

**UNIDADE X**

Leitura obrigatória  
MAGALHÃES, Proibição das provas  
ilícitas na Constituição de 1988, p.249-266



EDITORA ATLAS S.A.  
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)  
01203-904 São Paulo (SP)  
Tel.: (011) 221-9144 (PABX)  
<http://www.editora-atlas.com.br>

ALEXANDRE DE MORAES  
(Coordenador)

# OS 10 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

BIBLIOTECA  
CIRCULANTE

Alexandre de Moraes  
Antonio Magalhães Gomes Filho  
Antonio Scarance Fernandes  
Dalmo de Abreu Dallari  
Fernando Luiz Ximenes Rocha  
José Eduardo Martins Cardozo  
Laerte José Castro Sampaio  
Luiz Flávio Gomes  
Nelson Nery Junior  
Roque Antonio Carrazza  
Sebastião Botto de Barros Tojal

SÃO PAULO  
EDITORA ATLAS S.A. - 1999

# Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988

---

*Antonio Magalhães Gomes Filho\**

## 1 PROVA E SOCIEDADE

Em recente trabalho sobre a prova penal, Mireille Delmas-Marty refere-se a um célebre tratado chinês, que remonta ao fim da dinastia Ming (século XVII), no qual é descrito o itinerário para o bom julgamento. Sem fixar princípios nem regras, essa obra orienta o juiz na procura das provas, indicando-lhe o comportamento, as posições a adotar e aquelas que deve desprezar. Ao final, garante que, atendidas suas prescrições, o juiz *poderá esperar ganhar a confiança de todos e aspirar a boa reputação que lhe garante, ao mesmo tempo, a submissão dos acusados, a confirmação da sentença pelo soberano e o aplauso da opinião pública.*<sup>1</sup>

A promessa contida à guisa de conclusão desse texto proveniente de outra cultura jurídica sublinha aspecto da prova judiciária nem sempre devidamente compreendido. É que o julgamento, fundado em provas, não constitui trabalho isolado do juiz, mas, ao contrário, é imerso no ambiente social em que se desenvolve, estando, assim, fortemente impregnado por fatores sociais, políticos, culturais, religiosos etc. Daí não ser possível desconsiderar, nos procedimentos probatórios, seu *caráter social*, visto que sua finalidade não está limitada à formação do convencimento do juiz, mas visa preponderantemente à

---

\* Professor associado de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. DELMAS-MARTY, Mireille. La prova penale. *L'Indice Penale*, 30(3):609-28, 1996.

obtenção do consenso do grupo social em nome do qual será pronunciada a decisão.<sup>2</sup>

A atividade probatória e seus resultados desempenham, com efeito, nítida função de persuasão sobre a sociedade, indicando que as decisões judiciais, fundadas que são em *provas*, são verdadeiras e, por isso, justas. Constituem, em outras palavras, um *mecanismo de legitimação*, por meio do qual a decisão deixa de parecer arbitrária para tornar-se aceitável.<sup>3</sup>

É justamente por isso que os temas relacionados à prova judiciária encontram-se inevitavelmente submetidos à tensão entre os interesses da sociedade e da verdade.<sup>4</sup> E, como consequência disso, o ponto de partida no tratamento da questão da *prova ilícita* deve ser o reconhecimento de limites à atividade cognitiva do juiz.

## 2 LIMITES À ATIVIDADE PROBATÓRIA

Não se discute que a função primordial da atividade probatória é trazer ao juiz o conhecimento dos fatos em que se fundam as pretensões dos litigantes. Todavia, nisso não se exaure essa importante tarefa, pois, se assim fosse, permitido seria ao julgador utilizar-se de dados de sua ciência particular, ou buscar, por qualquer forma, as informações necessárias para chegar a conclusões próprias a respeito dos acontecimentos.

As provas desempenham papel mais importante, que é o de *fixar* os fatos no processo e, também, no próprio universo social; nisso consiste sua função *legitimadora* das decisões judiciais à qual nos referimos antes.

Daí resulta a exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras – lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas etc. –, cuja inobservância acarretaria inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade, no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse *status* na comunidade acadêmica após rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados em seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um intolerável arbítrio do juiz.<sup>5</sup>

Nos ordenamentos ligados à tradição européia continental, a memória dos artifícios e abusos das *provas legais* conduziu a certa prevenção em torno da intervenção legislativa no terreno das provas, mas isso não significa, em absoluto, que a regulamentação legal do procedimento probatório possa ser descar-

2. LÉVY-BRUHL, Henri. *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*. Paris: Marcel Rivière, 1964. p. 29.  
3. LAGRADE, Xavier. *Réflexion critique sur le droit de la preuve*. Paris: LGDJ, 1994. p. 10.  
4. FORIERS, Paul. *Considerations sur la preuve judiciaire*. In: Perelman & Foriers (Orgs.). *La preuve en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1981. p. 329.  
5. V. LANDOWSKI, Eric. *Vérité et véridiction en droit*. *Droit et Société*, 8:49-50, 1988.

tada; afinal, aquele sistema referia-se tão-somente a uma das fases desse procedimento, a de *avaliação*, e o *livre convencimento*, que lhe sucedeu, também deve estar restrito a esse momento, não podendo significar uma espécie de “*anarquia nas operações cognitivas do juiz*”.<sup>6</sup>

O *método probatório judiciário* constitui, na verdade, um conjunto de regras mais amplo, cuja função garantidora dos direitos das partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao *objeto* da prova, aos *meios* por meio dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os *procedimentos* adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o *valor* da prova obtida.<sup>7</sup>

Esses limites probatórios podem ter fundamentos *processuais* (lógicos, epistemológicos) ou *extraprocessuais* (políticos). No primeiro caso, excluem-se provas impertinentes ou irrelevantes ou, ainda, exige-se que determinados fatos sejam provados de certa forma (exemplo, entre nós, do exame de corpo de delito). No segundo, que aqui nos interessa, impede-se a introdução ao processo de provas obtidas com violação de direitos fundamentais.

## 3 ADMISSIBILIDADE DA PROVA

Embora em todos esses casos exista uma restrição ao ingresso da prova, fala-se em *regras de admissibilidade* para designar os critérios jurídicos de seleção dos elementos que podem ser empregados no processo, ao passo que as noções de *pertinência* e *relevância* referem-se a critérios tipicamente lógicos.<sup>8</sup>

Assim como a noção de *nulidade*, a de *admissibilidade* (ou, por oposição, de *inadmissibilidade*) refere-se à questão da *validade* e *eficácia* (ou, por antagonismo, da *invalidade* e *ineficácia*) dos atos processuais: a atividade processual deve ser realizada segundo modelos traçados pelo legislador, cuja observância constitui a melhor forma de assegurar a participação dos interessados e a correção dos provimentos jurisdicionais; por isso, somente a *perfeição* do ato, entendida como coincidência com a *fattispecie*, confere-lhe aptidão para produzir efeitos; ao contrário, a desconformidade leva, ou pode levar, à *invalidade* e *ineficácia*.<sup>9</sup>

6. AMODIO, Ennio. *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 16:311, 1973.

7. ANTONIONI, Filippo. *Regole di prova legale e processo penale*. *La Giustizia Penale*, 60:7-18, 1955; UBERTIS, Giulio. *La ricerca della verità processuale*. In: UBERTIS (Org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 16-17.

8. V. TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 337.

9. V. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 17-19; CONSO, Giovanni. *I fatti giuridici processuali penale*. Milão: Giuffrè, 1955. p. 17-18.

No entanto, enquanto a *nulidade* é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a *admissibilidade* (ou *inadmissibilidade*) decorre de apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma. Como anota Julio Maier, “*la inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento*”.<sup>10</sup>

Sob outro aspecto, a declaração de nulidade não é automática e o ato praticado irregularmente pode mesmo vir a ser considerado válido e eficaz, se não ocorrentes determinados pressupostos legais para sua invalidação (v. g., a inexistência de prejuízo, a ocorrência de alguma causa de convalidação);<sup>11</sup> já a inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da idéia de *inexistência* (jurídica) do ato vedado pela lei processual.

Diante disso, na matéria examinada, a distinção entre a prova *nula* e a prova *inadmissível* é bem clara e pode ser exemplificada: a colheita de uma prova testemunhal, sem que se dê a oportunidade de reperguntas a uma das partes, pode vir a ser declarada *nula*, mas, se não tiver ocorrido prejuízo para aquela mesma parte, não se cogitará da invalidação do ato; ou, então, reconhecida a nulidade, o ato poderá ser renovado, com observância do contraditório, e nada impedirá a valoração do novo depoimento pelo juiz; ao contrário, o testemunho que viole o sigilo profissional (art. 207, CPP), ou a confissão utilizada como prova da materialidade do delito (art. 158, CPP) são atos *proibidos* e, por isso, *inadmissíveis*, não podendo jamais produzir efeitos sobre o convencimento judicial.<sup>12</sup>

A *admissibilidade* da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual<sup>13</sup> e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo<sup>14</sup> e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: *inadmissibilidade*, *proibição de prova*, “*exclusionary rules*”.

10. MAIER, Julio B. J. *Función normativa de la nulidad*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141.

11. GRINOVER, SCARANCA & MAGALHÃES. *As nulidades...* Op. cit. p. 22 ss.

12. Sobre a distinção, v. especialmente FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. I, p. 446-447; GALANTINI, Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Pádua: Cedam, 1992. p. 49-50.

13. Não se confunde a *admissibilidade* com a *licitude* da prova, exatamente porque essa última qualidade resulta de uma conformidade com o direito material; em certos casos, como se verá, a *inadmissibilidade* constitui uma conseqüência da *ilicitude*; v. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1983. p. 906.

14. A *inadmissibilidade* deve abranger não somente o ingresso jurídico da prova no processo, mas também sua introdução *material* nos autos, evitando-se, com isso, influências indesejáveis sobre o convencimento do julgador; sobre esse significado do termo *inadmissibilidade*, v. GALLI, Guido. *L'inammissibilità della prova*. Milão: Giuffrè, 1968. p. 24.

E tal valoração, que é mais evidente no sistema da *common law*, dada sua longa elaboração, mas que, igualmente, existe nos ordenamentos de tradição continental, pode ter um fundamento *epistemológico*, excluindo provas que poderiam levar o julgador à reconstituição inexata dos fatos, ou pode estar baseada em considerações estranhas à pesquisa da verdade, como ocorre em relação à inadmissibilidade de provas cuja obtenção importe em violação de outros direitos, especialmente aqueles inscritos na Constituição. No primeiro caso, a inadmissibilidade tem finalidade propriamente *processual*, ao passo que a segunda hipótese diz respeito à tutela do direito *material*.<sup>15</sup>

#### 4 INADMISSIBILIDADE DETERMINADA POR RAZÕES EXTRAPROCESSUAIS: PRIVILEGES E PROVAS ILÍCITAS

O campo das proibições de provas relacionadas à tutela de valores estranhos à economia interna do processo é vastíssimo, revelando que o objetivo de apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses dignos de proteção pela ordem jurídica. Sem tal adequação, a atividade processual correria o risco de transformar-se em fator de desagregação social, em vez de cumprir sua finalidade de pacificação de conflitos.

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, utilizasse-se de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em conseqüência, a legitimação de todo o sistema punitivo.<sup>16</sup>

É com esse sentido e finalidade que os diversos ordenamentos – em maior ou menor medida – prevêm a exclusão de provas cuja prática possa representar atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade, ou à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado etc. São casos em que razões externas ao processo justificam o sacrifício do ideal de obtenção da verdade.

No sistema anglo-americano, essa espécie de exclusão de provas (*exclusionary rules of extrinsic policy*) é constituída, em primeiro lugar, pelos denomina-

15. DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, 121:513, 1973.

16. Como afirma Amelung, citado por Costa Andrade, “*o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar*”; v. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 15.

dos *privileges*, previstos na *common law* ou em leis escritas, cuja função primordial é a de assegurar ao cidadão a efetividade de certos direitos considerados essenciais. Cuida-se, em síntese, de preservar a esfera individual contra intromissões que, embora ditadas pelo interesse de eficiência do processo, poderiam ter um custo desproporcional, na ótica de uma organização social secularmente assentada na primazia do indivíduo.<sup>17</sup> Entre tais privilégios, podem ser lembrados o que protege o acusado da auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), os referentes ao sigilo profissional (*physician-patient privilege, client-attorney privilege, journalist's source privilege*), o relacionado às relações conjugais (*marital privilege*) etc.

Semelhantes restrições à liberdade de prova são igualmente encontradas nos ordenamentos ligados à tradição continental, como demonstra a generalizada previsão de proibições ao testemunho de pessoas que devam guardar segredos, em relação a fatos dos quais tiveram conhecimento no exercício de determinadas profissões.<sup>18</sup> No Brasil, por exemplo, o art. 207, CPP, *proíbe*, expressamente, o depoimento das pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo.

Contudo, além dessas limitações mais aceitas, geralmente consagradas nos próprios estatutos processuais, verifica-se, principalmente nas últimas décadas, tendência ao alargamento do campo das proibições de prova, com base na constatação de que o ordenamento é uno e, assim, a violação de qualquer de suas regras, com o propósito de obtenção de provas, deve conduzir ao reconhecimento da *ilegalidade* das mesmas e, em conseqüência, a sua inaptidão para a formação do convencimento judicial.

A evolução dos diversos sistemas nesse sentido não tem sido, entretanto, fácil nem uniforme, pois em tais situações a ilicitude se refere, geralmente, a momento pré-processual, indiferente para a correção do acerto dos fatos, além do que acarretaria outro tipo de sanção (penal, administrativa etc.), não se justificando, por isso, a exclusão da prova, com prejuízo evidente para a apuração da verdade processual.

Assim, por exemplo, no direito inglês a regra prevalente é a de irrelevância dos métodos com os quais foi obtida a prova; afirma-se que seria obstáculo peri-

goso à administração da justiça que as provas conseguidas de forma ilegal não pudessem ser utilizadas. Entende-se que a função dos tribunais é a de verificar se um crime foi cometido pelo acusado, não a de fiscalizar como a polícia exerce suas atribuições na descoberta de provas. De qualquer modo, reconhece-se um poder discricionário ao juiz para excluir as provas resultantes de um procedimento irregular ou *unfair*, mas essa não constitui seguramente regra geral.<sup>19</sup>

Coube à jurisprudência norte-americana a primazia na consideração da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente. Com efeito, até o início deste século entendia-se, como na Inglaterra, que a infringência de qualquer direito para obtenção de provas somente poderia resultar em punição para o violador, sem que se excluísse da consideração dos julgadores o material probatório resultante da violação, desde que relevante. Foi apenas em 1914, na decisão do caso *Weeks*, que a Suprema Corte americana considerou ter sido um *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV Emenda. A partir daí, fixou-se, nas cortes federais, a regra de exclusão segundo a qual são inadmissíveis as provas obtidas com violação das garantias constitucionais; e essa regra passou a vigorar também, posteriormente, na maioria dos estados americanos.<sup>20</sup>

Na justificação dessa mudança de orientação, fundamental na matéria tratada, a maioria dos juízes da Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da polícia porque, em primeiro lugar, na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para suportar ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente tal ocorreria; finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares em seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei. Por tais motivos, entendeu-se que somente a exclusão das provas conseguidas ao arripio da lei seria eficaz impedimento a tais abusos.<sup>21</sup>

O interesse pelo tema nos países de *civil law*, embora mais recente, tem sido intenso e proveitoso, resultando não somente em trabalhos doutrinários e decisões da jurisprudência, mas principalmente em previsões legais e constitu-

17. Disso resulta que a invocação do privilégio incumbe ao titular do direito protegido, que nem sempre é a parte da relação processual; assim, por exemplo, se uma diligência policial de busca e apreensão é realizada irregularmente na propriedade de um terceiro, que não o próprio acusado no processo penal, somente aquele poderia invocar o vício relativo à prova obtida ilegalmente; se não o fizer, não poderá a defesa do réu invocar o "privilege" alheio. V. PAPA, Michele. Contributo allo studio delle *rules of evidence* nel processo penale statunitense. *L'Indice Penale*, 21:317-8, 1987; também na Inglaterra, "*privilege is a personal right*", como informa MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1990. p. 244.

18. Para um quadro minucioso das disposições encontradas nos diversos códigos europeus, v. NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. *Rivista di Diritto Processuale*, 21:451-3, 1966.

19. V. MAY. Op. cit. p. 228 ss.

20. V. McCORMICK, Charles T. *Handbook of the law of evidence*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1954. p. 291-296; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 120-126.

21. SCAPARONE, Metello. "*Common law*" e *processo penale*. Milão: Giuffrè, 1974. p. 19-20.

cionais a respeito da inadmissibilidade das provas resultantes de procedimentos ilegais.

Assim é que, mesmo em ordenamentos como o alemão, nos quais a componente inquisitória do *sistema misto* e a crença na *verdade material*, como objetivo supremo do processo penal, representam sérios obstáculos à aceitação das regras de exclusão, a partir da década de 60 o *Bundesgerichtshof (BGH)* vem fixando a orientação de que, no Estado de Direito, existem limites intransponíveis à busca da verdade processual: “*não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço*”; “*o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado*”.<sup>22</sup>

Na Itália, onde a doutrina e a jurisprudência vinham relutando em aceitar, definitivamente, a inadmissibilidade das provas obtidas com violação de normas de direito material,<sup>23</sup> a Corte Constitucional, em decisão de 1973, a respeito de interceptações telefônicas realizadas sem prévia e motivada autorização judicial, assentou a impossibilidade de utilização de provas obtidas com violação das garantias constitucionais.<sup>24</sup>

O novo Código de Processo Penal italiano, de 1988, inseriu disposições expressas, no art. 191, nos seguintes termos: “*1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*”. Com base nisso, a doutrina, embora sem unanimidade, vem entendendo que a ampla previsão da norma se aplica não somente às proibições previstas na lei processual, mas também inclui os tipos incriminadores, que, evidentemente, também constituem “*una legge che vieta*”.<sup>25</sup>

Ainda no âmbito dos ordenamentos de tradição continental, posições mais radicais no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas têm levado os mais modernos textos fundamentais a elevar a proibição ao nível constitucional, como se verifica, v. g., na Carta portuguesa de 1976, cujo texto, nesse particular, foi mantido na revisão de 1982: “*Artigo 32º (...) 6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”.

22. Os enunciados transcritos referem-se aos *leading cases* do gravador (1960) e o primeiro caso do diário (1964), mencionados por COSTA ANDRADE. Op. cit. p. 117; sobre a doutrina alemã a respeito das proibições de prova, v. especialmente COSTA ANDRADE. Op. cit.

23. CORDERO, Franco. Prove illecite. In: \_\_\_\_\_. *Tre studi sulle prove penale*. Milão: Giuffrè, 1963. p. 147 ss; GRINOVER. *Libertades...* Op. cit. p. 137-143.

24. V. ALLENA, Gianni. Riflessioni sul concetto di inconstituzionalità della prova nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 32(2): 509 ss, 1989.

25. NOBILI, Massimo. Commento (art. 191). In: CHIAVARIO, Mario (Org.). *Commento al nuovo codice di procedura penale*. Torino: UTET, 1990. v. II, p. 409-14; no mesmo sentido, SIRACUSANO, Delfino. *Le prove*. In: SIRACUSANO et alii. *Manuale di diritto processuale penale*. Milão: Giuffrè, 1990. v. I, p. 384.

## 5 INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO BRASIL: DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Quanto ao Brasil, antes da Constituição de 1988, esparsas e contraditórias eram as referências do legislador a respeito da proibição da prova ilícita.

Assim, o Código de Processo Penal, de 1941, já continha, no art. 233, disposição expressa no sentido de que “*as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo*”; mas, por outro lado, o art. 240, § 1º, f, autorizava a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, “*quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato*”. Ou seja, o legislador fazia uma distinção entre a correspondência do acusado, que poderia ser violada, no interesse da apuração dos fatos, e as outras cartas, inutilizáveis como prova.

E o Código de Processo Civil, de 1973, no art. 332, previa que “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*”.

Mesmo na ausência de preceitos mais claros e incisivos na Constituição e nas leis ordinárias, o reconhecimento de limitações à atividade probatória, especialmente em face da proteção que a Constituição dá aos direitos e garantias constitucionais, vinha sendo feito, há muito, pela doutrina processual brasileira.

Lembrem-se, nesse sentido, as ponderações de Canuto Mendes de Almeida, para quem

*“todos os gêneros e espécies de meios de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricção e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva invasões domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas (...)”*<sup>26</sup>

Na mesma linha, escreveu José Frederico Marques:

*“limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção a garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova (...) inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins*

26. MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 61.

*justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória*".<sup>27</sup>

E ainda, especialmente, as conclusões a que chegou Ada Pellegrini Grinover em monografia dedicada às interceptações telefônicas: *"é inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (male captum bene retentum): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade. No Estado de Direito, a repressão do crime não pode realizar-se pela prática de ilícitos, que são freqüentemente ilícitos penais"*.<sup>28</sup>

Por outro lado, na jurisprudência anterior à atual Constituição, as soluções a respeito da admissibilidade da prova ilícita não foram uniformes.

Como observou o ilustre magistrado paulista Ricardo Cintra Torres de Carvalho, após minuciosa pesquisa em quase 170 acórdãos, pode-se afirmar que nesse período vigorou o que denominou *"princípio da veracidade da prova"*, segundo o qual a prova é analisada pela carga de convencimento que contém, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade é matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada na órbita própria, que não interfere em sua admissibilidade.<sup>29</sup>

No entanto, segundo o mesmo trabalho, registrou-se, no fim da década de 60, acentuada tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo de considerar que irregularidades cometidas pela polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões em delitos relacionados a entorpecentes, contaminavam todo o processo.<sup>30</sup>

Mais significativa, no sentido da inadmissibilidade da prova ilícita, foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em três julgamentos em que foi suscitada a validade de interceptações telefônicas clandestinas: no primeiro, de 1977, foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes a interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial; num segundo caso, em 1984, também de processo cível, a solução foi a mesma; e, finalmente, em decisão de 18-12-1986, a Suprema Corte determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptações confessadamente ilícitas feitas por particulares.<sup>31</sup>

27. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1965. p. 294.

28. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 150.

29. TORRES DE CARVALHO, Ricardo Cintra. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 3(12): 162-200, 1995.

30. Idem, esp. p. 169, com referência a julgados insertos. In: RT 440/368, 440/343, 447/337, 426/363 e 426/354.

31. GRINOVER, SCARANCE & MAGALHÃES. *As nulidades...* Op. cit. p. 137, com remissões à RTJ 84/609, 110/798 e 122/47.

## 6 INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 5-10-1988 pretendeu dar solução definitiva para esse tormentoso dilema, ao estabelecer, no inciso LVI do art. 5º: *"São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"*.

No autorizado entendimento de Ada Pellegrini Grinover, a regra de exclusão estabelece duas balizas para o tema: em primeiro lugar, ao aludir a *"provas obtidas por meios ilícitos"*, refere-se o constituinte à ilegalidade ocorrida no momento em que a prova é obtida para ser produzida no processo; momento normalmente anterior e de qualquer modo externo com relação àqueles em que se decompõe o próprio procedimento probatório; em segundo lugar, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção (a inadmissibilidade) para a ilicitude material.<sup>32</sup>

Os tribunais têm dado efetiva aplicação à sanção de inadmissibilidade prevista na Lei Maior, ora não permitindo o ingresso da prova ilícita no processo,<sup>33</sup> ora determinando seu desentranhamento,<sup>34</sup> ou mesmo desconsiderando tal prova no momento da valoração e, em conseqüência, absolvendo o réu contra o qual a prova ilícita havia sido produzida.<sup>35</sup>

Apesar dos termos categóricos do texto constitucional – o que é reconhecido, inclusive, pelos que advogam ser necessário *temperar* a aparente rigidez da norma –,<sup>36</sup> ainda persistem resistências a sua completa aplicação, não somente em face de questões adiante tratadas, mas também, especialmente, pela contestação do próprio valor da regra de exclusão em manifestações doutrinárias e jurisprudenciais.

Assim, para José Roberto dos Santos Bedaque,

*"não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas (... ) (pois) a repulsa a tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o*

32. GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1996. p. 51.

33. Nesse sentido, TRF da 3ª Região, Correição Parcial 92/90, indeferindo correição parcial requerida pelo MP contra ato do Juiz da 12ª Vara Federal, inadmitindo a transcrição e juntada aos autos do resultado de gravações clandestinas.

34. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, MS 590.019.089, em que a 5ª Câmara Cível daquela Corte concedeu a ordem para o desentranhamento, do processo, do resultado de gravações feitas sem o consentimento das pessoas participantes da conversa.

35. Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Criminal 83.624/3, Rel. Dante Busana. Tratava-se, no caso, de prova da materialidade resultante de busca e apreensão realizada sem mandado judicial, com invasão de domicílio; reconhecendo a ilicitude da prova, a Câmara Criminal absolveu o réu por falta de prova do fato imputado (RT 670/273).

36. V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, 337:128.

*ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve (...)*  
*E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador*  
*ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa".<sup>37</sup>*

E orientação semelhante, fundada na assertiva de que "a política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso", também levou a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região a assentar: "Ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos, já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública".<sup>38</sup>

Independentemente dessas posições, que contestam a própria previsão constitucional, outras questões também têm levado ao temperamento na aplicação da regra de inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. Assim, merecem referência o denominado *princípio da proporcionalidade* e a *teoria dos frutos da árvore envenenada*.

## 7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como já foi mencionado, a temática das proibições de prova ressalta a idéia de que a atividade probatória deve ser limitada diante da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores, que se sobrepõem à busca da verdade judicial; enfim, é a *ponderação* entre interesses em conflito que justifica a exclusão.

Sob outro enfoque, essa mesma consideração pode implicar, em outras situações especiais, a prevalência do interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição. Fala-se, então, em *razoabilidade*, ou *proporcionalidade*, como princípio que autorizaria a superação das vedações probatórias.<sup>39</sup>

A apologia desse critério em matéria probatória é muito antiga e, já no sistema das provas legais, a gravidade de certos crimes era invocada como justificativa do instituto da *prova privilegiada*, por meio do qual podia-se qualificar como *plena* (e suficiente, portanto, para a condenação) uma prova meramente indiciária.

37. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996. p. 103-105.

38. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, HC 95.02.17100-4-RJ, Rel. Des. Chalu Barbosa, RT 729/664.

39. O critério da *proporcionalidade* tem sido igualmente invocado para superar certas exigências relativas à produção da prova, como ocorre em relação à possibilidade de incorporação ao processo de informações fornecidas por testemunhas "anônimas", que evidentemente, escapam ao controle do contraditório; sobre essa tendência, v. especialmente TIEDEMANN, Klaus. *Relacion general* [apresentada no Colóquio Preparatório do XV Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal]. *Revue internationale de droit penal*, 64:800-1, 1993.

Também na obra de Bentham, inspirada pelas concepções utilitaristas da época, aconselhava-se que a "importância da causa" e a "importância da prova para a decisão" fossem um contrapeso para as limitações postas pela lei à investigação dos fatos: "deve-se escolher entre dois males, pois se trata de pesar e comparar o perigo que resulta à justiça em virtude da falta de provas, e o inconveniente que resulta aos indivíduos pelo incômodo a que estão sujeitos para sua prática".<sup>40</sup>

Não são diferentes as razões que inspiram, modernamente, a denominada *teoria da proporcionalidade* em matéria de proibições de prova, sedimentada sobretudo na jurisprudência do BGH alemão, com considerável acolhida também em sede doutrinária. Afirma-se, em linhas gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais. À vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.<sup>41</sup>

Tal posição não constitui, entretanto, unanimidade na doutrina, sendo bastante veementes as críticas daqueles que consideram intolerável a compressão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir a banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais grave haveria sempre frustração da tutela dos direitos fundamentais.<sup>42</sup>

A esses argumentos, cuja validade nos parece indubitosa, poder-se-ia ainda acrescentar que essa disparidade de tratamento conduziria à sistemática violação da *presunção de inocência* dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pelas proibições de prova mencionadas. Ademais, a qualificação dos fatos como mais ou menos graves, no limiar das investigações, acabaria fatalmente por abrir um espaço incontrolável ao arbítrio dos agentes policiais.

De qualquer forma, não se pode contestar que o critério de *proporcionalidade* encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, do tráfico de entorpecentes e de outras expressões mais agudas da criminalidade.<sup>43</sup>

40. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Madri, 1847, p. 358 ss, apud CUELLAR SERRANO, Gonzalez. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, p. 21, nota 2.

41. COSTA ANDRADE. Op. cit. p. 28-34.

42. COSTA ANDRADE. Op. cit. p. 34-38, com referências aos trabalhos de Grünwald, Hassemmer, Wolter e Amelung.

43. É o caso, por exemplo, da legislação antimáfia italiana (Decreto-lei nº 306, de 8-6-1992, convertido em lei de 6-8-1992) e da legislação antiterrorismo de diversos países da Europa ocidental; v. especialmente SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1989. p. 56 ss.

proporcio-  
s, uma vez  
interesse na  
elo menos  
a defesa se  
hesma prá-

ocasião de  
n soluções

ação clan-  
por lesões  
Ministério  
ta Câmara  
Busana:

a telefônica  
e em viola-  
evalece e a  
quando feita  
proporcio-  
sobre o di-  
rva sobre o

a Criminal  
pela defesa  
relativos a  
ta de terem  
quebra de  
teve ensejo  
um juízo a  
modo, não  
timidade ou

nal. São Paulo :  
breira com sua  
a criminalidade  
atualmente os  
cia e, provavel-  
p. cit. p. 128.