

# PROVAS ILICITAS

\* Mayra Penido Noviello

\*\* Professora Vânia Maria Benfica Guimarães Pinto Coelho

## Resumo

A questão das provas ilícitas – e de sua aceitabilidade ou não no exercício da função jurisdicional – tem se revelado uma das mais tortuosas da nova realidade jurídica brasileira. A busca pelo equilíbrio harmônico entre a proteção dos direitos fundamentais consagrados pelo constituinte de 1988 e algumas diretrizes de proteção social tem levado à reavaliação da interpretação usualmente dada à cartesiana regra de absoluta inadmissibilidade das provas ilícitas.

**Palavra-chave:** provas ilícitas, proteção, direitos.

## 1. Desenvolvimento

O Direito à Prova no Estado Democrático de Direito.

Diante da garantia de se aduzir uma pretensão em juízo e obter uma resposta estatal, é conferido às partes o direito ao amplo acesso à Justiça, e, ao Estado, o dever da correta prestação jurisdicional, sendo-lhe vedado excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito nos termos do art. 5º, XXXV, CRFB/88.

Tal pretensão é o mérito da causa, são as questões de fato que justificam o direito de ação e o direito à prova dele decorrentes.

O direito de ação previsto constitucionalmente confere aos jurisdicionados a possibilidade de provocar o exercício da jurisdição, obtendo, com isto, a apreciação, a valoração e o julgamento da pretensão postulada. No entanto, para o seu efetivo exercício, necessário se faz garantir o direito à prova, que embora não esteja expressamente previsto, decorre diretamente do direito de ação, uma vez que vige o sistema do livre convencimento motivado.

---

\* Acadêmica do 3º ano do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Varginha.

\*\* Professora titular da cadeira de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Varginha.

Essa elasticidade da licitude probatória teria por fundamento um princípio universal de Justiça, consagrado, inclusive, como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 3º, I, da CRFB/88.

Ada Pellegrini Grinover esclarece que:

*“Trata-se de um aspecto setorial de alguns dos grandes temas do processo penal, no quadro das liberdades públicas: o princípio da verdade real, o princípio do livre convencimento do juiz e seus poderes inquisitivos, de um lado; do outro lado, o direito à intimidade, as regras de exclusão da prova, o problema da admissibilidade, no processo penal, das provas ilicitamente obtidas.”*

Nesse sentido, as provas ilícitas constituem um dos grandes temas do processo penal, quando transferem ao órgão judiciário o tormentoso problema de proteger os direitos e liberdades individuais em detrimento da defesa social e vice-versa.

Valida esse entendimento José Carlos Barbosa Moreira, afirmando que:

O problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente se impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins explicitam que:

*“A ilicitude probatória pode resultar da forma de geração da prova, (meios de sua obtenção), como também pode referir-se ao conteúdo da prova, ou seja, ainda que realizada segundo os procedimentos aceitos pelo direito, a sua obtenção atente contra um princípio individual.”*

As provas ilícitas violam direitos individuais no momento da colheita das provas, não sendo este, nem de longe o objetivo de uma sociedade fundada no Estado Democrático de Direito. Todavia, afigura-nos incompatível a ausência de equilíbrio entre o choque de valores constitucionalmente consagrados.

Celso Ribeiro Bastos esclarece que:

*“O art. 5º, LVI que consagra a inadmissibilidade das provas ilícitas deve ceder nas hipóteses em que a sua observância intransigente poderia levar a lesão a um direito fundamental ainda mais valorado. A interpretação ponderada e equilibrada do texto constitucional permite que se confira eficácia ao propósito de banir as provas ilícitas sem, contudo, extremar este princípio a ponto de se permitir a eficácia de outros direitos constitucionais, também fartamente protegidos, como o da ampla defesa.”*

## **1.2. Provas Ilícitas**

Diante da proposta demonstrada em que se visa delinear os exatos limites da licitude probatória, necessário se faz o estudo, ainda que ténue, no que tange às provas ilícitas.

Em função disso, busca-se conceituar as provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, o valor que essas trazem ínsito em seu bojo em termos de admissibilidade ou reprovabilidade do conteúdo das provas, bem como os sistemas de valor das provas normalmente adotados pelas legislações em geral.

### **1.2.1. Conceito**

As provas ilícitas conceituam-se como os instrumentos inaptos à formação do convencimento judicial por estarem inquinadas de vícios comprometedores da norma material, assim como dos princípios constitucionais.

A vedação legal quanto à admissibilidade das provas ilícitas visa a assegurar o limite probatório e regular a atitude do Estado, estando implícita ou expressamente prevista em leis processuais, materiais ou princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico.

Segundo o critério adotado pelo legislador constituinte, a obtenção ilícita da prova macula o seu conteúdo de forma absoluta, tendo por consequência a inaptidão para a formação do convencimento judicial.

Nuvolone, citado por Ada Pellegrini Grinover, afirma que:

*“A prova será vedada sempre que for contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito positivo. Seria absoluta quando o direito proibisse em qualquer caso a sua produção, e relativa quando o ordenamento jurídico, embora admitindo tal meio de prova, condicionasse a sua legitimidade à observância de determinadas regras.”*

Entretanto, tal conceito não é absoluto, entendendo Vescovi, citado também por Ada Pellegrini Grinover, que:

*“O conceito de ilicitude é mais abrangente, abarcando tanto a natureza material, quanto a processual, então, a prova legítima obtida por meios ilícitos, como por exemplo, furto de um documento, bem como a prova ilícita declarada inadmissível, como confissão extorquida mediante tortura, se enquadrariam dentro de um conceito de ilicitude.”*

Diferem, portanto, quanto à natureza substancial ou processual da norma. Teria apenas natureza processual se a matéria, objeto da violação, apenas se restringisse à lógica e à finalidade do processo, enquanto que a natureza substancial se daria quando infringisse direitos essenciais amplamente reconhecidos aos indivíduos, independentemente do processo.

A noção de ilegalidade compreende tanto a ilicitude, como a ilegitimidade. Ambas são violadoras da ordem legal, ora materialmente, ora processualmente, não obstante possa a mesma prova violar ambos os aspectos da ilegalidade.

### **1.3. Inadmissibilidade Absoluta**

Conforme regulado no artigo 5º, LVI, CRFB/88, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Portanto, as provas que infringem o direito material consagrado em normas materiais e princípios gerais do direito são tidas por inadmissíveis no processo, tendo por conseqüência a nulidade.

Fernando da Costa Tourinho Filho esclarece que:

*“Não se admitem as provas conseguidas mediante torturas, tais como interrogatórios fatigantes, exaustivos, mesmo porque obtidos com preterição ao artigo 5º, III da Lei Maior. Metem-se a rol, entre as provas não permitidas, àquelas objeto de captação clandestina de conversações telefônicas (art. 5º, XII, CRFB/88), de microfones dissimulados para captar conversações íntimas, o diário onde algumas pessoas registram, com indisfarçável nota de segredo, os acontecimentos mais importantes do seu dia-a-dia. Tais provas não podem ser permitidas porque violatórias da vida íntima da pessoa, e, como se sabe, a Constituição confere privacidade, como se constata pelo artigo 5º, X e XII, CRFB/88.”*

A prova ilegal configura o ilícito material e acarreta a inadmissibilidade processual, gerando o efeito da nulidade, uma vez que viola frontalmente o direito à intimidade, não resguardando a correta obtenção da prova.

A ilegalidade promana de um ato anterior que não é aquele da produção em juízo. Quando se postula o ato com o fim de demonstrar o direito material alegado, pressupõe-se que estas, obviamente, já foram colhidas, sendo o vício preexistente, portanto.

Fundamento básico para a adoção do sistema do livre convencimento motivado está em que, primeiro privilegia-se o Estado Democrático de Direito e, segundo, há necessidade de expressa motivação de todas as decisões judiciais.

Toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não poderá ser admitida no processo.

#### **1.4. Posição Brasileira**

No Brasil, prevalece, hoje, a posição da inadmissibilidade das provas ilícitas, consagrando a idéia de que o direito à prova não é absoluto, devendo haver um limite para a sua obtenção e postulação em juízo.

O legislador constituinte adotou uma posição radical quando não conferiu valor algum às provas admitidas ilicitamente. De acordo com o sistema atual de provas, estas deverão ser desentranhadas dos autos e consideradas como inexistentes, impedindo com isto que o órgão julgador as leve em consideração no exercício do seu livre convencimento, se aplicado na íntegra o dispositivo constitucional.

Ada Pellegrini Grinover afirma que:

*“A recusa da prova obtida através de um procedimento ilegal não é conseqüência de uma atitude meramente formalista, mas sim, pelo contrário, de uma tomada de posição no sentido de que o formalismo apenas existe para a defesa de princípios superiores: nesse caso, para a defesa de importantes direitos e garantias colocados para a tutela da personalidade humana; o processo, afirma Vescovi, citado pela autora supramencionada, não é um simples match no qual triunfa o mais hábil, forte e poderoso, mas sim um instrumento tendente a consagrar uma conduta valiosa, conforme a regra moral e aos princípios de lealdade e probidade.”*

### **1.5. A Teoria adotada pelo Constituinte de 1988**

A posição adotada pelo constituinte de 1988 foi a de optar pela teoria da ilicitude material e inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos visão constitucional, todavia, responsabilizando-se o infrator conforme a nova regulamentação dada pela Lei nº 9.296/96. A Constituição de 1988 foi exaustiva, consagrando em termos cogentes a inadmissibilidade dessas provas dentro da atividade probatória processual, o que não impede a aplicação jurisprudencial diferenciada, uma vez que não há nenhum direito fundamental ilimitado, absoluto.

Não obstante tenha a Constituição de 1988 adotado o critério absoluto da inadmissibilidade das provas ilícitas, permanece o dissenso na doutrina e na jurisprudência. De um lado, Weber Martins Batista, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães, entre outros, afirmam não haver espaço algum no ordenamento para acatar a admissibilidade das provas consideradas ilícitas no processo, em função da forma cogente como foi redigido tal dispositivo; de outro lado, José Carlos Barbosa Moreira, Luis Gustavo Granbinetti C. de Carvalho e Calmon de Passos defendem o posicionamento de que não há nenhum direito fundamental absoluto, e muito menos hierarquia entre estes, e, portanto, seria extremamente injusto que o direito à prova, decorrente do direito de ação e de defesa (acesso ao judiciário), estivesse sempre submerso a um direito de igual hierarquia, sem que ao menos se examinasse o valor de suas alegações.

O dispositivo constitucional diante de uma análise histórica visa a proteger direitos decorrentes do princípio da dignidade humana, estabelecendo uma limitação à persecução penal do Estado. O limite estaria em respeitar a individualidade em detrimento do agir incontrolado do Estado na busca da verdade real, sendo esta uma atitude fruto do sistema acusatório e dos resquícios da história política brasileira.

Adotando-se uma interpretação teleológica do sistema, com vistas a solucionar as aparentes antinomias apresentadas pelos dispositivos constitucionais, confere-se ao juiz a possibilidade de resolver qual dos interesses em conflito deva ser sacrificado, não havendo qualquer razão para a crítica conferida a esta teoria, em função do subjetivismo conferido ao órgão do Poder Judiciário, uma vez que todas as decisões devem ser fundamentadas,

sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, IX, da CRFB/88. E, ainda, adota-se, no sistema, o princípio implícito do duplo grau de jurisdição, possibilitando o reexame da decisão diante do natural inconformismo do vencido.

### **1.6. Prova Ilícita Pro Reo**

Trata-se da aplicação doutrinária e jurisprudencial quanto à admissão das provas reputadas ilícitas com o fim de promover o convencimento judicial, quando estas tenham por finalidade defender o acusado.

Ada Pellegrini Grinover esclarece que:

*“Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da Prova Favorável ao Acusado (grifo nosso), ainda que colhida com infringência de seus direitos fundamentais. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, informado pelo princípio do favor rei. Mas a justificativa para a aceitação da prova ilícita pro reo também reside em ponderações de caráter político, porquanto sua rejeição poderia estimular investigador desleal, que teria interesse em obtê-la intencionalmente contra as prescrições legais, estabelecendo assim as premissas para a sua exclusão, e quiçá, para a sua condenação.”*

## **2. Conclusão**

Delineado o exato limite da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o presente trabalho oportuniza critérios objetivos em direção a compreensão delimitadora da zona limítrofe entre do direito à intimidade e o direito à prova. A admissibilidade e a valoração da mesma, no cenário do Estado Democrático de Direito.

O tema pertinente às provas ilícitas, especialmente em breves retoques os limites da licitude probatória, por se tratar de clamor do sistema, tendo por fim prestigiar o direito à intimidade sem anular necessariamente o direito à prova.

Como se depreende da doutrina dos mais hóspedes no assunto, o tema é extremamente controverso, onde há opiniões diversas dos mais ilustres juristas, não se restringindo à legislação vigente, uma vez que estas questões, há muito, já assolavam a doutrina e a jurisprudência.

### 3. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em Face da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 2ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1998.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 11ª edição. Editora Malheiros: São Paulo, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais, in O Processo em Evolução**. Editora Forense: Rio de Janeiro, s.d.

\_\_\_\_\_. **Provas Ilícitas**, in ADV Advocacia Dinâmica, Seleções Jurídicas: Rio de Janeiro, set. 1984.

\_\_\_\_\_. **Provas Ilícitas**, in Revista do Advogado, São Paulo, vol. IV; nº 15, out./dez/1983.

MORAES, Alexandre de. **Provas Ilícitas e Proteção aos Direitos Humanos Fundamentais**, in Boletim IBCCrim, São Paulo, vol. VI, nº 63, fev./1998.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas Ilícitas**, Livraria Universitária, 4ª editora.