

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1. PROVAS ILÍCITAS E A EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS (*FERNWIRKUNG DER BEWEISVERBOTE*)

HÉLVIO SIMÕES VIDAL

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Mestre em Direito (UGF-RJ)

Professor de Direito Penal das Faculdades Integradas Vianna Júnior (Juiz de Fora-MG)

RESUMO: as provas ilícitas estão vedadas pela Constituição. Entretanto, outros valores podem interferir na admissão da prova, a despeito da violação a normas constitucionais ou legais, em razão da gravidade do fato objeto da prova e dos relevantes interesses em jogo no caso concreto. Nesse sentido, a *teoria dos frutos da árvore envenenada* sofre o impacto do trabalho interpretativo fundado no escopo de proteção da norma e da admissão da prova lícita hipotética, cuja disciplina legal se encontra no art. 157 do CPP, com as modificações dadas pela Lei nº 11.690/2008.

PALAVRAS-CHAVE: Provas ilícitas e seus efeitos – ponderação e escopo de proteção da norma – prova lícita hipotética – repercussões da Lei nº 11.690/2008.

RIASSUNTO: le prove illegittimamente acquisite sono vietati nella Costituzione. Però, altri valori possono interferire nell'ammissione, a dispetto della violazione costituzionale o legale, a ragione della stessa gravità del fatto oggetto della prova e dei rilevanti interessi posti in gioco nel singolo caso. In questo sentito, si ammette i risultati dei *fruit of the poisonous tree doctrine*, con le restrizioni del lavoro di interpretazione dello scopo de protezione della norma e l'ammissibilità della cosi detta prova legale ipotetica. L'articolo interpreta le modificazioni offerte dalla legge n. 11.690/08.

SUMÁRIO: 1. Inadmissão, no processo, das provas ilicitamente obtidas. 2. Os frutos da árvore envenenada. 3. Prova lícita derivada. 4. Escopo de proteção da norma (*Schutzzweck*). 5. A teoria da prova lícita hipotética (*hypothetische Ermittlungsverlauf*). 6. Prova e proporcionalidade. 7. Referências Bibliográficas.

1. Inadmissão, no processo, das provas ilicitamente obtidas

A Lei nº 11.690 de 11.06. 2008, dando nova redação ao art. 157 do CPP, fundamentalmente, não admite, no processo, em conformidade com o art. 5º, LVI,

CF-88, as *provas ilícitas*, que são as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais. Por exemplo, a confissão obtida mediante tortura, maus-tratos ou coação; a apreensão de documentos, após invasão de domicílio; a escuta telefônica clandestina. Essas provas devem ser desentranhadas do processo (art. 157, *caput*, CPP) e, se configurarem crime, devem conduzir à responsabilização dos autores, evidentemente.

A inovação legislativa possui eloquente importância, visto que o legislador assume posição expressa quanto ao tipo específico de sanção aplicável quando haja violação da norma constitucional ou legal, ou seja, a impossibilidade de utilização da prova.

Igual previsão encontra-se no art. 191 do Código de Processo Penal italiano, ao dispor que as provas produzidas com violação da proibição estabelecida em lei, não podem ser utilizadas (*“Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”*). A inadmissibilidade da prova pode ser suscitada, inclusive *ex officio*, em qualquer estado ou grau do processo (art. 191, *comma* 2). Assim, por exemplo, se o *thema probandi* é a confissão do réu, a combinação dos artigos 62 e 191 do CPP italiano é suficiente para excluir a prova de uma confissão produzida indiretamente no processo, uma vez que o referido art. 62 proíbe que o objeto da prova testemunhal seja formado sobre as declarações prestadas pelo imputado (CRISTIANI, 1991, p. 193). Se, em relação às declarações do acusado, prestadas perante a autoridade policial, existe, por motivo legal, *proibição de apreciação* (*Beweisverwertungsverbote*), não se admite que sejam tomados depoimentos dos agentes, para testemunhar sobre o que haja declarado o próprio acusado (BEULE, 2006, p. 271); *igualmente*, não se admite a utilização de *interceptação telefônica* fora dos casos consentidos pela Lei (art. 271) e que não sejam autorizadas pelo juiz (art. 267); não se admite, igualmente, a utilização da prova em procedimento penal diverso daquele onde foi autorizada (art. 270), ou a utilização da interceptação relativa a conversação ou comunicação que tenham por objeto pessoas protegidas pelo segredo, em razão de ministério, ofício, função ou profissão, salvo quando tenham deposto sobre esses fatos, cujo conhecimento se deu em razão da respectiva atividade, ou os tenham, de outro modo, divulgado (art. 271). A sanção respectiva, para a violação à lei (art. 271 *comma* 3), é a destruição da prova (DALIA; FERRAIOLI, 1992, p. 380-381).

Pertinente ao tema da interceptação da comunicação telefônica é o problema do encontro fortuito da prova (*Zufallsfunde*), ou seja, autorizada a interceptação para apurar fato determinado, depara-se com a prova de outros fatos ou de crime praticado por terceira pessoa. O encontro fortuito de provas, quando regularmente autorizada a interceptação, permite que essa seja utilizada no processo (BEULE, 2006, p. 282-283).

Em atenção ao devido processo legal e aos direitos fundamentais, proíbe-se, em favor da segurança desses direitos, a utilização, no processo, de provas ilicitamente obtidas, cuja função está na limitação imposta aos órgãos encarregados da persecução, que, na investigação da verdade, não podem obtê-la qualquer preço. Assim, por exemplo, o enraizado princípio *nemo-tenetur se detegere* permite que o silêncio do acusado, durante toda a investigação e mesmo em juízo, como “[...] impede que ele seja compelido a produzir ou contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse” (OLIVEIRA, 2007, p. 26). A prova obtida com sua violação, não pode ser apreciada: “Auf Grund der überragenden Bedeutung dieses Grundsatzes hat seiner Verletzung durch die Strafverfolgungsbehörden ein Beweisverwertungsverbot zur Folge” (BGHSt 38, 214, 218, insbs. 220. In: BEULKE, 2006, p. 277).

2. Os frutos da árvore envenenada

Prevê, igualmente, o novo art. 157, § 1º, *primeira parte*, do CPP, que os efeitos da prova ilicitamente obtida alcancem as provas que dela são derivadas, em conformidade com a teoria americana dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*). Entretanto, pelas exceções admitidas ao princípio, sofre ele o impacto da *ponderação de interesses* e do trabalho interpretativo baseado no *escopo de proteção da norma violada*. Em razão disso, a árvore envenenada pode produzir frutos bons.

3. Prova lícita derivada

Admite o novo art. 157, § 1º, *parte final* do CPP a solução oferecida pela teoria alemã da prova lícita derivada, pela qual pode ser utilizada no processo a *prova derivada* obtida legalmente pelos órgãos encarregados da persecução. Assim, por exemplo, um suspeito é interrogado, na investigação pela polícia, ininterruptamente, por 24h e, em virtude do cansaço, confessa a prática de homicídio contra uma criança, inclusive o local onde ocultou o cadáver, encontrando-se, nos despojos, as impressões digitais do suspeito. No processo, ele nega a autoria, retratando-se quanto à confissão. Embora, no caso específico do processo alemão, a confissão policial tenha sido obtida com violação ao § 136 a *SPtO*, seus efeitos não se estendem à *prova independente* e, por isso, a prova pericial obtida com o encontro das impressões digitais do réu no cadáver pode ser validamente utilizada (BEULKE, 2006, p. 292, n. 487).

Figurando, no processo penal, o acusado como sujeito do processo (*Prozeßsubjekt*), decorre que seu comportamento e livre determinação não podem prejudicá-lo. De outro lado, o acusado está protegido contra os métodos proibidos de interrogatório (*Verbotenen Vernehmungsmethoden*), por exemplo, maus-tratos, submissão a

cansaço e extenuação durante a inquirição, ofensas corporais, subministração de medicamentos, engano, hipnose, ameaças, indução a erro, por exemplo, pela promessa de vantagens legais inexistentes, tortura, ‘soro da verdade’ etc. A efetividade dessa proibição é garantida pela proibição da utilização da prova obtida com violação ao direito, cuja indisponibilidade vem garantida pelo § 136 a III StPO alemão, inadmitindo a prova, ainda que com isso esteja de acordo o acusado (ROXIN, 2006, p. 201). No exemplo formulado, entretanto, a despeito da exclusão da prova ilícita (confissão), admite-se a condenação com base na prova lícita derivada (perícia).

4. Escopo de proteção da norma (*Schutzzweck*)

Os casos podem ser multiplicados, com diversas possibilidades de solução. Assim, por exemplo, se *A* é acusado (*Angeklager*) de lesionar sua esposa *E* (*Ehefrau*), porém, essa, ao depor, não é advertida quanto ao seu direito ao silêncio (§ 52, III, 1 StPO) e, no processo principal (*Hauptverhandlung*) a vítima recusa-se ao depoimento, não pode o juiz instrutor utilizar-se do pretérito depoimento para condenar o réu, na falta de outros meios de prova – *A* deve ser absolvido (BEULKE, 2006, p. 291, n. 484). A recusa em depor, por parte da esposa do réu, é ilimitada e se fundamenta na necessidade de evitar um conflito entre o dever de verdade e as relações familiares (ROXIN, 1998, p. 210, n. 14). A não-advertência à testemunha, e, portanto, a violação ao direito à recusa ou silêncio em depor (*Zeeignisverweigerungsrecht*) fundamenta a absolvição do acusado, no exemplo referido. Outro caso: se *A* é investigado por vender drogas à prostituta *P* e esta é intimada a prestar depoimento como testemunha, no processo preliminar, admitindo a compra da droga, cuja conduta é punível - art. 29 da Lei Antidrogas-, sem advertência quanto ao seu direito ao silêncio, e, negando-se *P* a depor no processo principal, pode, entretanto, seu primeiro depoimento, embora prestado sem advertência, ser utilizado como meio de prova para a condenação de *A*. Com apelo à teoria do círculo jurídico (*Rechtskreisstheorie*), o pretérito depoimento de *P* pode ser utilizado, uma vez que a omissão de informação quanto ao seu direito ao silêncio trata da proteção à testemunha e não do suspeito ou acusado (BEULKE, 2006, p. 291-292, n. 485). A teoria em questão, a propósito, foi desenvolvida e aplicada nos casos de violação ao dever de informação à testemunha, relativo ao direito à recusa em depor (*Auskunftsverweigerungsrecht*) (BEULKE, 2006, p. 273), visto que o alcance da proteção é adjudicado à testemunha (BEULKE, 2006, p. 274).

5. A teoria da prova lícita hipotética (*hypothetische Ermittlungsverlauf*)

Expressamente adotada pelo art. 157, § 2º, CPP, significa que, embora ilícita a prova, pode ser admitida no processo, quando teria sido possível aos órgãos da persecução penal obtê-la legalmente, à vista dos elementos da investigação. Por exemplo, o réu

recebe maus-tratos e confessa haver cometido homicídio e ocultado o cadáver no celeiro. Encontrado o corpo na propriedade, poderia ser encontrado no dia seguinte, com o emprego de cães farejadores (VOLK, 2006, p. 257). Se, pelo estágio da investigação, a prova lícita fosse, com alto grau de probabilidade, igualmente obtida pelos meios idôneos, pode ser utilizada. Nesse sentido, substancialmente Roxin (1998, p. 194): “Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß eine Verwertung mittelbarer Beweise in dem oben (III 2 vor a) abgesteckten Rahmen nur dann in Betracht kommen kann, wenn sie nach dem bisherigen Gang der Ermittlungen höchstwahrscheinlich auch ohne Verfahrensverstöß erlangt worden wären”. Isso significa que a prova lícita hipotética é aquela que, de qualquer modo, pelo caminho legal, seria obtida pelos órgãos da persecução “[...] mittelbare Beweismittel können hingegen herangezogen werden, wenn die Strafverfolgungsorgane dieses Beweismittel sowieso auf legalem Wege gefunden hätten” (BEULKE, 2006, p. 291).

6. Prova e proporcionalidade

No conflito, por exemplo, entre *segurança pública e liberdades individuais*, deve ser aplicado o *princípio de proporcionalidade*. O STF, no entanto, ao julgar o RE n. 251.445-GO, DJU 03. 08. 2000, Rel. Min. Celso de Mello, decidiu ser inadmissível o ingresso e valoração de provas remetidas por terceiros à polícia, ao fundamento de ilegalidade em sua obtenção, feita a partir de violação de domicílio do réu por parte do remetente. Pela decisão, a ilicitude da prova não ficava afastada, mesmo não sendo ela imputável ao poder público, alijando o critério da proporcionalidade, por ser subjetivo, podendo induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da pessoa humana.

Entretanto, sob a ótica de uma moderna hermenêutica constitucional, constatada a variedade de valores envolvidos, o caso haveria de se submeter ao princípio da proporcionalidade merecendo outra decisão. A justa solução estaria na consideração de que foram violados direitos fundamentais de várias vítimas (crianças vítimas de crimes sexuais), não tendo o Estado agido com abuso de poder quando recolheu as fotografias furtadas e remetidas às autoridades, não ficando afetada a função pedagógico-cognitiva da norma proibitória da prova ilícita, dada a ausência de arbitrariedade na sua apreciação. A verdade judicial ou a verossimilhança, assim surgida, é imensamente maior que suas razões em contrário (OLIVEIRA, 2003, p. 355-369).

Na Alemanha, por exemplo, se um privado obtém declarações do suspeito mediante coação ou engano, o depoimento deste terceiro pode ser apreciado, isso porque os métodos proibidos de interrogatório (*verbotenen Vernehmungsmethoden*) não

alcançam a particulares que não possuam função pública, salvo quando a violação de direitos humanos (tortura, por exemplo) se dê pela utilização do particular como ferramenta dos funcionários encarregados da investigação.

Die in § 136^a StPO angesprochenen verbotenen Methoden betreffen nicht den Fall, dass ein *privater Dritter* (beispielweise ein vom Opfer bezahlter Privatdetektiv) *ohne amtlichen Auftrag* unter Anwendung von Zwang, Täuschung etc ein Geständnis des Beschuldigten erlangt. Dieser Dritte darf über seine Erkenntnisse von den Strafverfolgungsbehörden vernommen, das Geständnis also mittelbar verwertet werden. Erst bei *Verstoßen gegen die Menschenwürde* (zB Folterungen) sowie dann, wenn sich die Strafverfolgungsbehörden des *Privatmannes als Werkzeug* bedienen, wird ein umfassendes Verwertungsverbot anerkannt. (BEULKE, 2006, p. 80)

Nesse sentido, a obtenção ilícita de provas por pessoas privadas (*Rechtswidrige Beweisermittlungen durch Privatleute*), salvo quando violem direitos humanos, são utilizáveis no processo penal, sob o fundamento de que os métodos proibidos de prova são fundamentalmente endereçados aos órgãos encarregados da persecução, e, assim, se a prova é ilicitamente obtida pelo particular, nada impede sua utilização.

Beweise können nicht nur durch die Strafverfolgungsorgane, sondern auch durch Privatleute gewonnen werden (z. B ein Verletzter stellt selbst Ermittlungen an, um den Täter zu überführen [...]) Wenn diese Privatpersonen dabei rechtswidrig vorgehen (etwa Urkunden entwenden) und die so gewonnenen Beweise den Ermittlungsbehörden zur Verfügung stellen, fragt es sich, ob die erlangten Beweise im Strafverfahren verwertet werden dürfen. Da die Verfahrensvorschriften der StPO (und v.a. die Beseismethodenverbote!) sich nur an die Strafverfolgungsorgane richten, sind deartige Beweise grundsätzlich *verwertbar*; eine Ausnahme muß nur für Fälle extremer Menschenrechtswidrigkeit gelten [...] z. B. wenn ein Privater durch qualvolle Martern ein Geständnis erpreßt. (ROXIN, 1998, p. 194-195)

7. Referências Bibliográficas

BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006.

CRISTIANI, Antonio. *Manuale del nuovo processo penale*. 2.ed. Torino:

Giappichelli, 1991.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Corso di diritto processuale penale*. Milano: CEDAM, 1992.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A suprema corte e a era da incerteza. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998.

VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5 Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.