

SEGURANÇA JURÍDICA, PROVAS ILÍCITAS E SEU DESENTRANHAMENTO NO PROCESSO PENAL: UMA PERSPECTIVA DO CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO

Claudio José Langroiva Pereira¹

Adalberto Ferreira de Souza Junior²

Resumo: O presente trabalho analisa aspectos das provas produzidas de forma contrária ao ordenamento jurídico vigente, levando em conta a legislação, a doutrina e a jurisprudência acerca do tema. Verifica-se que a alteração do Código de Processo Penal de 2008, a qual inseriu norma que aparentemente unifica o tratamento das provas ilegais para tratar tão somente das provas “ilícitas”, parece não deixar dúvida acerca da superação do clássico antagonismo na doutrina sobre as provas ilícitas e ilegítimas, sendo aquelas as que violavam normas de direito material, e estas as que violavam normas de direito processual. Tanto umas quanto as outras, sob a ótica do Construtivismo Lógico-semântico, violam todo o sistema jurídico e devem ser desconsideradas do mundo jurídico. Assim, o presente trabalho encontra nesta teoria o fundamento para solidificar o entendimento de que todas as provas que foram produzidas de forma contrária ao ordenamento devem ser desentranhadas dos autos, para que não haja nenhum receio de influenciar a decisão do julgador. Na pesquisa foi utilizada a metodologia da revisão bibliográfica e da análise legislativa e jurisprudencial.

¹Doutor em Direito das Relações Sociais, Professor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Advogado.

²Mestrando em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Mato Grosso.

Palavras-Chave: processo penal; provas ilícitas; Constituição; nulidades; construtivismo lógico-semântico.

LEGAL SECURITY, UNLAWFUL EVIDENCE AND THEIR EXTRACTION FROM THE CRIMINAL PROCESS: A LOGICAL-SEMANTIC CONSTRUCTIVISM PERSPECTIVE

Abstract: The present work aims to analyze the current aspects of the evidence produced in a way contrary to the current legal system, taking into account the legislation, the established doctrine and the recent jurisprudence on the subject. It appears that the amendment of the Criminal Procedure Code of the year 2008, which inserted a rule that apparently unifies the treatment of illegal evidence to deal only with "illicit" evidence, seems to leave no doubt about the overcoming of the classic antagonism in the doctrine on illicit and illegitimate evidence, being those that violate rules of substantive law, and these that violate rules of procedural law. Both, from the perspective of Logical-Semantic Constructivism, violate the entire legal system and must be disregarded from the legal world. Thus, the present work seeks in this theory of law a basis to solidify the understanding that all evidence that was produced in a way contrary to the order must be removed from the records, so that there is no fear of influencing the decision of the judge.

Keywords: criminal procedure; illicit evidence; Constitution; nullities; logical-semantic constructivism.

1. INTRODUÇÃO



Considerando como premissa o Construtivismo Lógico-semântico de Paulo de Barros Carvalho³ (a linguagem e a comunicação como forma do conhecimento; e o direito como linguagem criadora da realidade jurídica e, portanto, do fato jurídico⁴), faz-se necessário uma breve regressão para definição de institutos fundamentais para uma minuciosa explanação acerca do instituto da prova no processo penal brasileiro.

A qualquer acontecimento no mundo fenomênico dá-se o nome de *evento*. Este se esvai no tempo e no espaço, e o que se sabe acerca do evento são (apenas) relatos de sua ocorrência. Tais relatos se materializam por meio da linguagem pelo sujeito cognoscente. A partir de então, tem-se o *fato* relatado pelo sujeito à determinada comunidade, sociedade. Assim, o relato do evento que se esvaiu no tempo e no espaço denomina-se *fato social*.

Se esse mesmo fato social for relatado por uma autoridade competente, preenchendo os pressupostos e requisitos (formalidades preestabelecidas) de um sistema jurídico, tem-se, agora, o relato de um *fato jurídico*.

Contudo, é imprescindível que tal fato seja comprovado. Não fosse assim, instalar-se-ia um verdadeiro caos social (e porque não jurídico) com relatos que não fossem passíveis de comprovação.

A essa comprovação dos relatos convencionou-se chamar de *prova*, sendo esta um fato que comprova outro fato (alegado): trata-se, pois, de um *metafato* (ainda baseando-se no Construtivismo Lógico-Semântico).

Todo o raciocínio acima esboçado é trazido para a seara processual penal quando ajuizada a ação penal que, submetida ao princípio da inocência (ou presunção de inocência),

³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 6ª ed. São Paulo, SP: Noeses, 2015.

⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3ª ed. São Paulo, SP: Noeses, 2011.

logicamente atribui ao detentor do interesse de punir, a responsabilidade de provar suas alegações (acusação).

Esta lógica tem sentido a partir do reconhecimento da natureza jurídica do Processo Penal como sendo a de direito fundamental do acusado, para fazer valer os comandos constitucionais, posto que em jogo o direito à liberdade, postulado de todos os estados democráticos, constitucionais e humanitários de direito – tal qual o Brasil.

Assim, a (com)provação de fatos alegados pelo titular da ação penal deve estar concatenada com tais postulados. Não se trata, pois, de comprovação da inocência do jurisdicionado submetido ao processo penal, mas da formação da culpa pelo detentor da função acusatória. Portanto, o ônus da prova tem aplicação absolutamente distinta no Processo Penal.

Como bem destaca Manuel Monteiro Guedes, a prova deve ser considerada como o “epicentro da concordância prática”, visto que seu objetivo é “conduzir uma decisão judicial final”⁵.

2. A ILEGALIDADE DAS PROVAS E SUA CONSEQUÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Pensando o sistema a partir da pirâmide escalonada de normas idealizada por Hans Kelsen, que estabelece que a norma inferior encontra seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, até se chegar à norma hipotética fundamental, orientadora de todo o sistema normativo⁶, um controle de normatividade, constitucionalidade e, ainda mais importante, de convencionalidade, é essencial para se estabelecer a aplicação de normas dentro do sistema jurídico.

Nesse diapasão se insere o conceito de prova ilegal,

⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Escutas Telefônicas: Da Excepcionalidade à Vulgaridade*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 25

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 163 e ss.

ilícita e ilegítima. Ora, se a produção de determinada prova esbarra em alguma norma penal, tem-se uma prova ilegal, contrária à lei (entendida aqui como qualquer espécie normativa).

A Constituição da República preceitua no artigo 5º, inciso LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Esse comando constitucional foi regulamentado na legislação infraconstitucional, mais especificamente no Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 11.690/2008, alterando o artigo 157 para assim dispor:

Art. 157: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (grifamos)

Verifica-se, pois, que prova ilegal é gênero do qual são espécies a prova ilegítima e prova ilícita, posicionamento também adotado, dentre outros, por Antonio Scarance Fernandes⁷ e Aury Lopes Jr.⁸

Assim, pode-se conceituar prova ilícita a obtida em desacordo com o direito material, posto que por prova ilegítima entende-se aquela obtida em desacordo com o direito processual. Obtidas dessas formas aqui citadas, a consequência é a nulidade.

Considerando assim o sistema escalonado de normas de Kelsen, violada a Constituição Federal ou até mesmo a legislação infraconstitucional, deve a prova ser desentranhada do processo – consequência inclusive consagrada na nos tribunais superiores no Brasil (v.g. STJ: HC 59.967/SP⁹).

⁷ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 5ª ed.

⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. Saraiva, São Paulo. 11ª ed. p. 607.

⁹ *Advogado. Sigilo profissional/segredo (violação). Conversa privada entre advogado e cliente (gravação/impossibilidade)*. Prova (ilicitude/contaminação do todo). Exclução dos autos (caso). *Expressões injuriosas (emprego)*. *Risca (determinação)*. 1. São invioláveis a intimidade, a vida privada e o sigilo das comunicações. Há normas constitucionais e normas infraconstitucionais que regem esses direitos. 2. Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações. 3. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente. 4. Se

Contudo, na alteração do artigo 157, do Código de Processo Penal, o legislador não especificou qual prova deve ser desentranhada: a obtida em desacordo com o direito material, ou aquela obtida em desacordo com o direito processual? Ou ainda ambas? Continua a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas? Instalou-se, portanto, uma discussão doutrinária a respeito do tema, sendo que duas posições se formaram.

A primeira é a de que a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas persiste, devendo a prova ilícita ser inadmitida, desentranhada dos autos e inutilizada. Já a prova ilegítima, para essa posição, deve ser considerada como causa de nulidade, ensejando a renovação do ato e a manutenção da prova nos autos do processo.

A segunda posição preconiza que o artigo 157, do Código de Processo Penal superou antiga distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, de modo que a consequência, para essa corrente, seria sempre o desentranhamento da prova, de modo a tratar a incompatibilidade como ilicitude. Esta segunda posição que nos parece lógica, atende aos reclamos de um Sistema Processual

há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade. 5. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos. 6. Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente. Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação □ em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional □, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada □ a fruta ruim arruína o cesto. 7. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo. 8. É defeso às partes e aos seus advogados empregar expressões injuriosas e, de igual forma, ao representante do Ministério Público. 9. Havendo o emprego de expressões injuriosas, cabe à autoridade judiciária mandar riscá-las. 10. Habeas corpus deferido para que seja desentranhada dos autos a prova ilícita. 11. Mandado expedido no sentido de que sejam riscadas as expressões injuriosas. (grifamos)

(STJ – HC: 59967 SP, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 29/06/2006, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/09/2006 p. 316RDR vol. 39 p. 393).

Penal sustentado na condição de Direito Constitucional Aplicado ou, ainda, na condição de um Direito Convencional.

Sobre o tema, Antonio Magalhães Gomes Filho bem recorda que é inconcebível que o Estado, na proteção e restauração da ordem jurídica violada, utilize de métodos que não respeitassem os mesmos valores que visa proteger, daí porque preveem os ordenamentos jurídicos, em menor ou maior extensão, a exclusão de provas cujas práticas em sua aquisição ou apresentação representem um “atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade ou à privacidade” dos cidadãos, ou mesmo à pacificação social e à segurança pública¹⁰. E segue o autor esclarecendo que a exclusão destas provas sacrificam o “ideal de obtenção de uma verdade processual mais próxima da realidade”¹¹.

Ora, este “sacrifício” é opção dos Estados Democráticos, quando na ponderação entre a eficiência do processo e a eventual desproporcionalidade com a qual podem ser violados direitos e garantias fundamentais individuais, do tutelado pela persecução penal, elegem constitucionalmente esta opção como garantia fundamental de um devido processo legal¹², desestimulando os órgãos de persecução penal a sustentarem suas ações em meios desviantes que violam os direitos do cidadão.

Assim, se o processo penal é garantia constitucional do cidadão contra abusos do Estado; se há incompatibilidade da prova com o sistema normativo – ilegalidade, portanto; se o dispositivo legal não distinguiu provas ilícitas das ilegítimas¹³, forçoso reconhecer que o não desentranhamento da prova causará inexorável prejuízo ao acusado/investigado, posto que o juiz, em

¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao Direito à Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira.

¹³ Interpretação *inclusio unius, alterius exclusio*, é dizer, a inclusão de um entendimento/posicionamento, é a exclusão de outro em sentido contrário. O que a lei não incluiu, não deve o intérprete incluir.

contato com a prova irregular, não poderá “desvê-la” e desconsiderá-la por absoluto, pois “tatuada” em seu inconsciente.

Lembrando que a imparcialidade do juiz assegurada como garantia judicial na própria Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴, é condição de um devido processo legal constitucional e democrático. Os seres humanos são valorativos desde o nascimento, pois bombardeados por *estímulos axiológicos* ao longo de toda a sua existência.

A propósito, Guilherme Madeira Mezem trata da questão destacando a figura do “juiz contaminado”, como sendo aquele que tomando conhecimento da prova ilícita, não se submete a outra solução que não seja o seu afastamento do processo, para que não produza nele decisões, já que o “*juiz, por mais técnico e correto que seja, não consegue evitar de levar esse conhecimento quando do julgamento*”.¹⁵

Quanto às provas, estas podem ser reconhecidas como ilícitas, pois maculadas a partir de sua origem. Teremos com isso o advento das provas ilícitas por derivação.

As provas ilícitas por derivação podem ser conceituadas como aquelas provas coletadas em conformidade com o ordenamento jurídico, entretanto a sua origem advém de uma informação obtida de prova ilicitamente obtida. Assim sendo, a prova lícitamente coletada é *contaminada* e imprópria para ser utilizada no processo.

O Código de Processo Penal, com sua reforma de 2008 pela lei nº 11.690, em seu artigo 157, § 1º, “primeira parte”, por menoriza o regramento acerca dessa espécie de “prova”:

Art. 157, §1º: São também inadmissíveis as provas derivadas

¹⁴ Artigo 8.1. “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso). In: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

¹⁵ MADEIRA MEZEM, Guilherme. *Curso de Processo Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 4ª ed, p. 551/552.

das ilícitas, *salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.* (grifamos)

Assim, é inadmissível afastar a contaminação de uma prova derivada, “secundária”, em razão da ilicitude inicial, especialmente em razão da finalidade a que se destina a prova no processo penal.

Trata-se da “Teoria do fruto da árvore envenenada”, que se estabeleceu a partir do julgamento pela Suprema Corte estadunidense do caso *Silverthorne Lumber Co. Vs United States*, no ano de 1920, no qual esta decidiu invalidar uma intimação que havia sido expedida em razão de informação coletada por meio de uma busca e apreensão ilícita, entendendo que permitir a utilização de matéria probatória advinda, derivada, de atividade ilegal, seria estimular os órgãos de persecução penal a não ficarem limitados ao ordenamento jurídico nesta sua atividade¹⁶.

Como exemplo prático de aplicação da “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” em nosso sistema jurídico, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 93.050/2008¹⁷,

¹⁶ Sobre o tema: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 189.

¹⁷ FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI)- SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE "CASA" - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - "HABEAS CORPUS" DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem

que determinou o desentranhamento da prova ilícita por derivação, reconhecendo a “teoria” como uma das mais expressivas formas de se garantir o respeito ao devido processo legal, não sem deixar de destacar também, de outro lado a “Teoria da Fonte Autônoma”, onde destaca-se que se novos elementos de informação surgirem a partir de fonte autônoma de prova, sem relação, independente da prova ilícita reconhecida originalmente, e assim sem vínculo causal, seu produto não deve ser considerado contaminado.

Sobre este aspecto, o legislador nos parágrafos 1º, “segunda parte” e 2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, acabaram por prestigiar este entendimento:

Art. 157 ...

§ 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

A redação acima acabou por prestigiar a relativização e atenuação da ilicitude por derivação, entendendo não contaminada a prova derivada, desde que provada que esta poderia ser

decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC XXXXX/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..

(STF - HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 07-2008 PUBLIC 08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700).

obtida por outra fonte independente daquela considerada ilícita, ou seja, sem usar de um caminho (meio) ilegal de obtenção, valendo-se o legislador da mesma fonte inspiradora da “teoria do fruto da árvore envenenada”, qual seja, a Suprema Corte estadunidense, agora no julgamento do caso “*Murray v. United States*”, no ano de 1988, o qual envolveu uma violação de domicílio na qual foram encontradas drogas, todavia estas não foram apreendidas naquele momento, mas tão somente após a obtenção de um mandando de busca e apreensão, fundado em elementos outros que não a invasão¹⁸¹⁹.

No mesmo sentido da consideração da prova derivada da ilícita, está também a “Teoria da inevitabilidade da descoberta da prova”, onde a Suprema Corte estadunidense entendeu que mesmo com a confissão obtida de forma ilícita que levou ao encontro do corpo de uma criança, como as buscas naquele local já estavam em andamento, a localização do cadáver ocorreria independentemente da prova ilícita em questão²⁰.

Ao lado destas teorias, ainda merece visita a “Teoria da boa fé”, onde a Suprema Corte estadunidense entendeu como válidas provas obtidas por agentes do Estado, no exercício de persecução penal, desde que os mesmos tivessem confiança de que sua ação seria lícita, pautada por padrões de razoabilidade no exercício de suas funções, ainda que no cumprimento de decisão ilegal, como no caso de mandado judicial ilegal, que preconizou o julgamento *United States v. Leon*, em 1984²¹.

¹⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 220.

¹⁹ A respeito desta teoria, seu desenvolvimento partiu de sua menção no julgamento de *Silverstone Lumber Co. v. U.S.*, posteriormente teve seu desenvolvimento no julgamento *U.S. v. Crews* (445 U.S. 463, 1980) e *Segura v. U.S.* (468 U.S. 796, 1984), alcançando sua forma em *Murray v. U.S.* (487 U.S. 533, 1988). Sobre o tema: JACKSON, Heather A. Arizona v. Evans: expanding exclusionary rule exceptions and contracting fourth amendment protection. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 86, n. 4, p. 1201-1227, 1996, p. 1.206.

²⁰ Idem, p. 232.

²¹ *United States v. Leon*, Suprema Corte, volume 468, ano 1984 (486 U.S. 897). In: ROSSETO, Patrícia Carraro. *A prova ilícita e seu tratamento na jurisprudência penal*

Não obstante estes posicionamentos, e os adotados pela Lei nº 11.690/2008, que alterou a redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, Aury Lopes Jr.²² mantém o entendimento quanto à prova produzida em desconformidade com o ordenamento jurídico, preconizando posição de que também a prova derivada de coleta ilícita deve ser desentranhada dos autos:

Voltando ao princípio da contaminação, entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve. (grifamos)

3. A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi uma resposta ao regime ditatorial que vigorou no Brasil antes de seu advento. Como outras nações sul-americanas que sofreram as intempéries das ditaduras e como as nações europeias que passaram pelas agruras do nazismo e do fascismo, a consequência é que o “pêndulo do direito” se volte totalmente para a proteção de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Assim, como forma de evitar quaisquer afrontas ilegais a direitos inerentes à condição humana, o postulado da *dignidade*

estadunidense: uma abordagem sobre a teoria da exclusão e da exceção de boa-fé. Ciência penal em perspectiva comparada: ensaios e reflexões: Boreal, 2016, p. 120-156:

https://www.researchgate.net/profile/Patricia-Rossetto/publication/313180709_A_prova_ilicita_e_seu_tratamento_na_jurisprudencia_penal_estadunidense_uma_abordagem_sobre_a_teor%C3%ADa_da_exclus%C3%A3o_e_da_exce%C3%A7%C3%A3o_de_boa-f%C3%A9/links/58ac8dbd92851c3cfda05648/A-prova-ilicita-e-seu-tratamento-na-jurisprudencia-penal-estadunidense-uma-abordagem-sobre-a-teoria-da-exclusao-e-da-excecao-de-boa-fe.pdf

²² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo, SP. Saraiva, 2014. p. 615.

da pessoa humana, núcleo duro e imutável do qual advêm todos os direitos fundamentais, também possui como mote a liberdade do indivíduo e sua presunção de inocência.

Nesse contexto pode-se afirmar que uma interpretação (tanto histórico como sistemática) da Constituição Federal de 1988 deve levar em conta a prevalência da proteção do cidadão contra eventuais abusos, inclusive aqueles advindos do próprio estado por meio do processo, desde que não haja violação a norma constitucional expressa.

Assim, em casos de antinomia imprópria, ou seja, uma colisão de princípios, o exercício da ponderação que gera o afastamento episódico e casuístico de um deles deve considerar um dos pilares da constituinte, um de seus fundamentos: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).

Trazendo para essa discussão a produção da prova ilícita e sua utilização no processo em favor do réu, teríamos, ainda que em tese, o afastamento do princípio do Devido Processo Legal (ou o Princípio da Legalidade) a fim de prevalecer o Princípio da Inocência.

Contudo, adotando-se como premissa a Teoria do Direito baseada no *Construtivismo Lógico-semântico*, a prova produzida em desconformidade com o sistema jurídico e suas regras predeterminadas, ainda que em benefício do réu, não deve pertencer a esse sistema, devendo ser desentranhada do processo. É como se a prova não existisse, posto que desrespeitados os pressupostos básicos para sua constituição e validade, tais como linguagem própria do direito; sujeito competente; autorização e/ou determinação por autoridade pré-constituída.

Note-se que o próprio sistema pode excepcionar-se, dizendo que a prova ilícita pode excepcionalmente ser utilizada em benefício do réu. Porém não há norma constitucional ou infraconstitucional que excepcione a norma inculpada no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Maior, a qual dispõe que *são*

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Assim, vê-se que interpretação contrária ao texto legal – posto que categórico – viola todo o sistema. Se assim se entender, ainda que com base em interpretação histórica ou sistemática, fragiliza-se o sistema do direito positivo, abrindo-se a possibilidade de outras interpretações violadoras do sistema e conseqüente descrédito no devido processo legal.

Ainda que se trate da aplicação da proporcionalidade em favor do réu, também se estaria a violar o sistema ante a ausência de previsão normativa. Nesse caso, mais útil se valer das regras já positivadas do estado de necessidade e da legítima defesa (excludentes da ilicitude), ou até mesmo da inexigibilidade de conduta diversa (excludente da culpabilidade), as quais afastariam a ilicitude da conduta que gerou a prova, legitimando sua presença nos autos do processo.

Há corrente a qual defende que em certos casos a prova ilícita pode ser utilizada como fundamento da relevância do interesse público a ser tutelado.

Assim, haveria uma relativização da proibição da utilização da prova ilícita, mas somente em casos excepcionais e graves nas quais a coleta e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável para proteger direitos e garantias fundamentais.

Conforme a doutrina de Aury Lopes Jr.²³,

A intenção é evitar aqueles resultados repugnantes e flagrantemente injustos. No Brasil é adotada com reservas, sobretudo nas questões de direito de família. Em matéria penal são raras as decisões que a adotam.

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a

²³ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo, SP. Saraiva, 2014. p. 610.

condenação) a partir da “prevalência” do interesse público.
(grifamos)

Ora, como o autor enfatiza, trata-se de perigo enorme, ao passo que a teoria serve a qualquer “senhor”. Sendo o conceito de razoabilidade/proporcionalidade vago e de construção eminentemente doutrinária e jurisprudencial, qualquer decisão que aplique a teoria andaria por terrenos movediços, de fácil manipulação “a qualquer dos lados”.

Conforme explicado no tópico anterior, a aplicação da proporcionalidade em favor do réu também fere o sistema normativo.

A saída para os defensores da aplicação da presente teoria seria a alegação de regras do próprio sistema que legitimam condutas, ainda que ilegais, *a priori*: o estado de necessidade e a legítima defesa (excludentes da ilicitude) e a inexigibilidade de conduta diversa (excludente da culpabilidade), as quais afastariam a ilicitude da conduta que gerou a prova, legitimando sua presença nos autos do processo.

Ainda sob o enfoque da prova ilícita e seu desentranhamento dos autos, é fundamental uma análise perfunctória da *cadeia de custódia*.

Os artigos 158–A a 158-F, do Código de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei nº 13.964/2019 (*Pacote Anti-crime*), inovou a legislação processual penal para regulamentar a cadeia de custódia e o procedimento para resguardar a integridade das provas em geral.

Como é sabido, nos delitos que deixam vestígios é imprescindível a realização do exame de corpo de delito, salvo se houverem desaparecido sem que haja culpa por parte do Estado e seus agentes. Assim, é necessário que o local e/ou os objetos a serem examinados sejam protegidos com a máximo zelo, a fim de que não haja alteração de suas características, dolosa ou culposamente, por quem quer que seja.

Ora, o que se tem em pauta no processo penal é a culpabilidade de alguém presumidamente inocente e, ainda mais

grave, sua liberdade de locomoção. Considerando que eventual condenação se baseará nas provas coletadas, examinadas e valoradas de acordo com as regras do sistema jurídico vigente, nada mais evidente que a preservação dos locais, pessoas e/ou objetos a serem examinados pelos sujeitos competentes.

A nova regulamentação inovou até mesmo para conceituar a expressão “cadeia de custódia”, termo que ainda não havia sido compreendido na lei posta.

Assim, o artigo 158-A, e seguintes, pormenorizam o tema.

Art. 158-A. Considera-se CADEIA DE CUSTÓDIA o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

(...) (grifamos)

Contudo, a despeito da clareza da legislação de 2019 e das evidentes razões que embasaram sua implementação no ordenamento, a jurisprudência tem relativizado as hipóteses em que haverá nulidade “obrigatória” da prova nos casos de violação do sistema.

O Superior Tribunal de Justiça, instado a se manifestar sobre o tema no HC 653.515²⁴, entendeu que a violação da

²⁴ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09122021-Quebra-da-cadeia-de-custodia-nao-gera-nulidade-obrigatoria-da-prova--define-Sexta->

cadeia de custódia, prevista no Código de Processo Penal (artigos 158-A a 158-F), não implicaria, de maneira obrigatória, no reconhecimento da nulidade da prova e em sua inadmissibilidade. O Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, argumentou que o juiz deve exercer juízo subjetivo de valor sobre as irregularidades da cadeia de custódia e a confiança da prova, assim concluindo sobre o tema:

"A questão relativa à quebra da cadeia de custódia da prova merece tratamento acurado, conforme o caso analisado em concreto, de maneira que, a depender das peculiaridades da hipótese analisada, podemos ter diferentes desfechos processuais" – concluiu o ministro ao absolver o réu do crime de tráfico".

Desde o início da presente exposição defendemos premissas sob a ótica do construtivismo lógico-semântico – linguagem e comunicação como fonte do direito no sistema jurídico.

Neste sentido, resta equivocado, *data máxima vênia*, o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, quanto à violação da cadeia de custódia, merecendo toda a prova obtida neste sentido o seu desentranhamento e desconsideração, já que advindas de um meio comprometido, ilegal e assim viciado. Os *frutos* são de um meio “envenenado”.

Não há possibilidade de se prestigiar posicionamento em contrário, já que toda a prova que é produzida desrespeitado o sistema, repita-se – incessantemente – não deve prevalecer “no mundo”²⁵ aquilo que não foi produzido de acordo com as regras positivadas no sistema e, portanto, não pertencentes a ele.

Devem, assim, ser obrigatoriamente desentranhado aquilo que desrespeita o ordenamento, sob pena de prestigiarmos o que se convencionou chamar de “juiz contaminado”, para decidir a causa, sustentado em prova que contraria a lei e o sistema jurídico.

Turma.aspx (consulta em 07/11/2022)

²⁵ *Quod non est in actis non est in mundo*. Provérbio latino que significa que aquilo que não está nos autos, não está no mundo. Considera-se inexistente aquilo que não está escrito.

Ora, o Legislador pátrio, na Lei nº 13.964/19, ao prestigiar a inclusão de dispositivos no Código de Processo Penal, não buscou outro caminho que não fosse assentar definitivamente positivado, no Sistema Processual Penal brasileiro, a teoria do “fruto da árvore envenenada”, quanto à ilicitude do meio de prova, que compromete a própria prova, nos estritos termos do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira, quando expressamente dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Em momento algum o Constituinte abre espaço para uma interpretação de menor amplitude. Trata-se de cláusula pétreia, garantia fundamental do cidadão em um devido processo legal. E nem se ouse em conjecturar que o Constituinte não especificou a qual “processo” refere-se, o que evidente indica que a todo e qualquer devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, ao flexibilizar esta Garantia Fundamental incide em posicionalmente inconstitucional.

A questão repousa sobre o vício à licitude, esta considerada como regra na admissão da prova. Assim, a ilicitude da prova é uma forma de inadmissibilidade desta, repousando o vício tanto no nível de sua produção como no da valoração, seja pela prática de condutas delituosas a partir da violação de normas jurídicas, seja pela violação dos princípios orientadores do processo justo, do devido processo legal constitucional²⁶.

Neste sentido, conclusão outra não há que não seja que a consequência da violação da regra em questão é a proibição da utilização da prova no processo penal, já que é uma prova nula.

Manuel Valente bem define este vício como uma espécie de nulidade qualificada, advinda de uma proibição total de admissibilidade. Tal constatação se impõe aqui a partir de um vício constitucional. Trata-se de invalidade constitucional insuperável.

²⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Escutas Telefônicas: Da Excepcionalidade à Vulgaridade*. 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 84.

4. CONCLUSÃO

Assim, vê-se que à luz do Construtivismo Lógico-semântico, o que não pertence ao sistema e que não foi desenvolvido conforme suas regras preestabelecidas, pelos sujeitos competentes, não deve compor esse mesmo sistema (jurídico), devendo ser desconsiderado o mais breve possível.

É o que ocorre com as provas coletadas em desconformidade com o ordenamento jurídico. Sendo violadoras do sistema – ilegais, portanto – devem ser desentranhadas dos autos para que não possam, em hipótese alguma, contaminar o julgador que estabelecer qualquer tipo de contato com o documento inválido, sob pena de afrontarmos a imparcialidade que se espera do juiz constitucional.

A dificuldade de se sopesar ou ponderar a conformidade da ilegalidade das provas com o sistema e a eventual possibilidade de se utilizar essas provas ilícitas em favor do réu, numa aplicação da proporcionalidade *pro reu*, pode vir a ser perigosa, pois a aplicação pode tornar-se argumento para uma utilização de “via de mão dupla”, o que acabaria por desvirtuar completamente o sistema.

Mais prudente e lógico – além do inegável prestígio à segurança jurídica – a extirpação da prova produzida *contra legem* por não pertencer ao sistema jurídico. Caso a prova tenha sido obtida por investigado e/ou acusado de forma ilícita, e se este foi o único meio para comprovar sua inocência, mais prudente que se valha dos mecanismos postos à disposição pelo próprio sistema jurídico (quais sejam a legítima defesa, o estado de necessidade ou até mesmo a inexigibilidade de conduta diversa) para afastar a mácula que tenha gerado a ilicitude da prova coletada.

Incontestemente também, desta forma, a nulidade constitucional da prova produzida em desconformidade com a cadeia de

custódia.



REFERÊNCIAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 220.
- CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 6ª ed. São Paulo, SP. Noeses, 2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao Direito à Prova, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99.
- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. Saraiva, São Paulo, SP. 11ª ed. 2014.
- MADEIRA MEZEM, Guilherme. *Curso de Processo Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo. 4ª ed, p. 551/552.
- PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. Atlas, São Paulo, SP. 18ª ed. 2014.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Atlas, São Paulo, SP. 22ª ed. 2014.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP. 5ª ed.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Escutas Telefônicas: Da Excepcionalidade à Vulgaridade*. 2.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2008, p. 84.
- <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09122021-Quebra-da-cadeia-de-custodia-nao-generabilidade-obrigatoria-da-prova--define-Sexta-Turma.aspx> (consulta em 07/11/2022)