

A Prova Ilícita na Lei N. 11.690/08

Sauvei Lai

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado pela Universidade Estácio de Sá. Professor da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e IURIS.

I. DA INTRODUÇÃO

Em meados de 2008, o legislador editou três importantíssimas normas sobre o procedimento do Júri (Lei n. 11.689/08), as provas (Lei n. 11.690/08) e o procedimento comum ordinário e sumário (Lei n. 11.719/08), em vez de enfrentar a difícil elaboração de um novo CPP, como um corpo único e organizado sem provocar distorções entre as suas regras, como se vê, *v. g.*, na ordem de inquirição de testemunha do art. 212, *caput et in fine* (Lei n. 11.690/08) e do art. 473 (Lei n. 11.689/08).

Entretanto, o prof. Sérgio Demoro já nos advertia em julho de 1998, *in textus*:

“(...) as chamadas reformas setoriais, que se de um lado buscam dar solução para situações que, no entender do legislador, exigem pronto remédio, do outro apresentam o **grave risco da fragmentação do sistema**, ensejando a que, aos poucos, o próprio CPP deixe de existir como um todo orgânico.”¹ (meu grifo)

Estas breves anotações discorrem sobre alguns aspectos da prova ilícita originária, mas não pretendem exaurir o *thema*, porém colaborar com o imprescindível debate na doutrina mais abalizada.

II. DA PROVA ILÍCITA ORIGINÁRIA

De início, note-se que o art. 157, *caput* resolveu definir provas ilícitas “assim entendidas as obtidas em violação de norma constitucional ou legal”, preconizando as suas consequências, isto é, a inadmissibilidade e o desentranhamento do processo.

¹ DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. *A Reforma do Processo Penal*. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 8, p. 275.

Neste passo, penso que a nova conceituação legal possui características um pouco abstratas, sendo preferível, em termos didáticos, reputá-las como aquelas produzidas com a profanação de um direito material do indiciado/réu (por ex., confissão mediante tortura) ou com a transgressão de uma regra procedimental (v. g., obrigar o testemunho de um padre, desprezando-se a vedação do art. 207).

Deste conceito, extrai-se a famosa classificação da prova ilícita (gênero) em prova ilícita (espécie) e ilegítima.

Neste ponto, lembro da lição de Paulo Rangel² que enxerga uma terceira modalidade: a prova irregular, quando se fabrica uma prova com a inobservância de uma formalidade processual (por ex., a utilização de documento no Plenário do Júri, juntado com antecedência de apenas 2 dias, contrariando o novo art. 479).

De outra sorte, as consequências do reconhecimento de uma prova ilícita não são uma novidade no pensamento pátrio, porquanto, na medida em que a inadmissibilidade sempre conteve previsão constitucional (art. 5º, LVI derivada do *exclusionary rule* da 4ª emenda norte-americana), o desentranhamento do processo já era sustentado na doutrina³, que aplicava por analogia o art. 145, IV do CPP. A diferenciação dessas duas consequências assume relevância medular, quando se analisam as 4 etapas do procedimento probatório (proposição, admissão, produção e valoração), de modo que o Juiz, ao verificar *ab initio* a ilicitude de uma prova proposta pela parte, deve indeferir a sua produção, inadmitindo-a. Contudo, se a percepção se der após a sua criação processual, impõe-se a sua retirada dos autos.

Questão interessante exsurge por ocasião da preclusão da decisão de desentranhamento da prova ilícita. Reza o art. 157, § 3º que compete ao Juiz proferir nova decisão para a sua destruição, que pode ser acompanhada pelas partes. Repita-se que a destruição ocorrerá tão somente quando precluir a decisão de desentranhamento da prova ilícita, de forma que se conclui que tal *decisum* comporta, a meu ver, recurso em sentido estrito (art. 581, XIII), salvo se a apreciação sobrevier na sentença (art. 593, § 4º).

A esta altura, chamo a atenção quanto ao veto do § 4º do art. 157 (“O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”), que cominava o afastamento do

2 RANGEL, PAULO. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª ed., 2008, p. 431.

3 POLASTRI LIMA, MARCELLUS. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 372.

Juiz, quando este reconhecia uma prova ilícita, retirando-o por completo do processo. Imagino que a recusa da sanção se sucedeu por uma questão de ordem prática, qual seja, os transtornos de renovar toda a instrução criminal perante o Juiz substituto – sob pena de ofensa ao princípio da identidade física do art. 399, § 2º – e a pequena quantidade de Juizes no país. Entretanto, se de um lado não obriga o Juiz a sair do processo, nada impede que este se afaste por motivo íntimo (art. 135, *in fine* do CPC, por analogia).

Por outro lado, mudando o rumo do exame da Lei n. 11.690/08, percebe-se que esta deixou passar a oportunidade de adotar o princípio omnivalente da proporcionalidade (*verhältnismässigkeit* do direito alemão) ou – como queiram chamar – da razoabilidade (decorrente do *due process of law* da 5ª emenda norte-americana), para afastar a *exclusionary rule* e admitir a prova ilícita *pro reo*, como se patrocina na doutrina, embora alguns autores – Paulo Rangel⁴ e Afrânio Silva Jardim – sustentem a sua licitude por força do estado de necessidade.

De toda sorte, inobstante a reforma não autorizar expressamente o uso da prova ilícita em favor do réu, venerando-se o princípio da razoabilidade, tampouco o vedou.

Neste aspecto, chego a um ponto nodal e polêmico: retomar, ainda que sucintamente, a discussão, ventilada profeticamente pelo prof. Sérgio Demoro em janeiro de 2000⁵ – apesar de parecer tão atual –, sobre a adoção do princípio da razoabilidade, visando à utilização processual da prova ilícita *pro societate*, **de modo excepcional**, sem prejuízo da punição do violador do direito material ou processual.

Forçoso reconhecer a solidez de seus argumentos, cuja releitura se faz obrigatória. Passo a agitá-los superficialmente, para uma nova reflexão, desprovido da profundidade do nosso homenageado, sob a advertência de que todos nós, sem exceção, não concordamos nem somos patrocinadores da violação de direitos constitucionais ou legais.

Entretanto, verifica-se que a regra da inadmissibilidade da prova ilícita (art. 5º, LVI) está na mesma Constituição, na qual ampara o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, que nas palavras do prof. Sérgio Demoro “(...) resulta **destacado no caput** do dispositivo”⁶ (meu grifo).

4 RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª ed., 2008, p. 431.

5 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 259.

6 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 259.

Não me parece sensato que o *abuso* do direito de defesa e do direito à limitação do art. 5º, LVI da CR devam **sempre** sacrificar outros direitos tutelados constitucionalmente, quando confrontados. Por este motivo, todas as normas jurídicas são vistas dentro de um contexto – e não isoladamente – e “sujeitas a uma interpretação razoável, sob pena de se transformarem em preceitos injustos e irracionais”⁷, sendo válido trazer à colação o seguinte *decisum, ipsis litteris*:

“Numa análise apressada da **jurisprudência americana** anterior a 1987, pode-se constatar que a *Exclusionary Rule* **não é tomada em termos absolutos**. Como em termos absolutos **não é tomada na Alemanha**, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, **pode haver no outro prato da balança, o peso do interesse público** a ser preservado e protegido.”⁸ (meu grifo)

Em síntese, é o perigoso conflito entre a eterna e imutável prevalência do interesse individual em detrimento do bem comum, que desafiaria tratados sociológicos de maior extensão.

De fato, o contexto histórico da limitação do art. 5º, LVI da CR revelava um país pós-ditadura e traumatizado por sistemáticas violações de direitos individuais, quando havia uma primazia do Poder estatal em prejuízo de seus cidadãos, como meditou José Carlos Barbosa Moreira⁹. Vinte anos depois da promulgação da Carta Magna a nossa realidade mudou. É fato público e notório que o crime organizado – sobretudo as facções do tráfico de drogas em algumas cidades – desafia o Estado, colocando em risco a convivência social, pacífica e harmoniosa.

Retorno aos aspectos jurídicos desta reflexão: admitindo-se a prova ilícita *pro societate*, o imbróglio, como alertava o prof. Sérgio Demoro, seria traçar limites ao subjetivismo da aplicação do princípio da razoabilidade e identificar as hipóteses extravagantes, que mereceriam legitimá-la, em vez de conceder um poder ilimitado ao Juiz.

O prof. Sérgio Demoro – com o bom-senso que lhe é peculiar – riscava algumas linhas de contenção¹⁰: 1) tão somente nos casos de crimes gravíssimos; 2) desde que não houvesse outras provas que pudessem atingir

7 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 259.

8 STJ, HC 3.982/RJ, Min. Adhemar Maciel.

9 BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 4, p. 112/113.

10 DEMORO HAMILTON, SÉRGIO. “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a autofagia do Direito”. Rio de Janeiro: **Revista do Ministério Público**, v. 11, p. 264/265.

a verdade real do processo penal; 3) mediante fundamentação judicial pormenorizada; e 4) em decisão, obviamente, recorrível.

Restringiria ainda mais: 1) aos crimes hediondos e equiparados, perpetrados através de violência física ou grave ameaça, salvo delito de tráfico de drogas; 2) aos cometidos por réu reincidente ou com maus antecedentes, integrante de organização criminosa; e 3) com previsão de efeito suspensivo ao recurso interposto contra esta decisão de admissibilidade da prova ilícita *pro societate*.

Ao Juiz, caberia examinar estas restrições, *cum grano salis*, para se adotar o princípio da razoabilidade na admissão da prova ilícita *pro societate*.

III. DA CONCLUSÃO

Por derradeiro, considero as mudanças examinadas na Lei n. 11.690/08 positivas, no aspecto geral, modernizando e regrado normativamente a prova ilícita.

Todavia, alguns aspectos deste instituto precisam ser aprimorados na interpretação doutrinária e na aplicação jurisprudencial, como a adoção **excepcional** do princípio da razoabilidade na admissibilidade da prova ilícita *pro reo et pro societate*.

Como não se trata do objetivo deste artigo, deixo de me debruçar sobre o regramento legal, feito pela reforma do CPP (art. 157, § 1º), quanto à vedação da prova ilícita por derivação, cuja origem se situa na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana (*fruits of the poisonous tree*), bem como quanto à sua exceção da fonte independente (*independent source*), prevista no art. 157, § 1º, parte final. Curioso é que, por uma obra destino, o art. 157, § 2º, ao conceituar fonte independente, acabou dando a definição de descoberta inevitável (*inevitable discovery*)¹¹, cuja diferença navega no plano hipotético, ou seja, no alto grau de juízo de probabilidade, provado pela acusação, de que a prova ilícita por derivação seria descoberta de qualquer modo pelos trâmites “**típicos e de praxe**” da investigação (convido à leitura e à explicação do *leading case Nix V. Williams* de 1984, no site <http://www.fbi.gov/publications/leb/1997/sept697.htm>). Feitas essas singelas digressões, submeto as minhas palavras às construtivas críticas. ❖

11 PACELLI DE OLIVEIRA, EUGÊNIO. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 10ª ed., 2008, p. 310.