncias ordinárias ex officio por força do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal. 2. Não há como alterar a conclusão da Corte de origem de que as provas produzidas posteriormente à gravação ambiental ilícita dela derivaram sem nova incursão no contexto fático-probatório. Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE - AgR-AI: 28128 MT, Relator: Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Data de Julgamento: 17/11/2015, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume -, Tomo 236, Data 15/12/2015, Página 17/18)

Portanto, é inadmissível defender a utilização de provas que violem garantia constitucional, proporcionando a segurança jurídica ao jurisdicionado de que não poderão ser utilizadas provas produzidas de forma ilícita.

5 CONCLUSÕES

Do exposto, podemos inferir que se entende por provas ilícitas aquelas obtidas por meio da infringência ao direito material, proibidas por lei e contrárias à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito. Da mesma forma, as provas derivadas são aquelas em conformidade com o ordenamento jurídico, entretanto, derivam de uma informação adquirida de prova ilicitamente colhida. Logo, acaba por se tornar inadequada ao uso no curso do processo.

Quanto ao uso das duas fontes de prova na persecução criminal, duas correntes antagônicas respaldam a discussão objeto do presente estudo: a primeira, majoritária e defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), entende ser inadmissível, uma vez que fere direitos e garantias previstos na Constituição Federal; a segunda, por outro lado, tem caráter permissivo, corroborada pelo princípio do livre convencimento do juiz e pela busca pela verdade real.

A segunda corrente, ainda que minoritária, tomou força com as recentes discussões acerca do "Plano de Combate à Corrupção", argumentando ser possível a

utilização de provas obtidas em caráter ilícito, desde que de “boa-fé”, o que não foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, a despeito das duas teorias que tratam do uso das provas ilícitas no processo penal, conclui-se pela sua inadmissibilidade, vez que violam direitos e garantias definidos expressamente na Constituição Federal de 1988, bem como a segurança jurídica dos atos processuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Markley de. **Provas ilícitas por derivação**: uma análise do nexo de causalidade. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9376/Provas-ilicitas-por-derivacao-uma-analise-do-nexo-de-causalidade>>. Acesso em: 18 set. 2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOTELHO, Jefferson. **Aspectos gerais sobre provas ilícitas**. Disponível em: <<http://www.jefersonbotelho.com.br/aspectos-gerais-sobre-provas-ilicitas/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRESSAN, Adilson José. **Provas ilícitas por derivação**: a (in)aplicabilidade, no processo penal brasileiro das teorias norte-americanas que atenuam a doutrina dos frutos da árvore envenenada. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,provas-ilicitas-por-derivacao-a-inaplicabilidade-no-processo-penal-brasileiro-das-teorias-norte-americanas-que,54215.html#_ftnref20>. Acesso em: 20 set. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. P. Proceso y Justicia. Revista de Derecho Procesal Argentina, 1952, p. 13. In: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Priscila da Costa. **Provas ilícitas**: a possibilidade de admissão no processo penal brasileiro. 2009. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Priscila%20da%20Costa%20C%C3%A2mara.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

COSTA, Livia de Oliveira da. **A constitucionalidade das provas ilícitas em benefício do réu**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/livia-de-fatima-oliveira-da-costa.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

CRISTINA, Anna. **Teorias norte americanas relacionadas às provas ilícitas por derivação**. Disponível em: <<http://annacgs.jusbrasil.com.br/artigos/152372951/teorias-norte-americanas-relacionadas-as-provas-ilicitas-por-derivacao>>. Acesso em: 18 set. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V.1

MELO, Fernanda Cristina Ferreira de. **O instituto da prova ilícita no processo brasileiro**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/fernandamelo.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13.ed. São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Samuel. **Conversa entre Dilma e Lula foi grampeada após despacho de Moro**. Paraná: RPC, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/conversa-entre-dilma-e-lula-foi-grampeada-apos-despacho-de-moro.html>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em: 17 nov. 2016.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF – 197.** Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal 1.** 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo regimental.** Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/271167137/agravo-regimental-em-agravo-de-instrumento-agr-ai-28128-mt>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Data do recebimento: 20 de fevereiro de 2017

Data da avaliação: 1 de julho de 2017

Data de aceite: 1 de julho de 2017

1 Acadêmico do curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: altairoliveiraf@hotmail.com

2 Acadêmica do curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: gabi.mesquita02@hotmail.com

3 Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica/RS; Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe – UFS; Especialista em Direito Processual pela Universidade Tiradentes – UNIT; Professora da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: anacrist11@yahoo.com.br