

3.4.3 Inadmissão do uso de provas ilícitas no processo

Hélvio Simões Vidal

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Mestre em Direito (UGF-RJ)

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

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

1. *Inadmissão, no processo, das provas ilicitamente obtidas.* A Lei n. 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.

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*').

3. *Prova lícita derivada.* Entretanto, com o socorro da teoria da prova lícita derivada, admite o novo art. 157, §1º *parte final* CPP a solução oferecida pela doutrina alemã, 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, este 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 (cf. BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006, pg. 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, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, pg. 201). No exemplo figurado, entretanto, a despeito da exclusão da prova ilícita (confissão), admite-se a condenação com base na prova lícita derivada (perícia).

4. *Escopo de proteção das normas (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, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006, pg. 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, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998, pg. 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 exemplo: se *A* é investigado por vender drogas à prostituta *P* e esta é intimada a prestar depoimento como testemunha, no processo preliminar, embora sua conduta seja punível pelo art. 29 da Lei Antidrogas (*BtMG*), sem advertência quanto ao seu direito ao silêncio, negando-se a depor no processo principal, pode, entretanto, seu primeiro depoimento, embora sem advertência, ser utilizado como meio de prova para a condenação de *A*. Com apelo à teoria do círculo jurídico (*Rechtskreistheorie*), o pretérito depoimento de *P* pode ser utilizado, uma vez que a omissão de informação quanto ao seu direito ao silêncio somente trata da proteção à testemunha e não do suspeito ou acusado (BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006, pg. 291-292, n. 485).

5. A teoria da *prova lícita hipotética (hypothetische Ermittlungsverlauf)*, expressamente adotada pelo art. 157, § 2º CPP, significa que, embora ilícita a prova, teria sido possível aos órgãos da persecução penal obtê-la legalmente, tendo em vista os 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 tê-lo sido achado no dia seguinte, com o emprego de cães farejadores (VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006, pg. 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, Claus (*Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998, pg. 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 höchswahrscheinlich auch ohne Verfahrensverstöß erlangt worden wären".

Bibliografia

BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Muller Verlag, 2006.
ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. 25. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 1998.
VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 5. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.