

ANTONIO SCARANCE FERNANDES

PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

6.^a edição
revista, atualizada e ampliada

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

OBRAS DO AUTOR

- Crime Organizado. Aspectos processuais. São Paulo: RT, 2009 (organização com José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes).
- Incidente processual. Questão incidental. Procedimento incidental.* São Paulo: RT, 1991.
- Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.* 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2005 (co-autoria com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes).
- As nulidades no processo penal.* 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009 (co-autoria com Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho).
- O papel da vítima no processo criminal.* São Paulo: Malheiros, 1995.
- Prejudicialidade. Conceito. Natureza jurídica. Espécies de prejudiciais.* São Paulo: RT, 1988.
- A reação defensiva à imputação.* São Paulo: RT, 2002.
- Recursos no processo penal – Teoria geral dos recursos – Recursos em espécie – Ações de impugnação.* 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009 (co-autoria com Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho).
- Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.* São Paulo: RT, 2005.
- Sigilo no processo penal.* São Paulo: RT, 2008 (organização com José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Fernandes, Antonio Scarance
Processo penal constitucional / Antonio Scarance Fernandes. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-3618-2

1. Brasil – Constituição (1988) 2. Processo penal 3. Processo penal – Brasil I. Título.

10-00109

CDU-342.4(81)“1988”:343.1

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Constituição de 1988 e processo penal 342.4(81)“1988”:343.1 2. Brasil : Processo penal e constituição de 1988 342.4(81)“1988”:343.1

Em caso de urgência, ante o perigo de desaparecimento de vestígios do crime ou de elementos importantes para a demonstração do fato delituoso ou da autoria, a perícia produzida na fase policial terá a natureza de prova cautelar (art. 155, parte final), postergando-se o contraditório para momento posterior, em que as partes poderão contestar o laudo, elaborar quesitos suplementares, pedir esclarecimento aos peritos. É o que ocorre quando há perigo de desaparecer o corpo de delito, como acontece com a lesão produzida no corpo da vítima, que normalmente só permanece por determinado tempo. Não se justifica, contudo, prova pericial sem contraditório prévio na fase policial se inexistir perigo de os vestígios desaparecerem. Caso venha a ser realizada, as partes têm o direito de requererem, em juízo, nova perícia.

7.6 A prova ilícita. Noções

O tema da prova ilícita vem ganhando espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno. Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

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.

Com apoio em terminologia de NUVOLONE, adotada por ADA PELLEGRINI GRINOVER,³⁴ pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção. Haverá prova vedada em sentido relativo quando, embora admitido o meio de prova, condiciona-se a sua legitimidade à observância de determinadas formalidades. A violação de uma vedação será sempre

34. Deve-se a ADA PELLEGRINI GRINOVER, através da obra *Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas*, a sistematização entre nós dos estudos em torno das provas ilícitas e das interceptações telefônicas.

ilegal, mas a violação de uma proibição de natureza substancial torna o ato ilícito, enquanto a violação de impedimento de ordem processual faz com que o ato seja ilegítimo. Em síntese, a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual.

O grande problema tem consistido em saber se devem ser aceitas no processo as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade. Formaram-se a respeito dessa questão, com pequenas variantes, quatro correntes fundamentais:

1.ª) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (CORDERO, TORNAGHI, MENDONÇA LIMA);

2.ª) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (NUVOLONE, FREDERICO MARQUES, FRAGOSO, PESTANA DE AGUIAR);

3.ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (CAPPELLETTI, VIGORITI, COMOGLIO);

4.ª) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (BAUR, BARBOSA MOREIRA, RENATO MACIEL, HERMANO DUVAL, CAMARGO ARANHA, MONIZ ARAGÃO).³⁵

A tendência atual é no sentido de vedar a produção de prova ilícita, mas há forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso concreto, e em circunstâncias especiais do princípio da proporcionalidade.³⁶

Outra inclinação é limitar o conceito de prova ilícita àquela obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição. Nesse sentido dispunha o Projeto de Lei 4.205/2001. Contudo, foi alterado, entendendo-se no art. 157 como provas ilícitas aquelas obtidas em violação a normas

35. GRECO FILHO (*Tutela...*, p. 111-112), após referir as quatro correntes, afirmou que, em favor da segunda corrente constante do texto, "militam os argumentos mais fortes, quais sejam: o que tem origem ilícita não pode tornar-se lícito posteriormente; as outras correntes doutrinárias poderiam encorajar a ilicitude, correndo o interessado o risco de ser punido desde que o resultado da prova fosse válido; os Códigos Processuais já preveem os mecanismos adequados para a obtenção coativa da prova, como a condução coercitiva da testemunha, a exibição de documento ou coisa, a busca e apreensão etc., não cabendo à parte fazer justiça pelas próprias mãos". Aceita o autor, contudo, a atuação do princípio da proporcionalidade.

36. Ver estudo sobre o princípio da proporcionalidade, 4.4 a 4.6.

constitucionais ou legais. Deve-se entender, na esteira do que sustentavam NUVOLONE e ADA PELLEGRINI GRINOVER como acima exposto, que as normas legais são as de conteúdo material, mais especificamente as de natureza penal.

7.7 A prova ilícita na Constituição Federal e o princípio da proporcionalidade

São várias as inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5.º, X),³⁷ inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º, XII). A Carta Magna protege, ainda, o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), e ampara o preso em sua integridade física e moral (art. 5.º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarreta a formação de prova ilícita.

Pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar de atividade desenvolvida por particular.³⁸

Contudo, vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5.º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição.

É interessante exemplificar com duas situações concretas que mostram a necessidade de se admitir critério de proporcionalidade.

37. Saliencia JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, que a Constituição considerou a intimidade “um direito, diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela”. Prefere usar a expressão “direito à privacidade”, “num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou” (p. 183).

38. Em algumas hipóteses o STF considerou ilícitas as provas obtidas: 1ª) “a resultante de furto realizado por menor em consultório odontológico”, consistente em subtração de “fotografias que, entregues à polícia, serviram para instruir inquérito e processo criminal.” (RE 251.445-GO, *Informativo* 157); 2ª) “a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado” (HC 82.862-1-SF, RT 875/465-4); 3ª) “apreensão de documentos em escritório de contabilidade por agentes de fiscalização tributária sem o devido mandado judicial” (HC 93.050-6/RJ).

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o sequestro de um juiz de direito quando todos estariam reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5.º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal.

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e, agora, à Lei 9.296, de 24.07.1996, mas é o único meio de que dispõe para provar a sua inocência.

Seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pôde ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita. Por outro lado, a proteção à vida do juiz de direito e à segurança do presídio justificariam as violações das correspondências dos presos, sendo estranho afirmar depois a impossibilidade de utilizar as cartas como prova em juízo, porque obtidas por meios ilícitos.

São ocorrências como estas que impulsionam a doutrina³⁹ e a jurisprudência⁴⁰ a admitir exceções à regra constitucional quando, no caso, outro valor

39. GRECO FILHO, *Tutela...*, p. 112-113, escreve que o "texto constitucional não pode ser interpretado de maneira radical. Haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os tribunais a aceitá-la. Lembre-se, por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito mas que levaria à absolvição de um inocente. Tal prova teria de ser considerada porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. A norma constitucional de inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito vale, portanto, como regra, mas certamente comportará exceções ditadas pela incidência de outros princípios, também constitucionais, mais relevantes". Também CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil...*, v. 2, p. 275-276, admitem a proporcionalidade, ao aceitarem que o preceito constitucional do art. 5.º, LVI, "deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado", referindo regras de imposição obrigatória: "A primeira delas é a de que a prova a ser feita valer seja indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu. Em segundo lugar é necessário que a produção desta prova se faça na defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal. E finalmente a prova deve ser acolhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou".

40. O Supremo Tribunal Federal, ao não conceder ordem de *habeas corpus*, quando se contestava a admissão de prova resultante de violação de correspondência de preso, acentuou: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública,

fundamental mereça ser protegido, valor que, por si, se apresente mais relevante do que o bem atingido com a obtenção da prova.

As duas situações retratadas impelem a que se analise o princípio da proporcionalidade sob dois prismas. Na primeira – prova ilícita *pro reo* – a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inc. LVI do art. 5.º da Constituição Federal cede terreno a outro preceito constitucional, o que assegura a todo réu a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV); estão em confronto duas normas constitucionais de conteúdo processual, sendo a segunda de caráter prevalente. Na outra situação – violação de correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e para evitar a prática de sequestro de juiz de direito, com perigo para a vida do magistrado – a proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito; aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo.

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Quanto à extensão da aplicação do princípio da proporcionalidade nota-se diversidade de posicionamento entre os doutrinadores.

É ampla a aceitação de sua aplicação aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a uma garantia constitucional. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos.⁴¹

de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994, DJU 24.06.1994, p. 16.649-16.650).

41. Na obra *As nulidades no processo penal*, de GRINOVER, SCARANCA e MAGALHÃES, p. 116, admite-se a aplicação do princípio da proporcionalidade quando, em determinado caso, a prova obtida ilicitamente é necessária para a defesa do réu, pois a própria Constituição também assegura a ampla defesa.

Outros entendem que a invocação da proporcionalidade também pode servir à acusação, justificando-se com o princípio da isonomia, principalmente em razão da crescente criminalidade organizada.⁴²

Como foi salientado, não se trata, contudo, de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado, mas de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege.⁴³

7.8 A prova ilícita no Código de Processo Penal

O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (*caput* do art. 157) como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo-se entender como normas legais apenas as de natureza material, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais, pois, em relação a essas, o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de nulidade, enquanto, em caso de ilicitude na produção da prova, deve ela ser desentranhada (*caput* do art. 157).

Cuidou também o artigo 147, nos §§ 1.º e 2.º, da prova ilícita por derivação. Trata-se de hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita. Alguém confessa a prática de um crime de roubo mediante tortura e indica a pessoa com a qual está o produto do crime (prova obtida ilicitamente); a autoridade policial, com mandado judicial, ingressa na residência indicada e consegue apreender a coisa obtida com a prática infracional (prova obtida licitamente, mas que derivou da confissão, feita em virtude da tortura). A posição adotada pelo § 1.º foi no sentido da inadmissibilidade da prova derivada e que leva em conta precipuamente o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa hu-

42. Assim BARBOSA MOREIRA, A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, *Revista Forense*, v. 337, p. 125-134. Resiste a essa orientação MAGALHÃES GOMES FILHO, *Direito à prova...*, p. 107, que sustenta inexistir incongruência entre a rejeição da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* e a sua admissibilidade em prol do réu, tendo-se em vista a diversidade dos valores constitucionais protegidos, sendo insuperáveis os valores "liberdade" e "dignidade da pessoa humana" na ótica da sociedade democrática, e, ainda, "porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado". É esse também o entendimento de CELSO BASTOS e IVES GANDRA, *Comentários...*, v. 2, p. 275-276.

43. Ver n. 4.6.

mana. Funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana.⁴⁴

Todavia, uma aplicação extremamente rígida dessa orientação não é adequada. Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir-se o sucesso de investigação em andamento, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

Encontravam-se no direito comparado limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*, “excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita pudessem ser descobertas de outra maneira”.⁴⁵⁻⁴⁶

Pretendeu o legislador incorporar tais limitações ao direito brasileiro nos §§ 1.º e 2.º do art. 157, mas o fez de maneira infeliz, exigindo que tais dispositivos sejam cuidadosamente interpretados sob pena de se esvaziar a própria regra geral da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas.

Assim, a primeira limitação consistiria na exigência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e a dela derivada. Não se trata, na realidade, de uma limitação, mas de uma explicitação de que sem aquele nexo não há contaminação de uma prova por outra.

A segunda limitação foi a da fonte independente. Seria admissível a prova derivada quando se originasse de outra fonte de investigação, não daquela ilícita. Como se vê, a sua aplicação pressupõe a existência de duas vias de busca da prova, uma lícita, outra ilícita, e ambas chegam à prova derivada.⁴⁷

44. Já vinha sendo adotada pelo STF, como expõe o Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 93.050-6 (RT 878/471-89).

45. GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, *As nulidades...*, p. 192-193.

46. BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 134, ressalta que na “jurisprudência norte-americana” a teoria dos frutos da árvore venenosa não é consagrada “sem ponderáveis restrições”. Assim, tem-se repellido a tese da ilicitude *derivada* ou *por contaminação* quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, se chegaria “inevitavelmente, nas circunstâncias, a obter a prova por meio legítimo”.

47. Foi nesse sentido que, antes da reforma, o Ministro Celso de Mello se referiu à fonte independente, denominando-a de fonte autônoma de prova, definiu-a como aquela “que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal” (HC 93.050-6, RJ, RT 871/471-89).

Contudo, querendo definir o que se deveria entender por fonte independente, o legislador utilizou no § 2.º fórmula excessivamente aberta e que mais se aproximaria de limitação da descoberta inevitável do direito norte-americano.

Assim, considerou fonte independente “aquela que, por si só, segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Permite ao magistrado no exame de ilicitude de uma prova derivada, afastá-la porque, segundo um juízo de probabilidade, a ela se poderia chegar por meios de investigação ou de instrução, normalmente utilizados e mediante observância dos procedimentos estabelecidos em lei. Isso é perigoso, pois possibilita que, em qualquer hipótese, se avenge a viabilidade de a prova derivada ser atingida por forma lícita de investigação, embora ela tenha sido alcançada a partir de uma prova ilícita.

Por isso, mister se dar aos preceitos orientação restritiva, somente se admitindo a exclusão da contaminação da prova derivada, quando existam duas linhas de investigação, uma lícita e outra ilícita, e, apesar de se atingir a prova derivada pela ilícita, seria necessariamente alcançada a mesma prova por aquela lícita.

Havendo afirmação de ilicitude, originária ou derivada, a prova deve ser desentranhada. Afirma-se, no § 3.º, que, preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. Cabe às partes, se desejarem que a prova desentranhada não seja inutilizada, por servir, por exemplo, para a prova de eventual prática criminosa para obtenção da prova ilícita, se manifestarem nesse sentido.

Ante a relevância da decisão do juiz que afirma a ilicitude de uma prova, deve-se admitir a possibilidade de recurso em sentido estrito da parte, por interpretação analógica de dois incisos, o XIII e o XVIII (art. 581, CPP). O primeiro permite a impugnação quando o processo é anulado, ainda que parcialmente, e, a grosso modo, essa decisão se assemelha àquela que considera ilícita prova produzida. O segundo prevê o recurso de decisão sobre incidente de falsidade, decisão essa também próxima daquela que, por meio de incidente, declara a ilicitude de uma prova.

7.9 A repercussão processual da prova obtida por meio ilícito

A prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo (art. 5.º, LVI, CF), sendo destituída de eficácia jurídica. O Supremo Tribunal Federal, em precisa manifestação do Ministro Celso de Mello, bem acentuou que a “cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem direito de não ser denunciado, de não

ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica”.⁴⁸

Assim, a prova ilícita não pode ser produzida ou deve ser excluída. O juiz deve atuar de ofício. Não deve, portanto, autorizar a produção de prova ilícita e nem permitir o ingresso de prova dessa espécie. Quando a prova obtida por meios ilícitos for introduzida no processo, o problema não é de nulidade, mas de inadmissibilidade da prova, sendo a solução correta a sua exclusão, por meio de desentranhamento dos autos, como previu o artigo 157, *caput*. Caso o juiz não determine a exclusão, o acusado tem o direito de requerê-la. O desentranhamento da prova ilícita não significa necessariamente o insucesso da acusação, a qual poderá estar alicerçada em outros elementos de prova.⁴⁹

Quando a prova ilícita foi obtida no inquérito policial, pode haver duas situações: na primeira, a prova é fundamental para o oferecimento da denúncia que, sem ela, não seria ofertada; na segunda, a prova não impediria a acusação porque outros elementos indiciários a justificavam.

Na primeira situação, o Ministério Público sem a prova não conseguirá acusar, e, assim, se o desentranhamento impossibilitar a renovação da prova, pode a parte, desde logo, pleitear por *habeas corpus* a declaração de ilicitude da prova, o seu desentranhamento e o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa para a continuidade da investigação. Isso pode suceder, por exemplo, quando a apreensão de substância entorpecente foi feita por meio ilícito, pois, sem essa apreensão, considerada ilícita, não haveria como demonstrar a materialidade do crime. Se o juiz negar o *habeas corpus*, cabe recurso em sentido estrito (art. 581, X, CPP), ou outro *habeas corpus* ao Tribunal.

Se não for impetrado o *writ*, seguindo a investigação, o caso é de arquivamento do inquérito policial. O promotor deve requerer a declaração de ilicitude da prova, o seu desentranhamento e, em seguida, requerer o arquivamento, justificando-o com o fato de não poder sustentar a persecução penal em outros elementos.

48. STF, RE 251.445-GO, *Informativo* 197.

49. Vem o Supremo Tribunal Federal afirmando que, no exame da repercussão processual da prova ilícita, deve-se verificar, quando já há sentença, se a prova ilícita influiu no julgamento, e se, sem a prova, a conclusão teria sido a mesma (HC 77.015-SP, *Informativo* STF n. 131).

Quando houver acusação, permanecendo nos autos a prova ilícita produzida no inquérito, pode o réu impetrar *habeas corpus* para ser declarada a sua ilicitude e ser providenciado o seu desentranhamento, seguido do trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Vindo o tribunal a negar a ordem sob o fundamento de que não ficou demonstrada a ilicitude, o tema poderá ser objeto de novo exame no momento da sentença ou de recurso, quando a cognição é mais ampla e a prova pode ser confrontada com as demais produzidas em juízo. Admitida agora a ilicitude, se se tratar de prova relevante, o acusado deverá ser absolvido, pois, a essa altura, após ser realizada toda a instrução, não se trata mais de decisão sobre falta de justa causa para a ação penal, mas de decisão sobre o mérito.

Se a prova é obtida após a denúncia ou queixa, a questão da ilicitude poderá ser levantada em qualquer momento por petição ou deverá ser proposta nas alegações finais. Acolhida a alegação, deve o juiz determinar o desentranhamento da prova antes da sentença, para não influir no julgamento da causa. Não aceita a arguição de ilicitude, o acusado poderá impetrar *habeas corpus* para obter o desentranhamento da prova antes da decisão. Não há recurso para o Ministério Público impugnar decisão que tenha indeferido requerimento para afirmação de ilicitude de prova produzida pelo acusado e desentranhamento.

Permanecendo a prova nos autos e vindo o juiz a proferir sentença, poderão as partes impugná-la em apelação, levantando nas razões, como matéria preliminar, a questão da ilicitude. Para o tribunal, variam as soluções. Sendo recurso de sentença condenatória, o acusado deve ser absolvido se, sem a prova ilícita, o resultado não se mantém; não, contudo, se, apesar da prova ilícita, ainda existir sustentáculo probatório para a condenação. Quando se trata de recurso de absolvição, entendendo o Ministério Público que a prova produzida pelo acusado é ilícita, o tribunal levaria em conta o reflexo da exclusão da prova; caso os elementos dos autos permitam a condenação, a sentença seria reformada; não, todavia, se a situação se mantivesse inalterável sem a prova ilícita, pois existiam outros fundamentos para a absolvição.

Não se pode olvidar, contudo, que, segundo forte corrente, a prova ilícita em favor do réu deve ser admitida quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta. Nessa ótica, não deveria o tribunal determinar o desentranhamento quando, sem a prova, o réu seria condenado, alterando-se anterior solução absolutória. Haveria, aqui, justa aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nos processos de júri, a questão da prova ilícita se torna mais complexa em face da circunstância especial do julgamento pelos jurados. Tendo-se em vista que estes não fundamentam seus votos, não há como saber qual foi o grau de influência exercido sobre eles pela prova ilícita. Em virtude dessa peculiaridade do processo do júri, sendo a prova ilícita obtida antes do encerramento da primeira

fase, o juiz, ao pronunciar o acusado, deverá determinar o desentranhamento da prova ilícita, não a levando em conta na sua decisão. Mas se a prova permaneceu no processo ou foi produzida depois da pronúncia, ocorrendo julgamento pelos jurados, o tribunal, em *habeas corpus* ou recurso, deverá determinar o desentranhamento e, em seguida, anular o julgamento para que outro se efetive. Não tem o tribunal condições de avaliar o grau de influência da prova sobre os jurados a fim de manter eventual condenação.

7.10 A prova obtida mediante violação do sigilo das comunicações e de dados

Ante a necessidade de assegurar ao indivíduo a liberdade de contatar com outras pessoas sem o perigo de que o teor de sua comunicação seja utilizado como prova contra a sua pessoa, a Constituição afirma a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e das comunicações telefônicas (art. 5.º, XII).

O objeto da proteção constitucional é a informação transmitida de um indivíduo a outro por carta, telégrafo, pelo telefone, que deve ser mantida em segredo. A violação do segredo pelo acesso não autorizado à informação constituirá quebra do sigilo da comunicação. Em suma, o segredo é o que não pode ser revelado, o conteúdo da informação; o sigilo é o meio de proteção da informação e do segredo que contém; a violação do sigilo consiste no conhecimento e na divulgação do segredo quando não autorizados.

O conteúdo secreto da informação transmitida poderá constituir fonte de prova se interessar à investigação criminal. O conhecimento dessa fonte pela autoridade encarregada da investigação pode decorrer de revelação feita pela própria pessoa protegida pelo sigilo; não há obviamente violação. Quando o conhecimento do segredo decorre de atividades ilegais de autoridades, de policiais ou advém de revelação feita pelo destinatário da comunicação ou por terceira pessoa sem permissão do titular do segredo e sem amparo na lei, haverá ilicitude na obtenção da prova.

Em uma posição mais rígida, com exceção da comunicação por telefone, objeto de tratamento especial e diferenciado, as demais formas de comunicação seriam protegidas de forma absoluta pela Constituição de modo que jamais poderiam ser violadas para divulgação do segredo nelas contido. Contudo, a necessidade de equilíbrio entre os bens protegidos constitucionalmente não sustenta tal interpretação.⁵⁰

50. Examinamos o assunto no artigo O polêmico inciso XII do Artigo 5.º da Constituição Federal, *Justitia*, v. 197, jul-dez. 2007, p.15-22.