

Considerações sobre o direito à prova no Processo Penal

Flávio Cardinelle Oliveira Garcia

fluviocogarcia@ig.com.br

PROVA – BREVE INTRÓITO

Quando provocado ao exercício de sua função jurisdicional, o juiz deve declarar o direito e, especificamente no caso do processo penal, identificar a responsabilidade criminal e impor a sanção penal àquela pessoa que, segundo sua formada convicção, foi a perpetradora do fato penalmente relevante. Para tanto, deverá o juiz basear-se nas provas produzidas durante o decorrer da *instrução*, fase processual onde se apura a verdade a partir da demonstração, pelas partes, da veracidade de suas alegações, com vistas a trazer ao processo elementos que possam influenciar no convencimento do órgão jurisdicional.

De fato, nem sempre as afirmações trazidas pela acusação e pela defesa correspondem à verdade, pois, cada parte tem seu interesse específico na causa e, por conseguinte, irremediavelmente estarão maculadas com a parcialidade durante o processo. Incumbe ao juiz, portanto, durante a fase instrutória, buscar a verdade, dirimindo as dúvidas e contradições muitas vezes existentes nas afirmações de fato feitas pelo autor e pelo réu. A falta de certeza sobre a veracidade das informações prestadas pelas partes constitui as *questões de fato*, que, por meio da *prova*, deverão ser resolvidas pelo juiz.

Guilherme Nucci, fazendo um estudo etimológico do termo *prova*, explica sua origem no latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Explica o autor que desse termo deriva o verbo *provar* – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.¹ Sucintamente, esclarece Nucci que a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso e seu objeto, via de regra, são os fatos que as partes pretendem demonstrar.²

Mirabete afirma que provar é “produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo”.³ Dentro do contexto da seara criminal, ensina o ilustre doutrinador que o objeto da prova não abrange apenas o fato criminoso e sua autoria, mas também as “circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança”, ou seja, tudo aquilo que, de uma forma ou de outra, seja relevante para formar o convencimento do órgão julgador.⁴

Insta observar que, ao contrário do que ocorre no processo civil, os fatos incontroversos também necessitam ser provados. Respalda nos princípios da investigação oficial e da verdade real, o juiz não está adstrito ao que as partes afirmam, mesmo que incontestes, e deve apurar tudo o que lhe pareça incongruente, suspeito ou dúbio. Salieta Mirabete que a própria confissão pode ser questionada pelo julgador.⁵

Ensina Nucci que alguns fatos não necessitam ser provados. São eles: os fatos notórios, cujo conhecimento integra a cultura do homem médio, abrangendo aqueles decorrentes das diversas ciências (fatos evidentes) e os decorrentes da experiência e da lógica (fatos intuitivos); os fatos que contêm uma presunção legal absoluta (*juris et de jure*), os quais não admitem prova em contrário; os fatos impossíveis, que, nas palavras do renomado escritor, “causam aversão ao espírito de uma pessoa informada” (ex.: dizer que o réu estava no planeta Júpiter no momento do crime); e, por fim, os fatos irrelevantes ou impertinentes, assim considerados aqueles que não dizem respeito à

solução da causa.⁶

São tidos como meios de prova todos os recursos, sejam direitos ou indiretos, que possam ser utilizados para trazer à tona a verdade dos fatos no processo. Guilherme Nucci adverte que os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos.⁷ Os primeiros são aqueles admitidos pelo ordenamento jurídico pátrio, previstos, de forma exemplificativa, nos artigos de 158 a 250 do Código de Processo Penal. Os segundos, ilícitos, afrontam o ordenamento jurídico como um todo e, por isso, não podem ser admitidos e devem ser rechaçados do processo. Estes, alerta o citado professor, abrangem não apenas os meios expressamente proibidos por lei, mas também os “ímorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito”.⁸ O tema das provas ilícitas será estudado em tópico posterior, ainda neste resumo.

Pelo exposto, infere-se que o termo *prova* não é unívoco, apresentando três acepções que, segundo Grinover, Scarance e Gomes Filho, podem ser distinguidas em *fontes de prova* (os fatos percebidos pelo juiz), *meios de prova* (instrumentos pelos quais os fatos se apresentam ao juiz) e *objetos de prova* (os fatos a serem provados).⁹

Mirabete¹⁰ classifica as provas de acordo com alguns critérios. Quanto ao objeto, podem ser *diretas*, quando se referir direta e imediatamente ao fato a ser provado, ou *indiretas*, quando se referem a fatos outros ligados ao fato a ser provado. Quanto ao efeito ou valor, as provas podem ser *plenas*, quando completas, convincentes *prima facie*, com elevado grau de certeza, ou *não plenas* - também chamadas *semiplenas* -, quando há uma probabilidade de procedência da alegação, ou seja, há um juízo de verossimilhança. Também podem as provas ser *reais*, quando consistirem de coisa ou bem exterior distantes do indivíduo, ou pessoais, aquelas que exprimem o conhecimento atribuído a alguém. No que concerne a sua forma, as provas ainda podem ser *documentais, testemunhais e materiais*.

Quatro são os momentos das atividades processuais relativas à prova. Primeiramente, as provas são *propostas*, ou seja, são indicadas ou requeridas para o juiz. Depois, manifestando-se sobre sua admissibilidade, o órgão jurisdicional pode ou não aceitá-las. Admitidas, as provas necessitam ser introduzidas no processo e, para tanto, deverão ser produzidas. Num derradeiro momento, as provas deverão ser *apreciadas*, valoradas pelo juiz.

DIREITO À PROVA

Leciona a doutrina¹¹ que o direito à prova está inserido na garantia constitucional do *due process of law*, dentro do contexto do contraditório e dos direitos de ação e defesa.

Trata-se de um direito subjetivo público das partes levar ao juízo suas postulações e ser-lhes proporcionada a possibilidade de, no desenvolver da causa, demonstrar a veracidade de suas afirmações. Como foi visto, ao juiz incumbe o importante papel de proferir uma decisão justa, coerentemente esmerada no material probatório produzido pelo autor e pelo do réu durante o processo. Nesse mister, deve o órgão jurisdicional garantir às partes plena e efetiva participação na produção das provas, sem o que se estaria afrontando o constitucionalmente assegurado princípio do contraditório e, por conseguinte, o devido processo legal.

A garantia do contraditório, assegura-nos Grinover, Scarance e Gomes Filho, “não tem como objetivo a defesa entendida em sentido negativo – como oposição ou resistência -, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo”.¹²

É justamente sob esse prisma que os mencionados estudiosos salientam que o direito à prova assume um importante papel no quadro do contraditório, posto que a atividade probatória

representa o momento central do processo, onde as partes têm a faculdade – e o direito – de levarem à apreciação do juiz argumentos e fatos que possam levá-lo ao descobrimento da verdade. Para Grinover, Scarance e Gomes Filho “o exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas”.¹³

Enfatizam os insignes eruditos que nossos tribunais são pacíficos na imprescindibilidade de se conferirem a ambas as partes todos os recursos para o oferecimento de provas, sendo que, se assim não for, a jurisprudência tem entendido pela ocorrência de *cerceamento de defesa* ou de *acusação*.¹⁴

Barbosa Moreira, citado por Scarance Fernandes, esclarece que, em cotejo com o contraditório, são três as exigências fundamentais do direito à prova: necessidade de conceder oportunidades iguais para as partes de pleitear a produção de provas; inexistência de disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento das provas pelo juiz; e iguais possibilidades às partes de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.¹⁵

De forma mais didática e completa, Scarance apresenta como desdobramentos do direito à prova, *verbis*:

“a) o direito de requerer a produção; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção de prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.”¹⁶

Importantes considerações são tecidas pela doutrina acerca da necessidade de a prova ser produzida na presença do juiz e das partes, sob pena de invalidade da mesma por inobservância do princípio do contraditório.

No tocante às partes, é de se notar que não se trata de impor à parte a obrigatoriedade de sua presença física em todos os atos processuais probatórios, mas de “colocá-la em condições de participar, mesmo quando se trata de provas colhidas de ofício pelo juiz”.¹⁷ Nesse mesmo sentido, preceituam Grinover, Scarance e Gomes Filho que “a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz”.¹⁸

Ao introduzir *ex officio* uma prova no bojo do processo, o juiz também deve submeter-se à exigência do contraditório, tal qual o é a parte, caso contrário, inválida será a prova produzida.

Também há de ser considerada inválida a prova produzida sem a presença do juiz, razão pela qual as provas constantes em procedimentos administrativos prévios, como por exemplo o inquérito policial ou sindicâncias administrativas, não têm o condão de, *per se*, sustentar uma condenação. Assim, as provas produzidas durante o curso de procedimentos pré-processuais devem ser reproduzidas em juízo, sob o crivo do contraditório e na presença do órgão jurisdicional a quem importa sua valoração para formação de seu convencimento.¹⁹

Por fim, Scarance Fernandes traz à baila uma visão atual e mais abrangente do direito à prova prescrevendo-o como um *direito à prova legitimamente obtida ou produzida*. Nesse diapasão, apregoa o mestre que “a parte pode exigir do juiz que não permita o ingresso ou a permanência nos autos de prova ilícita produzida pela parte contrária”. Em outras palavras, a qualquer uma das partes é assegurado o direito de pedir a exclusão de provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes dos autos do processo em que figurarem.²⁰

DIREITO À VALORAÇÃO DA PROVA

Atualmente, três são os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: o da *prova legal*, o da *valoração secundum conscientiam* e o da *persuasão racional*.

O sistema da *prova legal* – também conhecido como sistema da *certeza moral do legislador* ou ainda da *verdade legal* ou *formal* – estabelece valores taxados ou tarifados da prova. Nesse, a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada prova produzida no processo, impondo ao juiz a observância de certos preceitos, não lhe deixando praticamente qualquer margem de liberdade para apreciação da prova.

O sistema da *valoração secundum conscientiam* ou da *certeza moral do juiz* – ou ainda da *íntima convicção* – representa o oposto do sistema anterior. A *valoração da prova* é feita de forma livre, de acordo com a *íntima convicção* do juiz, sem necessidade de que este motive suas decisões. A lei nada diz ou estabelece sobre o valor das provas, cabe ao órgão julgador, fundado em sua *certeza moral*, decidir sobre sua admissibilidade, avaliação e introdução no processo. É o sistema que norteia o Tribunal do Júri, onde os jurados não têm que motivar seus votos.

Por último, no sistema da *persuasão racional* ou do livre *convencimento*, também conhecido como sistema da *livre convicção* ou da *verdade real*, “o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados”.²¹ Trata-se de um sistema misto no qual o órgão julgador não fica adstrito a critérios valorativos prefixados em lei, antes, tem liberdade para aceitar e valorar a prova, desde que, ao final, fundamente sua convicção, “buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato”.²²

Esse foi o sistema adotado pelo processo penal brasileiro, encontrando suas bases, inclusive, em sede constitucional (art. 93, IX, CF/88). Também a legislação infraconstitucional acolhe o referido sistema ao dispor o Código de Processo Penal que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (art. 157, CPP). Tal norma deve ser lida com a orientação supletiva do artigo 131 do Código de Processo Civil, onde está determinado que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Nesse contexto, sob os ditames constitucionais ora vigentes, Cintra, Grinover e Dinamarco asseveram que “*persuasão racional*, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.²³

Questão bastante importante e que também encontra-se inserida no gênero do direito à prova é o fato de as partes terem o direito de o juiz, no momento da motivação da sentença, apreciar todas as provas que foram produzidas no curso do processo. Mais uma vez Barbora Moreira, citado por Scarance, bem aborda o tema, *verbis*:

“*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de serem ouvidas e de serem examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalecente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos aos autos.”²⁴

Preliminarmente, é preciso notar que o juiz não pode fundamentar sua decisão em qualquer elemento probatório, mas apenas naqueles constantes nos autos, pois *quod non est in actis non*

est in mundo (o que não está nos autos não está no mundo). Assim, o princípio da persuasão racional na apreciação da prova não autoriza o juiz a valer-se de material de prova que não esteja contido nos autos do processo.

Parece óbvio que de nada valeria assegurar às partes o direito de efetivamente participar da produção das provas se o juiz, no momento do julgamento, deixasse de apreciá-las e valorá-las. Advertem Grinover, Scarance e Gomes Filho que “todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio”.²⁵ Dentro dessa ótica, continuam os doutos autores alertando que às partes deve ser garantido o direito de “verem examinadas pelo órgão julgador as questões, de fato e de direito, que houverem suscitado, reclamando do juiz a consideração atenta dos argumentos e provas trazidos”.²⁶

Tal questão refere-se à própria necessidade de motivação da sentença, pois, a partir desta, as partes poderão verificar se suas atividades foram efetivamente respeitadas e consideradas pelo juízo. Ademais, especificamente no tocante à ausência de motivação relativa a uma ou outra prova ou questão de fato ou de direito decisivas para o julgamento, nossos tribunais têm se posicionado pela insanável nulidade da sentença.²⁷

LIMITES AO DIREITO À PROVA

É por meio das provas que se procura demonstrar a ocorrência ou inoocorrência de fatos relevantes que importam para formar a convicção do órgão julgador da causa. Por isso, em tese, não deveria haver limitações ou restrições à admissibilidade de quaisquer meios para a produção de provas.²⁸

Baseando-se nessa premissa e também no princípio da verdade real vigente em nosso processo penal, Mirabete aponta, num primeiro momento, que, *verbis*:

“Como no processo penal vige o princípio da verdade real, não há limitações dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias do crime”.²⁹

Embora afirme, em momento posterior, que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, Mirabete apenas faz menção ao que dispõe o artigo 155 do CPP, onde consta que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”.³⁰

Ocorre que, parcela significativa da doutrina, dentre os quais destacam-se Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho,³¹ apregoam que a experiência tem demonstrado que a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova não é aconselhável, “ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo [...]; ora porque dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes [...]; ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível [...]”.³²

Difícil tarefa é atingir-se um ponto de equilíbrio entre, numa ponta, a necessidade de se dotar o Estado de poderes suficientemente capazes de combater a crescente e cada vez mais organizada criminalidade, e, na outra, as garantias asseguradas a todos os cidadãos no que tange a sua tranquilidade, intimidade, imagem e, acima de tudo, a ver-se protegido de excessos e abusos que porventura venham a ser praticados pelos órgãos oficiais de persecução penal.

Sobre o tema, Scarance Fernandes leciona que, *in verbis*:

“Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.”³³

Observe-se que é justamente no processo penal - onde está em jogo o *ius libertatis* do acusado - que se torna flagrante a necessidade de limites à atividade instrutória, podendo o Estado e as partes, apenas em circunstâncias excepcionais e em prol das liberdades públicas e de valores humanos mais relevantes, minorar o alcance dos direitos fundamentais do cidadão (*teoria da proporcionalidade*).

O Código de Processo Penal apresenta algumas limitações ao direito à prova. Essas estão previstas nos artigos 207, 206 e 155 do CPP, onde está previsto, respectivamente: impedimentos para depor de pessoas que, em razão de função, ministérios, ofício ou profissão, devam guardar segredo; possibilidade de parentes e afins do acusado se recusarem a depor; e restrições à prova estabelecidas pela lei civil, quando for o caso de comprovar o estado das pessoas.

O próprio processo, enquanto instrumento necessário para a aplicação da sanção penal, impõe limites ao direito à prova, pois somente atenderá seus fins se norteado por meticulosa regra moral, regente da atividade do juiz e das partes. Verdadeiramente, “se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável [...] assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo”.³⁴

Na esteira desses pensamentos, o princípio da verdade real não pode ser utilizado como escudo para uma liberdade absoluta das partes ou mesmo do juiz. O pensamento antigo de que a verdade deve ser descoberta a qualquer custo e, por conseguinte, pode ser obtida de qualquer forma, deve ceder ao entendimento moderno de que o “modo de agir não pode valer mais do que o resultado” e que o sentido correto para o termo *verdade material* “há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço”.³⁵ Assim, o mais correto é a busca de uma *verdade processualmente válida*.

Consagrando essa visão moderna é que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, declarou “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”, visando a impedir que tais provas venham ao processo ou nele permaneçam.

PROVA ILÍCITA

A vedação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVI, deixa claro que a convicção do órgão jurisdicional somente pode ser formada tendo por base prova obtidas por meios legalmente admitidos, devendo ser rechaçadas as provas ilícitas, visando a resguardar importantes garantias em relação à ação persecutória do Estado.

Esclarece Alexandre de Moraes que “a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova”.³⁶

A Constituição Federal assegura como garantias fundamentais da pessoa a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X) e a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI) e do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII). De igual forma, estabelece

a Carta Magna que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III).

Qualquer prova obtida com violação a essas ou outras garantias individuais, constitucionalmente asseguradas, não podem ser admitidas, pois, como decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. [...] A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de *não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, *de modo peremptório*, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – *de qualquer prova* – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica.” (STF, Voto do Rel. Min. Ilmar Galvão na AP 307-3-DF, DJU 13/10/95)

A doutrina faz importantes considerações acerca da distinção entre *prova ilegal, prova ilegítima e prova ilícita*. Para Grinover, Scarance, Gomes Filho, Mirabete e Alexandre de Moraes *prova ilegal* é toda aquela que afronte qualquer norma legal ou princípio geral do ordenamento jurídico, seja de natureza processual ou material. A *prova* será *ilícita* quando contrariar dispositivos do Direito Material, e *ilegítima* ou *ilegitimamente obtida* se aviltar normas de Direito Processual.³⁷

Embora esse seja o posicionamento majoritário na doutrina, Guilherme Nucci dele não compartilha, preferindo abraçar o entendimento amplo do termo *ilícito*.³⁸ Para o renomado autor, o gênero é a ilicitude, do qual a legalidade e ilegitimidade são espécies. Assim, ter-se-ia a prova *materialmente ilícita* - considerada *ilegal* - e a *formalmente ilícita* - tida como *ilegítima*. Defende Nucci que, *verbis*:

“o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material) [...] e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo) [...]. Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência à norma de natureza material e liberando, por força da natural exclusão, as provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais.”³⁹

Grinover, Scarance e Gomes Filho vêm ao socorro da tese majoritária apontando que de fato há tratamento diferenciado para as provas ilícitas e para as provas ilegítimas. A primeira é inadmissível no processo e, como tal, deve ser banida dos autos, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados. Isso porque a prova ilícita encontra-se irremediavelmente contaminada pelo vício da inconstitucionalidade. A prova ilegítima, ao seu turno, não está assim tão fortemente maculada, pois sua vedação não está em sede constitucional. Nesse diapasão, à prova obtida ou produzida com violação meramente processual basta a sanção da nulidade e da ineficácia da

sentença que nela se fundar.⁴⁰

A regra geral é a de que a prova obtida por meios ilícitos não seja admitida, cabendo ao juiz não autorizar sua produção e nem permitir seu ingresso no processo. Havendo sua introdução no curso da demanda, o caso, conforme explicita Scarance Fernandes, “não é de nulidade, mas de inadmissibilidade da prova, sendo a solução correta a sua exclusão, por meio de desentranhamento dos autos. Caso o juiz não determine a exclusão, o acusado tem o direito de requerê-la”.⁴¹

Contudo, a inadmissibilidade das provas ilícitas não é assim tão absoluta. Visando a corrigir possíveis distorções a que a rigidez de seu banimento poderia causar em situações de excepcional gravidade, a doutrina constitucional moderna tem admitido uma leve atenuação à vedação das provas ilícitas. Vejamos.

Teoria da Proporcionalidade

A moderna doutrina constitucional estabelece que os direitos do homem, face ao princípio da convivência das liberdades, não podem ser considerados em sentido absoluto. Nessa linha de pensamento, os direitos individuais devem ser focados como direitos do homem inseridos na sociedade, e não mais como garantias estanques, exclusivamente voltadas para o indivíduo, justificando, destarte, limitações a esses direitos em favor da ordem pública.

Em síntese, a proporcionalidade vale-se, segundo Mirabete,⁴² da “teoria do sacrifício”, onde, após apurada análise do caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que for o mais importante de acordo com a situação especificamente considerada. Na esteira desses pensamentos, a moderna doutrina constitucional tem admitido uma atenuação à vedação constitucional da admissibilidade das provas ilícitas em prol de corrigir possíveis distorções e injustiças que a rigidez da exclusão poderia gerar em casos de excepcional gravidade. Nas palavras de Alexandre de Moraes, *in verbis*:

“Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização”.⁴³

Insta ressaltar que a teoria da proporcionalidade tem por escopo a flexibilização da norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso LVI, da CF/88 quando há conflito entre normas constitucionais garantidoras de direitos que, se violados, podem atingir, direta ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana. Aplica-se, portanto, a sobredita teoria quando, no caso concreto, há o choque entre preceitos constitucionais de igual relevância.

Prova Ilícita *pro reo*

Considerando o fato de que nenhum direito reconhecido pela Constituição Federal pode revestir-se de caráter absoluto, a doutrina e a jurisprudência têm aceitado exceções à vedação constitucional das provas ilícitas, mormente face ao preceito da Lei Maior que assegura a todo o réu a ampla defesa, podendo este fazer uso dos meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV).

Assim sendo, há posicionamento praticamente unânime que reconhece a possibilidade de o réu utilizar-se, em sua defesa, de prova que lhe seja favorável, mesmo que obtida de forma a desrespeitar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

O processo penal, como já dito em trabalhos anteriores, rege-se, entre outros, pelo princípio do *favor rei*. Aliado a esse, encontra-se expressamente assegurada na Constituição Federal a ampla

defesa, “com meios e recursos a ela inerentes”,⁴⁴ o que faz com que se estabeleça, no âmbito da atual processualística criminal, a plenitude de defesa como condição preponderante e prioritária quando em confronto com outros princípios, mesmo que constitucionalmente reconhecidos, tais como a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da imagem.

Há quem defenda, ainda, que a prova obtida com violação de preceitos constitucionais, quando colhida pelo próprio acusado em seu favor, tem sua ilicitude afastada pelas causas excludentes previstas em lei, tais como a legítima defesa e a inexibibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado.⁴⁵

Prova Ilícita por Derivação

Um prova é considerada ilícita por derivação quando em si mesma é lícita, porém somente se chegou a ela a partir de informação obtida de prova ilicitamente colhida. Adotando-se uma posição mais sensível aos direitos humanos assegurados pela Carta Política de 1988, uma prova colhida em desrespeito aos preceitos fundamentais constitucionais transmite sua ilicitude a todas as demais provas dela decorrentes, devendo, tal qual a primeira, ser essa banida do processo.

A teoria da prova ilícita por derivação está fundada na conhecida teoria dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisoned tree*) da Suprema Corte americana, que apregoa que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Esclarece Scarance Fernandes que “há orientação no sentido da inadmissibilidade da prova derivada e que leva em conta precipuamente o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico”. Para o ilustre mestre, “sua aceitação constituiria estímulo à violação dos direitos fundamentais da pessoa humana”.⁴⁶

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs nº 72.588/PB, 73.351/SP e 73.461/SP, invertendo a antiga maioria (seis votos a cinco), decidiu pela comunicabilidade da ilicitude das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem, ou seja, a atual posição majoritária do STF é que da prova ilicitamente obtida não podem ser admitidas outras provas, mesmo que aparentemente colhidas de forma lícita.

Prova Emprestada

Mirabete define a *prova emprestada* como “aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmente para outro, com o fim de gerar efeitos neste”.⁴⁷ Numa visão mais clássica, Grinover, Scarance e Gomes Filho, citando Bentham, a conceituam como “aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão”.⁴⁸

Sua forma é sempre documental e a ela devem ser aplicados os princípios constitucionais que regem a prova em geral.

A posição majoritária da doutrina e da jurisprudência é a de que a prova emprestada, para ser admitida em outro processo, deverá ter sido produzida no processo original entre as mesmas partes que dela se valerão no processo destino ou ainda tendo como parte aquela pessoa contra quem se pretenda fazer valer a prova no segundo processo, sendo que sua primeira produção deverá, necessariamente, ter ocorrido sob o crivo o contraditório.

Isso porque, nos dizeres de Grinover, Scarance e Gomes Filho, “o princípio constitucional do contraditório exige que a prova emprestada somente possa ter valia se produzida, no primeiro processo, perante quem suportará seus efeitos no segundo, com a possibilidade de ter contado,

naquele, com todos os meios possíveis de contrariá-la. Em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário”.⁴⁹

Ada Pellegrini Grinover, no entanto, considera um segundo requisito para a admissibilidade da prova emprestada: sua produção, no primeiro processo, deve ter sido instruída na presença do mesmo órgão jurisdicional do segundo processo, a fim de que restasse resguardado o princípio do juiz natural. Entende a eminente professora que “a rigor, para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa (entendendo-se, com o termo ‘juiz’, não a pessoa física investida na função, mas o órgão jurisdicional constitucionalmente competente)”. Somente dessa forma, complementa a autora, “tudo o que se disse acerca do contraditório como condição de validade (e eficácia) da prova estará sendo adequadamente aplicado à prova emprestada”.⁵⁰

Esse posicionamento, entretanto, é minoritário e não tem encontrado guarida em nossos tribunais.

Diante de tudo já exposto, a prova emprestada indevidamente transportada para outro processo, sem observar-se estrita obediência ao princípio do contraditório, configurará prova ilegal, sujeita às conseqüências processuais pertinentes.

Notas de rodapé convertidas em notas de fim

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 293.

2 Idem. p. 298.

3 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000. p.256.

4 Idem. p. 257.

5 Ibidem.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Op. Cit.** pp. 298-9.

7 Idem. p. 297.

8 Ibidem.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: RT, 7ª ed., 2001. pp. 120-1.

10 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Op. Cit.** p.258.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** pp. 122-6; FERNANDES SCARANCA, Antônio. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 3ª ed., 2002. pp. 71-5.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 122.

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 MOREIRA, Barbosa. **A garantia do contraditório na atividade de instrução – temas de direito processual**. Terceira série. p. 67. *Apud* FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** pp. 72-3.

16 FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** pp. 73-4.

17 *Idem.* p. 74.

18 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 125.

19 Nesse sentido: STF, RT 540/412; TACrim, Julgados, 66/454; TACrimSP Ap. 38.131, 117.324, 290.409/3 e outros.

20 FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** p. 75.

21 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 19^a ed., 2003, p. 352.

22 NUCCI, Guilherme de Souza. **Op. Cit.** p. 301.

23 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.** p. 352.

24 MOREIRA, Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito – temas de direito processual**. Segunda série. São Paulo, 1980, p. 88. *Apud* FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** p. 75.

25 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 127.

26 *Ibidem.*

27 Nesse sentido: TACrimSP, Ap. 303.775/7; RJTJSP 97/443 e 100/484.

28 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.** p. 349.

29 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Op. Cit.** p.259.

30 *Ibidem.*

31 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.** p. 349; GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** pp. 129-32; FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** pp. 83-5.

32 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. Cit.** p. 349.

33 FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** p. 84.

34 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 130.

35 Idem. pp. 131-2.

36 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais – teoria geral – comentários aos arts. 1º e 5º da constituição da república federativa do Brasil.** 5ª ed. São Paulo: atlas, 2003. p. 261.

37 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 133; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Op. Cit.** p.259. MORAES, Alexandre de. **Op. Cit.** p. 264.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. **Op. Cit.** pp. 294-5.

39 Idem. p. 295.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** pp. 133 e 135-6.

41 FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** pp. 89-90.

42 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Op. Cit.** p.261.

43 MORAES, Alexandre de. **Op. Cit.** p. 263.

44 Artigo 5º, inciso LV, CF/88.

45 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 137 e MORAES, Alexandre de. **Op. Cit.** p. 263.

46 FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Op. Cit.** p. 89.

47 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Op. Cit.** p.263.

48 BENTHAM. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** p. 125.

49 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Op. Cit.** pp. 125-6.

50 Idem. p. 126.