

A LEI Nº 11.690/2008 E O CONCEITO DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Richard Lucas Kondo⁷⁶
Romulo de Aguiar Araújo⁷⁷
Thayane Mantovani Vassoler⁷⁸

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar, para fins de aplicação do princípio constitucional da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, o conceito de provas ilícitas adotado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça após o advento da Lei nº 11.690/2008. Para tanto, expor-se-á, inicialmente, o entendimento aderido pelos Tribunais Superiores, anterior e posteriormente, à reforma processual penal de 2008. Em um segundo momento, com base no atual posicionamento jurisprudencial, analisar-se-ão questões referentes à hermenêutica constitucional sobre o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal; hermenêutica processual penal no que se refere ao artigo 157 do Código de Processo Penal e; por fim, sobre a viabilidade da aplicação analógica do sistema de nulidades processuais às provas violadoras, exclusivamente, de normas de direito processual ou formal.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; ilegitimidade; ilicitude; Processo Penal Brasileiro; provas ilícitas.

ABSTRACT

This paper aims to analyses, for the application of the constitutional principle of the inadmissibility of evidence obtained through illicit means, the concept of illicit evidences adopted by the Supreme Court and High Court of Justice after the advent of the Law nº 11.690/2008. For this purpose, will be exposed, initially, the understanding adopted by the Superior Courts, previous and posteriorly, the criminal procedure reform of 2008. In a second step, based on the current jurisprudential position, will be analyzed issues relating to the constitutional hermeneutics of Article 5, LVI, of the Federal Constitution; criminal procedural hermeneutics with regard on Article 157 of the Criminal Procedure Code and; finally, about the viability of analogical application of the procedural nullities system of the evidences that violate, exclusively, the procedural or formal law.

KEYWORDS: Hermeneutics; illegitimacy; illegality; Brazilian Penal Procedure; illicit evidences.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DO CONCEITO DE PROVA ILÍCITA – DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO ADVENTO DA LEI Nº 11.690/2008. 3 DO CONCEITO DE PROVA ILÍCITA – APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.690/2008. 3.1 DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3.2 DA HERMENÊUTICA PROCESSUAL PENAL – ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3.3 DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO SISTEMA DE NULIDADES ÀS PROVAS ILEGÍTIMAS. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Desta forma, antes da análise dá supramencionada garantia fundamental, geradora do princípio da proibição da prova ilícita, denominação dada por Nelson Nery Junior (2013, p. 274), necessária a conceituação de *prova*, para, posteriormente, ser abordado o que vem a ser entendido como os *meios ilícitos* de obtenção desta e, assim, definir *prova ilícita*.

76 Advogado, Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/PR), especializando em Ciências Forenses pelo Instituto Paulista de Estudos Bioéticos e Jurídicos de Ribeirão Preto/SP (IPEBJ).

77 Advogado, Professor (UNIFIL e UNIVALE), Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina/PR, Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar de Maringá/PR.

78 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia de Londrina/PR.



Em sua etimologia, o termo prova advém do latim *probatio*, isto é, nas lições de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 343), “significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”. Nesta senda, conclui-se que a prova tem por objetivo constituir “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO; 2001, p. 120).

No mais, deve se atentar ao fato de que, em contraste com a verdade instrumental ou formal do processo civil, processo penal, busca-se a verdade real, também denominada de material ou substancial, (NUCCI, 2016, p. 343-344).

Outrossim, vale ressaltar que em decorrência do princípio da verdade real, introduziu-se no direito processual penal brasileiro o princípio da liberdade de provas, segundo o qual, salvo exceções, não haverá limitação à atividade probatória. Sobre o tema, traz-se lições de Fernando Capez (2013, p. 408):

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.

Logo, trata-se de todo elemento trazido aos autos por alguma das partes ou pelo juiz com o intuito de colaborar na formação da convicção deste sobre a verdade real dos fatos.

168

2 DO CONCEITO DE PROVA ILÍCITA – DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO ADVENTO DA LEI Nº 11.690/2008

Como dito alhures, vigora no direito processual penal o princípio da liberdade probatória, sendo este a regra geral. No entanto, com a promulgação da atual e vigente Constituição Federal aos 05 de outubro de 1998, em especial no que se refere ao disposto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS), artigo 5º, inciso LVI, referida regra foi restringida, visto que, conforme mencionado dispositivo constitucional, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nesta toada, tem-se que, não apenas no processo penal, mas em toda atividade jurisdicional, apenas as provas lícitas passaram a ser permitidas, o que gerou a corriqueira expressão ‘todos os meios de prova em direito admitidos’ (BONFIM, 2007, p. 290). Deste modo, “devem ser desprezadas as provas ilícitas, vale dizer, as que forem obtidas por mecanismos ilícitos” (NUCCI, 2011, p. 25).

Todavia, antes do advento da Lei nº 11.690 de 2008, em razão da ausência de regulamentação, tanto no âmbito constitucional, quanto no infraconstitucional, do que viria a ser os *meios ilícitos* previstos no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, tratando-se, desta forma, de lacuna legal, incumbia à doutrina e jurisprudência defini-los.

Neste diapasão, sobre o conceito de prova ilícita, leciona Bonfim (2007, p. 291) que são “aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza



material (ex.: confissão obtida mediante tortura)”.

Em igual sentido, sustenta Capez (2007, p. 288) que “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita”.

Assim, em consonância com o entendimento doutrinário exposto acima, no julgamento do Habeas Corpus 80.724-1/SP, datado de 20 de março de 2001, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

A prova ilícita não se pode convalidar, não tem serventia qualquer para o processo e seu destino é a exclusão dos autos, como se nunca houvesse existido. Não se pode servir de base à decisão, tudo porque, ilícita é a prova vedada em sentido absoluto, já que a proibição de seu uso é de natureza substancial (STF – HC 80.724-1/SP, Relator: Ministra ELLEN GRACIE, Data de julgamento: 20/03/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: D.J. 14/05/2001, Republicação D.J.: 18/05/2001).

De outro lado, “quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima” (CAPEZ, 2007, p. 288). Semelhantemente, acrescenta Bonfim (2007, p. 291) que “a prova será ilegítima se sua obtenção infringir norma processual (ex.: quando a infração deixar vestígios e o laudo de exame de corpo de delito – direto ou indireto – for suprido pela confissão do acusado)”, entendimento também adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus supramencionado.

Portanto, “pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material” (MIRABETE, 2003, p. 457).

Desta feita, embora ambas sejam vedadas, isto é, a prova ilícita e ilegítima, necessário demonstrar a distinção entre estas, eis que, de igual forma, os efeitos processuais decorrentes da utilização de cada uma são diferentes.

Em suma, uma vez constatada a ilicitude de determinada prova, dever-se-á, como consequência processual, desentranhá-la dos autos. Logo, infere-se que a utilização desta é, presumida e absolutamente, prejudicial ao investigado ou acusado. Com relação ao tema em comento, traz-se a lume entendimento do Supremo Tribunal Federal:

STF: “Ação Penal. Denúncia recebida. Prova ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, LVI. Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento” (JSTF 220/386). STF: “Denúncia baseada em prova documental suficiente, além daquela contra a qual se insurge a impetração (escuta telefônica). Pedido deferido, em parte, para determinar que sejam extraídas dos autos as gravações irregularmente obtidas” (JSTF 233/307) (MIRABETE, 2003, p. 474).

Sob outra perspectiva, caso seja reconhecida a ilegitimidade da prova, diferente do que ocorre com as provas ilícitas, as quais, como dito, são extirpadas de pronto do processo,



pois presumido absolutamente o prejuízo do sujeito submetido à persecução penal estatal, aquela poderá ser reproduzida, desde que observadas as formalidades que deram causa à anulação do ato e, conseqüentemente, não importar em prejuízo (princípio *pas de nullité sans grief*) nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, podendo, deste modo, ser mantida nos autos em nome da economia processual. Nesta perspectiva, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal em seu informativo de nº 221:

Provas ilegítimas e economia processual. As provas obtidas mediante decreto não fundamentado de quebra dos sigilos bancário e fiscal constituem provas ilegítimas e, em consequência, podem ser reproduzidas desde que observada a formalidade processual que deu causa à anulação do ato. Com esse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que determinara a nulidade de decreto de quebra dos sigilos bancário e fiscal, por falta de fundamentação (CF, art. 93, IX), mas negara o desentranhamento dos documentos dele decorrentes pela possibilidade de se proferir nova decisão no mesmo sentido. A Turma considerou desarrazoado e contrário ao princípio da economia processual o referido desentranhamento, em virtude da superveniência de novas decisões judiciais, para a mesma finalidade, desta vez, devidamente fundamentadas. (STF – HC 80.724-1/SP, Relator: Ministra Ellen Gracie, Data de julgamento: 20/03/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: D.J. 14/05/2001, Republicação D.J.: 18/05/2001 – informativo do STF nº 221).

Logo, incontestemente que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, contudo, antes do advento da Lei 11.690 de 2008, devido à ausência de regulamentação legal sobre quais seriam as provas inadmissíveis, porquanto obtidas por meios ilícitos, nos moldes do artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, a doutrina e jurisprudência pátrias distinguiram os termos *prova ilícita* e *prova ilegítima*, estabelecendo ainda os respectivos efeitos processuais de sua utilização.

3 DO CONCEITO DE PROVA ILÍCITA – APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 11.690/2008

Aos 09 de junho de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.690 de 2008, que alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, dentre os quais, o artigo 157, que passou a ter a seguinte redação em seu *caput*: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

A princípio, ao interpretar gramaticalmente referido texto legal, ou seja, interpretá-lo de forma literal, tem-se que, no bojo de sua redação, é conceituado o termo *provas ilícitas* como aquelas que foram obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, não apresentando qualquer distinção com relação à natureza dessas normas, se substanciais ou processuais.

Todavia, apesar das alterações trazidas pela novel legislação, os Tribunais Superiores mantiveram o posicionamento adotado anteriormente. Neste sentido, segue entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A prova ilícita é aquela que contém vício de origem, é dizer, foi produzida com violação à Constituição, porque violadora de alguma garantia, ou com infringência a algum regramento legal que diz, diretamente, com a natureza substancial da vedação de que seja produzida. [...]. Já a prova ilegítima, não

tem o vício de origem que há de ser verificado na ilícita, ou seja, não foi produzida sem o crivo judicial, mas porque realizada com alguma nuance de irregularidade, no processo judicial. [...]. Ora, a consequência para a prova ilegítima, diferentemente da ilícita, não é peremptoriamente a sua extirpação do processo, porque ela pode ser consertada ou mesmo relegada ou simplesmente ignorada. (HC 213.448/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 13/09/2013).

Em igual teor, extrai-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em acórdão proferido no Habeas Corpus 94.869/DF:

Impõe-se lembrar, bem por isso, Senhores Ministros, até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação) dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude (STF - HC: 94869 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/06/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-039 DIVULG 24-02-2014 PUBLIC 25-02-2014 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2014 PUBLIC 07-04-2014 EMENT VOL-02725-01 PP-00001).

Pois bem, levando-se em conta a supramencionada reforma processual penal de 2008 e, considerando a manutenção do posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores acerca da conceituação de *provas ilícitas*, distinguindo-as das ilegítimas, analisar-se-á, a seguir, a conveniência de se preservar referido entendimento.

171

3.1 DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – ARTIGO 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao prever o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, parte da doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores demonstraram uma tendência à interpretação extensiva do citado dispositivo constitucional na medida em que, como visto, posicionaram-se no sentido de que são ilícitas as provas obtidas com violação a normas de direito material, criando uma nova espécie de provas vedadas, as ilegítimas, resultantes da violação de normas de direito processual.

No entanto, quando se trata de normas constitucionais, tem-se que, conforme salienta Pedro Lenza (2014, p. 171), “a Constituição deve ser sempre interpretada em sua globalidade, como um todo, e, assim, as aparentes antinomias deverão ser afastadas”, isto é, “as normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios” (LENZA, 2014, p. 171).

Ademais, complementa Daniel Sarmento (2002, p. 100) que “a Constituição não é um aglomerado de normas constitucionais isoladas, mas, ao contrário disso, forma um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais”.

Logo, partindo-se da premissa de que “todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade” (MORAES, 2015, p. 16), necessária se faz a análise do disposto no artigo 5º, inciso LVI em consonância com todo o sistema constitucional,



interpretando-o unitariamente.

Isto posto, uma vez conceituadas as *provas ilícitas* como aquelas que violam tão somente direito material, estar-se-ia excluindo do termo *ilicitude* as provas obtidas com violação a normas de direito formal e, conseqüentemente, permitindo a sua utilização diante da ausência de vedação (princípio da legalidade), o que contrariaria o princípio do devido processo legal, também previsto na Carta Magna (artigo 5º, inciso LIV), quebrando o sistema unitário da Constituição.

Corroborando com o exposto, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 368) afirma:

Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material e não cuidando, por força da natural exclusão, das provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais.

Logo, demonstra-se inviável considerar a ilicitude em conjunto com a ilegitimidade como se fossem espécies do gênero ilegalidade, eis que, ao contrário da concepção resultante da interpretação extensiva, na qual, como dito alhures, conceitua-se como provas ilícitas, para fins de interpretação do disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, aquelas que violem normas de direito material, estendendo, posteriormente, sua eficácia às provas ilegítimas (outra espécie), deve-se, preliminarmente, realizar uma interpretação sistemática, consoante a qual, são inadmissíveis, porquanto ilícitas, as provas obtidas com violação a normas de direito material e formal. Em outras palavras, realizando-se a interpretação unitária em um primeiro plano, não haveria motivos para se interpretar extensivamente, posto que aquela seria autossuficiente, não necessitando de qualquer ampliação de seu significado.

172

3.2 DA HERMENÊUTICA PROCESSUAL PENAL – ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com o advento da Lei nº 11.690 de 2008, o artigo 157 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, regulamentando o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no direito processual penal.

Assim, com a reforma processual penal de 2008, “passou-se a prever, explicitamente, [...] serem ilícitas as provas obtidas em violação as normas constitucionais ou legais” (NUCCI, 2011a, p. 367). Sob esta ótica, elucida ainda o mencionado autor:

A partir da nova redação conferida ao art. 157, caput, do CPP, soa-nos nítida a inclusão, no termo maior provas ilícitas, daquelas que forem produzidas ao arpejo das normas constitucionais ou legais. Logo, infringir a norma constitucional ou qualquer lei infraconstitucional (direito material ou processual), pois não fez o referido art.157 nenhuma distinção, torna a prova ilícita (NUCCI, 2011a, p. 368).

Dessa forma, as violações às normas penais dão ensejo à formação da prova ilícita [...]. Igualmente, as violações às normas processuais penais permitem a constituição da prova ilícita [...] (NUCCI, 2011b, p. 34).

Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito



(a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Este último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo (NUCCI, 2011a, p. 367).

Em nosso entendimento, didaticamente, podemos dividir as provas ilícitas em: a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal. De toda sorte, tanto as ilegais quanto as ilegítimas são ilícitas (NUCCI, 2011b, p. 34).

Desta forma, o “universo do *ilícito* constitui-se das variadas formas de lesão aos preceitos diversificados do ordenamento jurídico. O ilícito abrange toda e qualquer ofensa à Constituição Federal, por óbvio, e à Legislação em geral” (NUCCI, 2011b, p. 33-34). Na mesma perspectiva, manifesta-se Nelson Nery Junior:

A prova pode ser ilícita em sentido material e em sentido formal. A ilicitude material ocorre quando a prova deriva: “a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais etc.)”. Há ilicitude formal quando a prova “decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, ao seu momento introdutório. Em suma, razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público (NERY JUNIOR, 2013, p. 280).

Em igual sentido e de forma mais específica, Guilherme Madeira Dezem inclui as provas ilegítimas no gênero das ilícitas:

173

A prova irritual, que também não pode ser confundida com a prova atípica, é uma prova típica colhida sem a observância do procedimento da lei. A diferença fundamental entre a prova atípica e a prova irritual se dá entre a existência do procedimento probatório no ordenamento jurídico. A prova atípica não está mencionada no ordenamento e/ou seu procedimento não está regulado na lei (posição ampliativa), já a prova irritual está tipificada na lei, só que, no caso concreto, não foram seguidos os cânones da norma (DEZEM, 2008, p. 153).

O resultado prático da utilização da prova irritual é a nulidade da prova. Se a autoridade competente não realizou a prova da maneira prevista em lei, independente do motivo, esta deve ser considerada ilícita, simplesmente por desrespeitar a norma. A prova atípica, em princípio não é nula, podendo ser legitimada se verificado que, no caso concreto, não houve desrespeito à regra Processual ou Constitucional (DEZEM, 2008, p. 154).

Portanto, incontestemente que “a reforma processual penal distanciou-se da doutrina e jurisprudência pátrias que distinguem as provas ilícitas das ilegítimas, concebendo como prova ilícita tanto aquela que viole disposições materiais como processuais” (CAPEZ, 2013, p. 376). Em idêntico teor, ensina Gustavo Badaró (2015, p. 17):

A reforma do CPP de 2008, na disciplina legal do regramento constitucional da vedação da prova ilícita, parece não ter adotado a conceituação da prova ilícita segundo os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que vinham sendo tranquilamente aceitos, a partir da distinção entre provas ilícitas (violação de regras de direito material) e provas ilegítimas (violação de regras processuais). Isso porque a nova redação do *caput* do art. 157 do CPP prevê: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas,



assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Ou seja, para a caracterização da prova ilícita, não se fez qualquer distinção entre natureza da norma violada, se de direito material ou processual.

Contudo, apesar de o artigo 157 do Código de Processo Penal conceituar explicitamente o que constitui *prova ilícita*, os Tribunais Superiores, como já exposto, e parte da doutrina a conceituam de modo diverso. Nesta senda, prega Bonfim (2013, p. 374) que “as provas ilícitas seriam as violadoras de normas de direito constitucional material e processual, bem como a de norma legal de direito infraconstitucional material”.

Outrossim, leciona Aury Lopes Jr. (2015, p. 402):

Devem-se distinguir prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova “ilegal” é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim:

- prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.;
- prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo) [...]. Em regra, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal etc.).

174

Por sua vez, acrescenta ainda Luiz Flávio Gomes (2009):

Não se pode confundir o conceito de prova ilícita com o de prova ilegítima. A prova ilícita viola regra de direito material; a prova ilegítima ofende regra de direito processual. Esse primeiro fator distintivo é relevante, mas insuficiente. Outro fator muito importante diz respeito ao *momento da ilegalidade*: a prova ilícita está atrelada ao momento da obtenção (que antecede a fase processual); a prova ilegítima acontece no momento da produção da prova (dentro do processo). Ou seja: a prova ilícita é extra-processual; a prova ilegítima é intra-processual. Outra diferença que não pode deixar de ser sublinhada: a prova ilícita é inadmissível (não pode ser juntada aos autos; se juntada deve ser desentranhada; não pode ser renovada); a prova ilegítima é nula (assim é declarada pelo juiz e deve ser refeita, renovada, consoante o disposto no art. 573 do CPP).

Em contrapartida, Guilherme de Souza Nucci ressalva:

Há quem se opõe à consideração de ilicitude em relação à prova produzida com violação a norma processual penal. Entende-se, quando tal situação ocorrer, estar-se diante de nulidade da prova e não de ilicitude. [...]. É justamente o oposto, em nosso entendimento. A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que prova produzidas ao arrepio da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova, esse é o quadro ideal para que a lisura e ética para produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2016, p. 347).

Logo, infere-se que, não obstante a reforma processual, os Tribunais Superiores e um seguimento da doutrina mantiveram a concepção anterior, separando a prova ilegítima



da ilícita, como se ambas fossem espécies de um gênero maior.

Todavia, compulsando citado dispositivo legal, traz-se que inexistente qualquer distinção se a violação às normas constitucionais ou legais é referente a direito substancial ou formal, interpretando-o, pois, restritivamente.

Nesta toada, sobre a interpretação da lei processual penal, prevê o Código de Processo Penal tão somente a interpretação extensiva, nos termos do artigo 3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Entretanto, a doutrina e jurisprudência pátria vêm se posicionando no sentido de admitir, com ressalvas, a interpretação restritiva.

A lei processual admite interpretação extensiva. Por não conter dispositivos versando sobre o direito de punir, segue-se que a forma rigorosa de interpretar o direito penal não se aplica ao processo penal. A este aplicam-se as regras comuns de hermenêutica (LINDB, art. 4º). O preceito, todavia, não é absoluto, pois, tratando-se de exceções a regras gerais, de dispositivos restritivos da liberdade pessoal, e que afetem direito substancial do acusado, [...] o texto deverá ser rigorosamente interpretado, em seu sentido estrito. O mesmo quando se tratar de regras de natureza mista (penal e processual penal) (CAPEZ, 2013, p. 108).

Diante disso, em sendo a liberdade probatória a regra geral e a inadmissibilidade da prova ilícita, dentre outras restrições legais, a exceção da regra geral, deve o artigo 157 do Código de Processo Penal ser interpretado taxativamente.

Porquanto, considerar-se-ão como ilícitas as provas obtidas com violação a normas constitucionais e legais, independentemente da sua natureza (direito material ou processual), constituindo o termo *prova ilícita* gênero do qual emergem as espécies *prova ilegal* e *prova ilegítima*.

175

3.3 DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO SISTEMA DE NULIDADES ÀS PROVAS ILEGÍTIMAS

Conforme visto, antes do advento da Lei nº 11.690 de 2008, a doutrina e jurisprudência se posicionavam pacificamente pela distinção dos termos *prova ilícita* e *prova ilegítima*, como se fossem espécies do gênero *prova ilegal*, entendimento que perdurou após a mencionada reforma processual por parte da doutrina e pelos Tribunais Superiores.

De igual forma, estabeleceu-se sanções diversas para cada modalidade das denominadas provas vedadas na medida em que eram as provas ilícitas extirpadas de pronto do processo, enquanto que, às provas ilegítimas, era aplicado analogicamente o sistema de nulidades processuais, necessitando de demonstração de prejuízo para sua anulação (princípio *pas de nullité sans grief*).

No entanto, a partir do pressuposto de que nulidades, segundo definição de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 777), “são os vícios que contaminam determinados atos processuais, praticados sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e conseqüente renovação”, infere-se ser inviável a aplicação analógica do sistema de nulidades processuais, previsto no artigo 563 e seguintes do Código de Processo Penal, às provas ilegítimas, também consideradas ilícitas, nos termos expostos acima, eis que o sistema de nulidades é direcionado a atos processuais e não às provas.

Sob este aspecto, traz o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito



Brasileiro (LINDB) que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, ou seja, quando houver a “insuficiência da casuística legal para a solução de determinada situação concreta” (OLIVEIRA, 2014, p. 29) aplicar-se-á, analogicamente, uma norma que regula situações jurídicas semelhantes. Todavia, verifica-se que inexistente qualquer lacuna legal, visto que o tratamento dado às provas obtidas com violação de normas de direito processual, assim denominadas ilegítimas, encontra-se previsto no artigo 157 do Código Processo Penal, isto é, o seu desentranhamento e a posterior inutilização.

Assim, “o cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas” (NUCCI, 2016, p. 347). Caso contrário, estar-se-ia diante de flagrante desequilíbrio. Em um primeiro plano, por negar vigência ao disposto no artigo 157 do Código Processo Penal, aplicando-se sistema diverso do previsto. Em segundo, ao dar tratamento diferenciado e mais brando às provas ilegítimas, de nada adiantaria estabelecer procedimentos próprios para a atividade probatória, retirando a seriedade da qual a legislação é revestida, sob o fundamento de não haver prejuízo decorrente da sua inobservância.

Neste prisma, sobre a importância de se observar a lei processual penal, esclarece Bonfim (2013, p. 84) que o “Estado está obrigado, na busca da satisfação de sua pretensão punitiva, a obedecer ao procedimento previamente fixado pelo legislador”. De igual forma, leciona o professor Tourinho Filho (2013, p. 70):

Evidente, pois, que a Justiça não lograria sua finalidade se os meios de que se vale para consegui-la não se revestissem de seriedade. As provas que não se apresentarem revestidas de sinceridade e seriedade devem ser expungidas, porquanto poderiam levar o Juiz a cometer um erro, com graves prejuízos para a Administração da Justiça e para os litigantes.

Portanto, notório que “sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto” (CAPEZ, 2013, p. 372). Finalmente, em visão panorâmica, ilustra Nucci (2011b, p. 34):

Não sufragamos a posição sustentada por quem defende serem meras nulidades as violações às normas processuais penais, enquanto que as lesões às normas penais seriam autênticas provas ilícitas. Em absoluto. Assim sendo, o desequilíbrio torna-se evidente. Quando se depara a parte com uma prova ilícita, em particular após a edição da Lei 11.690/08, deve propor o incidente de ilicitude de prova, pretendendo desentranhar e destruir a referida prova. E não deve haver meio-termo, vale dizer, prova mais ou menos ilícita. Portanto, concedendo-se a titulação de prova ilícita somente àquelas que violem preceitos penais, olvidando-se as lesivas a processo penal, o tratamento será desigual. No campo das nulidades, há o meio-termo: a nulidade relativa. No cenário das ilicitudes, como se viu, inexistente essa medida intermediária. No âmbito das nulidades, há maior maleabilidade para o Judiciário considerar válida ou inválida determinada prova. No contexto da ilicitude, deve-se zelar, acima de tudo, pelo respeito à produção de escorreita da prova, pois é norma constitucional.

Em vista disso, conclui-se pela inviabilidade da aplicação analógica do sistema de nulidades processuais, como meio de integração do direito, às provas ilegítimas, porquanto, carente de qualquer lacuna legal.

4 CONCLUSÃO

Dado o exposto, verifica-se que para fins de aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, em razão da ausência de regulamentação legal, cabia à doutrina e jurisprudência, antes do advento da Lei nº 11.690 de 2008, conceituar o termo *prova ilícita*.

Neste diapasão, conceituava-se como *ilícita* as provas obtidas com violação a normas de direito material ou substancial, distinguindo-as das *ilegítimas*, produzidas ao arrepio de normas de direito processual ou formal, como se ambas fossem espécies do gênero *ilegal*.

Com a reforma processual de 2008, a qual deu nova redação ao artigo 157 do Código de Processo Penal, dentre outros dispositivos referentes à prova, denota-se que os Tribunais Superiores e fração da doutrina mantiveram a concepção anterior.

Todavia, ao ser realizada uma análise pormenorizada de questões referentes à hermenêutica constitucional, interpretando sistematicamente supramencionado mandamento constitucional; à hermenêutica processual penal, sobre a viabilidade da interpretação restritiva ao presente caso e, por fim; à possibilidade de aplicação do sistema de nulidades processuais às provas ilegítimas, as quais, conforme demonstrado, foram englobadas no gênero ilicitude; concluiu-se pela inviabilidade da manutenção do posicionamento adotado antes da reforma processual penal de 2008 pelos Tribunais Superiores.

Deste modo, são consideradas *provas ilícitas* aquelas obtidas em violação a normas constitucionais e legais, seja de natureza material ou formal.

177

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal**. Boletim, São Paulo, v. 23, n. 277, p. 17-19, dez. 2015. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 05 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 221**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo221.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas:**



(atualizado de acordo com as Leis 11.689, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas: Millennium, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais**. LFG, out. 2009. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091019101935546>. Acesso em: 29 mai. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Frabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 2003**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: (processo civil, penal e administrativo). 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

178 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA REVISTA JURÍDICA DA UNIFIL

I Linha Editorial

Em sua XII edição, a Revista Jurídica da UniFil é uma publicação anual do Curso de Graduação em Direito do Instituto Filadélfia de Londrina – UniFil.

É definida como um espaço de divulgação da produção científica dos docentes e discentes de Direito da UniFil, bem como de profissionais de outras Instituições. Aos alunos são reservados 10% de seu espaço às suas publicações, desde que o teor do trabalho esteja relacionado com as linhas de pesquisa do Curso de Direito: 1. Teorias do Direito do Estado e da Cidadania; 2. A Dogmática jurídica, desenvolvimento e responsabilidade social, com vistas a fornecer à comunidade local e regional, diagnósticos de problemas sócio jurídicos que possam contribuir, de alguma maneira, para as políticas jurídicas nas esferas administrativas mais amplas e para o desenvolvimento da ciência jurídica.

II Normas técnicas

Os trabalhos deverão ser encaminhados por e-mail ao Conselho Editorial: revistajuridica@unifil.br em formato PDF.

A folha de rosto do arquivo deve conter o título do trabalho (em português e em inglês, o nome completo do autor ou autores (até 03 autores), formação acadêmica, vínculo institucional, telefone e endereço eletrônico.

Os artigos deverão ser em língua portuguesa, obedecer às regras da ABNT e possuir os seguintes requisitos:

- a) ser inédito;
- b) apresentar resumo na língua portuguesa e inglesa com no mínimo 75 e máximo 150 palavras;
- c) os artigos deverão ser enviados com a devida correção ortográfica.
- d) conter 3 palavras-chave (máximo 5) na língua portuguesa e inglesa (separada por ponto e vírgula e em ordem alfabética);
- e) desenvolvimento e conclusão das ideias;
- f) apresentação das referências bibliográficas de acordo com a norma da ABNT;
- g) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word, A4, posição vertical; fonte: Times New Roman; corpo: 12; alinhamento: justificado, sem separação de sílabas; entre linhas: espaçamento um e meio; espaçamento simples entre as linhas somente no resumo em língua portuguesa e inglesa; parágrafo 1,5 cm; margem: superior e esquerda – 3 cm; inferior e direito – 2 cm.
- h) o texto deverá ser precedido de um sumário, no qual constem os itens de desenvolvimento do trabalho, com até 3 dígitos. As resenhas deverão conter na abertura um breve relato da obra resenhada a título de introdução;
- i) as citações e referências bibliográficas, devem seguir o sistema autor-data ou numérico, atendendo às regras da ABNT (NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002), respectivamente.

j) As notas de rodapé, quando necessárias, devem ser somente explicativas (NBR 6022/2003);

k) os títulos, subtítulos e sub-subtítulos devem ser alinhados à esquerda, conforme (NBR 6024/2003).

Os autores dos artigos devem autorizar a publicação na Revista Jurídica da UniFil e se comprometem quanto à sua exclusividade. Terão direito a 05 exemplares da Revista, sem direito a qualquer outra modalidade de contrapartida.

III Avaliação

A avaliação dos artigos submetidos ao conselho editorial será efetuada em duas etapas.

Na primeira, os artigos serão avaliados preliminarmente pelo Conselho Editorial da Revista Jurídica da UniFil, que verificará a compatibilidade do conteúdo com a proposta da publicação, em conformidade com as linhas de pesquisa da Revista e aos parâmetros quanto à extensão mínima e máxima de laudas. Os artigos que não estiverem adequados serão devolvidos aos autores, com a possibilidade de reapresentação no prazo máximo de 10 dias ou para as próximas edições, desde que atendidas às recomendações, sugestões e/ou ressalvas apresentadas. Será considerada a ordem de chegada para fins de publicação em casos de retorno nos casos de adequações sugeridas pelo conselho editorial na primeira ou segunda etapa.

Na segunda etapa, o artigo será submetido à avaliação por sistema eletrônico por avaliadores *ad doc* composto por Mestres e Doutores, sem a identificação dos autores (*blind review*), os quais observarão os seguintes critérios:

- a) adequação às normas técnicas da ABNT e àquelas contidas neste regulamento;
- b) contribuição do trabalho para o conhecimento científico;
- c) consistência do desenvolvimento, resultado e conclusões apresentados no artigo;
- d) característica inovadora do artigo apresentado.

Serão aprovados os 15 primeiros artigos em conformidade com a ordem de envio, levando-se ainda em consideração a data do retorno, nos casos que tenham recebido indicação para adequação.

Os artigos aprovados antes de seguirem à publicação serão submetidos à supervisão editorial da Revista para edição final e também à revisão técnica. Os autores dos artigos não terão acesso à prova final e assumem a responsabilidade das informações, dados, autoria e opiniões contidas nos artigos.