



## **UM PANORAMA DA PROVA ILÍCITA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

A PANORAMA OF ILLICIT PROOF IN BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

*Marcos Afonso Johner<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A atividade probatória é de essencial importância para o processo penal, sobretudo se se levar em consideração que é por intermédio da prova que o juiz formará a sua convicção. No entanto, apenas as provas lícitas podem ser admitidas no processo. Diante disso, este ensaio objetivará elaborar um panorama da prova ilícita no direito processual penal brasileiro. O método utilizado será o dedutivo. A pesquisa será bibliográfica, com consultas à lei, à doutrina e à jurisprudência. Ao final, poder-se-á constatar que o processo penal não admite as provas ilícitas, tampouco as que delas derivarem, excetuando-se as situações legalmente previstas e quando beneficiarem o réu, além de o direito ao silêncio figurar como importante cânone interpretativo da ilicitude probatória.

**Palavras-chave:** Prova Ilícita; Direito Processual Penal; Direito ao Silêncio.

**ABSTRACT:** Probatory activity is of essential importance for criminal process, especially if one takes into account that it is through proofs that the judge will form his conviction. However, only lawful proofs can be admitted in the process. Faced with this, this essay will target to elaborate a panorama of the illicit proofs in Brazilian criminal procedural law. The deductive method will be used. The research will be bibliographic, with consultations on law,

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. E-mail: marcosjohner@yahoo.com.br.

doctrine and jurisprudence. At the end, we will can be see that the criminal process does not admit illicit proofs, nor the ones that derive from them, except for legally provided situations and when they benefit the defendant, in addition to the right to silence being an important interpretive canon of the illicity proof.

**Keywords:** Illicit Proof; Criminal Procedural Law; Right to Silence.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal é a forma de controle social mais gravosa aos direitos fundamentais da pessoa humana, em última análise porque pode privá-la de sua liberdade. No entanto, os diversos tipos penais não têm aplicação imediata. Em outras palavras, somente por intermédio de um processo penal será possível aplicar uma pena ao acusado (*nulla culpa sine iudicio*) – o mesmo valendo para as medidas cautelares, considerando que a sua disciplina geral se encontra no Código de Processo Penal (CPP).

Quando narrada na peça acusatória, a infração penal em tese praticada passa a ser visualizada como um fato histórico, ou seja, como algo acontecido no passado e que deve ser, por isso mesmo, reconstruído ao decorrer do processo. A reconstrução dá-se por meio da prova, que tem justamente por objetivo convencer o magistrado acerca da materialidade e da autoria do delito.

No entanto, num Estado Democrático de Direito – como é o nosso (art. 1º, CF) – existem limites normativos à atividade probatória, principalmente à sua obtenção. Vale dizer, não se permite o emprego de meios ilícitos para alcançar-se uma determinada prova. A retornar-se àquela velha tônica de que os fins não justificam os meios. A vedação à prova ilícita encontra expresso amparo constitucional (art. 5º, LVI, CF) e legal (art. 157, CPP).

Diante disso, este ensaio objetivará elaborar um panorama da prova ilícita no direito processual penal brasileiro. Para tanto, o trabalho dividir-se-á em três entretítulos. No primeiro deles procurar-se-á diferenciar a prova ilícita da ilegítima e demonstrar as consequências legais dessa distinção. No segundo explicar-se-á o regime das provas derivadas das ilícitas no CPP. E, no terceiro, buscar-se-á esboçar algumas das repercussões do direito ao

silêncio à ilicitude probatória. Utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, de modo a fornecer alguns dos posicionamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem assim as críticas doutrinárias acerca do assunto.

## **1 A PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

A privação da liberdade e qualquer outra medida constritiva de direitos na seara penal ficam condicionadas à cláusula do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CF), que impõe a obrigatoriedade de os órgãos de persecução penal, tais como a Polícia e o Ministério Público, observarem as regras e princípios que delimitam os respectivos campos de atuação.

Dessa forma, a Constituição Federal expressamente consagrou a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito no processo (art. 5º, LVI), cujo dogma é uma das mais expressivas projeções concretizadoras do devido processo legal no plano do sistema de direito positivo brasileiro (BRASIL, 2007). Não à toa Paulo Ranguel (2014, p. 471) afirmar que “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato, e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”. Afinal, se é preciso garantir seja o processo devido, e nele se agrega prova ilícita, ele conseqüentemente se tornaria, numa negatização do termo, indevido, maculando a diretriz axiológica estatuída na Lei Maior.

Sempre que houver violação a norma de direito material ou processual para a obtenção de uma determinada prova esta se considerará ilegal. É preciso anotar, contudo, que a prova ilegal é gênero, do qual são espécies a prova ilícita e a prova ilegítima. Na primeira hipótese (prova ilícita), viola-se norma de direito material para a obtenção da prova, ao passo que, na segunda (prova ilegítima), a norma de direito processual é alvo de desrespeito. Mas, ressalta-se, a prova ilícita geralmente será processualmente ilegítima, tendo em vista que se estabelece, desde logo, uma sanção processual para o caso de ilicitude material – a inadmissibilidade (GRINOVER; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2009).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Utilizou-se, no texto, a expressão “geralmente” porque, na hipótese de prova ilícita *pro reo*, poderá ela ser admitida no processo, conforme será verificado mais adiante.

Em geral, as provas ilícitas são angariadas ainda na fase extraprocessual, conquanto também o possam ser durante o processo, mas sempre fora dele (LOPES JR., 2017). Exemplifica-se com o policial que adentra na casa de alguém à procura de objetos furtados sem autorização judicial ou inexistindo situação de flagrância: a busca e a eventual apreensão da *res furtiva*, nesse caso, serão eivadas de ilicitude, tendo em vista a prescrição constitucional que erige à moradia o *status* de direito fundamental, preservando a sua inviolabilidade (art. 5º, XI, CF). Daí o porquê de a obtenção da prova ilícita normalmente acarretar no cometimento de uma figura típica prevista como crime (BADARÓ, 2015).

Nesse ponto, deve-se dispensar certa atenção à *teoria do encontro fortuito de provas* ou da *serendipidade*. Tal teoria se relaciona àquelas situações nas quais se encontram, no regular cumprimento da investigação de certo crime, provas relativas a outra infração, que, segundo Renato Brasileiro de Lima, não estavam na linha de desdobramento normal da investigação. De acordo com o autor, a validade da prova ficará condicionada ao modo de realização da diligência: “se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida” (LIMA, 2016, p. 623).

Em termos exemplificativos: a) no cumprimento de mandado de busca de cheques furtados, no qual constava a autorização para a procura nas gavetas de armários, encontra-se certa quantidade de droga. Aqui, o encontro foi fortuito, autorizando a imediata prisão em flagrante, haja vista tratar-se de crime permanente, sendo a prova, ademais, plenamente válida; b) durante atos de interceptação telefônica para a apuração do crime de falsidade ideológica, descobrem-se elementos probatórios relacionados ao delito de fraude de licitação (art. 90, Lei nº 8.666/1993). Desde que a interceptação tenha sido devidamente autorizada, a prova do outro crime também será considerada válida (BRASIL, 2018).

Já as provas ilegítimas, por sua vez, geralmente são produzidas no âmbito da fase judicial. Poder-se-ia cogitar do exemplo da testemunha que traz o depoimento escrito, ao arrepio do que estatui o art. 204 do CPP. Também a testemunha que responda a perguntas que a induzam à resposta, mesmo depois de impugnadas pela parte adversa e, ainda assim, tenham sido admitidas pelo juiz, desencontrando-se, dessarte, da regra do art. 212 do CPP.

As consequências entre uma e outra são distintas, e isso decorre da confusa redação do art. 157 do Código de Processo Penal, que estatui, *verbis*: “São inadmissíveis, devendo ser

desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. É que o texto não deixou claro se a expressão “legais” abrange, concomitantemente, as normas materiais e as processuais.

Na doutrina, Guilherme de Souza Nucci (2016) encampou entendimento de que o art. 157 incorporou tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas, de tal forma que, uma vez verificada a ilegalidade, a prova deveria ser desentranhada dos autos. Outros autores, como Renato Brasileiro de Lima (2016) e Aury Lopes Jr. (2017), entendem que o dispositivo citado somente se refere às normas materiais e, portanto, à prova ilícita, deixando a cargo da teoria das nulidades o tratamento da prova ilegítima.

A segunda posição se encontra mais alinhada à teleologia do art. 157 do CPP, sobretudo em razão da (im)possibilidade de repetição da prova. Com efeito, como a prova ilícita vincula-se ao momento em que foi obtida, ou seja, externamente ao processo, não se admitirá a sua repetição, a exemplo de uma interceptação telefônica autorizada tão só com base em denúncia anônima. De outro lado, a prova ilegítima poderá ser refeita, uma vez que o defeito se dá na dimensão processual: cogita-se do caso em que a testemunha traga o depoimento por escrito e o não preste oralmente, omitindo-se o juiz a respeito e permitindo o ingresso do depoimento aos autos. Portanto, a prova ilícita deverá ser *desentranhada* dos autos, sem possibilidade de repetição, ao passo que a prova ilegítima deverá ser *declarada nula*, de maneira a permitir o refazimento do ato (LOPES JR., 2017).

A distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, se abstratamente bem demarcadas, na prática acabam por revelar-se, como destaca Gustavo Badaró (2015, p. 406-408), apagadas ou inseguras. Isso acontece porque há, em alguns casos, violações de normas constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte. O que permite uma dúplice leitura, enquanto garantia de proteção das liberdades públicas, de um lado, e regramento processual para a realização de um meio de prova ou de obtenção da prova, de outro. O autor exemplifica com a interceptação telefônica autorizada por juiz incompetente. No entanto, independentemente de considerar-se como uma violação a norma constitucional (liberdade das comunicações telefônicas) ou processual (não observância da competência) – distinção terminológica –, o que importa é verificar se houve uma violação ao ordenamento jurídico em si. De acordo com Badaró, não se nega a distinção clássica entre ilicitude e ilegitimidade, antes se amplia o seu campo de incidência. Assim sendo, busca-se “um conceito operacionalmente mais útil para a

finalidade de garantir o respeito às garantias constitucionais que asseguram direitos fundamentais, sejam de conteúdo material, sejam de natureza processual” (BADARÓ, 2015, p. 408).

## 2 AS PROVAS DERIVADAS DAS ILÍCITAS

Com o propósito de evitar expedientes antijurídicos, também devem ser inadmitidas as *provas derivadas das ilícitas* (art. 157, § 1º, CPP), entendidas estas como “os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeitos de repercussão causal” (LIMA, 2016, p. 613). Pode-se mencionar o exemplo da interceptação telefônica efetuada sem a autorização do Poder Judiciário, para investigar o delito “X”, a partir da qual são obtidas informações acerca da prática do crime “Y”: se, nesse caso, proceder-se à busca e apreensão em relação à última infração, a prova, aparentemente legal, será eivada de ilicitude, pois causalmente vinculada à interceptação telefônica desconforme à ordem jurídica.

No entanto, o dispositivo precitado faz duas ressalvas à prova ilícita por derivação, que poderão ser, por via de consequência, admitidas no processo, nos seguintes casos: *a)* quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras; ou *b)* quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. O nexos causal referido pela alínea “a” “representa a conexão, a dependência ou o liame entre as suas situações: ilicitude e licitude [...]. Trata-se de verificar se há elos com a anterior ilicitude, com entidade vinculante [...]” (GIACOMOLLI, 2008, p. 43).

Houve decisão do STJ (BRASIL, 2017) que não reconheceu o nexos de causalidade na seguinte situação (com as devidas adaptações): policiais abordaram um adolescente e, sem autorização, bisbilhotaram o seu celular, encontrando uma fotografia com o púbere portando uma arma. Diante disso, questionaram-no acerca da origem desse objeto, tendo o menor revelado que ele pertencia a traficantes, levando os agentes de segurança, ademais, ao local em que aqueles estavam. Lá chegando, encontrou-se uma pessoa portando a arma de fogo, sendo, então, presa em flagrante. Nesse caso, de acordo com o STJ, não se evidenciou o nexos causal entre a prova ilícita – obtida mediante violação ao sigilo de comunicação – e a prova

testemunhal (manifestação voluntária do adolescente), autônoma em relação àquela, de tal forma que não houve ilegalidade na prisão e na posterior condenação do traficante.

Em relação à alínea “b”, o § 2º do art. 157 do CPP procurou definir fonte independente como “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”. De acordo com Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (2009, p. 133), nesse dispositivo “o legislador estabeleceu um conceito normativo de fonte independente que subverte não só aquela ideia original, mas também coloca em risco a própria finalidade da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior”. Acrescentam os autores que isso “abre portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada”. Gomes Filho exemplifica:

Pense-se, como exemplo extremo, numa confissão obtida mediante tortura e na qual o suspeito indique o local em que se encontra uma prova documental. Realizada uma busca e apreensão, com mandado judicial e com observância de todas as formalidades, o documento é apreendido. Segundo o entendimento consagrado a respeito da inadmissibilidade da prova derivada, essa segunda prova será também ilícita, uma vez que tem como causa uma grave violação de direito fundamental. [...] Mas, pelo que se depreende do texto do § 2.º introduzido pela Lei 11.690/1008, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera possibilidade disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5.º, LVI (GOMES FILHO, 2010, p. 404-405).

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 617) adverte que o regramento quis se referir não propriamente à *teoria da fonte independente*, mas, sim, à *teoria da descoberta inevitável*. Para essa teoria, “caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida”. Além disso, complementa o autor, “sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável”, não bastando um juízo do possível. O *leading case* da mencionada teoria apareceu na jurisprudência estadunidense, como informa Aury Lopes Jr.:

Já a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) foi utilizada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. No caso em julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca,

a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova (LOPES JR., 2017, p. 403).

Nessa hipótese, há uma espécie de curso causal hipotético, cuja admissibilidade fica condicionada à alta probabilidade de ocorrência – a fonte lícita conduziria com segurança ao resultado pretendido –, “em razão de circunstâncias fáticas demonstradas concretamente, pois uma vez aceita a descoberta inevitável, a prova será admitida” (GIACOMOLLI, 2008, p. 47). De acordo com Nereu José Giacomolli (2008, p. 47), para descobrir a inevitabilidade da descoberta faz-se a seguinte indagação: “a tese da acusação acerca dessa situação é teórica ou possui uma base real? Quando se começa a dizer ‘podia’, ‘se fizesse’, não há base concreta e demonstrável e a prova é inadmissível”. Em complemento, Scarance Fernandes (2010, p. 88) afirma ser imprescindível conferir orientação restritiva aos preceitos, de modo a admitir “a exclusão da contaminação da prova derivada, quando existam duas linhas de investigação, uma lícita e outra ilícita, e, apesar de se atingir a prova derivada pela ilícita, seria necessariamente alcançada a mesma prova por aquela lícita”.

Para Aury Lopes Jr. (2017, p. 406), a disciplina adotada pelo art. 157 do CPP “conduz ao enfraquecimento excessivo, quase erradicação, da doutrina dos frutos da árvore envenenada, retirando a eficácia da garantia processual e constitucional”. Além disso, prossegue, “constitui mais um exemplo de expansão do espaço impróprio da subjetividade que permite ao juiz/tribunal afirmar ou não a existência da conexão de ilicitude apenas com uma boa retórica”. Tudo isso geraria, então, “tratamento desigual para situações jurídicas iguais, antidemocrático e fomentador de imensa insegurança jurídica”. Em crítica ao mencionado dispositivo, Nereu Giacomolli (2008, p. 48-49) anteviu que as regras excludentes da prova ilícita “servirão de canais à contaminação de um processo penal republicano, ético, com todas as garantias legais”. Os dois princípios seriam, acrescenta o autor, incompatíveis com a problemática processual brasileira.

Seguindo a análise legal da prova ilícita – obviamente que sem perder de vista a importância e o acerto das críticas lançadas –, o art. 157, § 3º, do CPP determina que, “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será



inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”.<sup>3</sup> Em tese, a inutilização acarreta na destruição da coisa, “salvo nas hipóteses em que a prova pertencer licitamente a alguém, e/ou nos casos em que a prova ilícita constituir-se em corpo de delito em relação a quem praticou o crime para obtê-la” (LIMA, 2016, p. 628), ou, ainda, quando puder ser utilizada *pro reo* e a defesa requerer a sua conservação (GIACOMOLLI, 2008).

No mais, frise-se que andou mal o veto presidencial ao § 4º do art. 157 do CPP, mantido pelo Congresso Nacional, que dispunha que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Nas razões do veto, justificou-se a necessidade de maior celeridade e simplicidade, bem assim que o dispositivo poderia causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que conduziu toda a instrução processual deva ser substituído, eventualmente, por outro que sequer conhece do caso.

Entretanto, o juiz que teve contato com a prova ilícita já efetuou um pré-julgamento, calcado em pré-conceitos, vinculado à pretensão acusatória deduzida em juízo, ainda mais na hipótese em que tiver indeferido pedido de desentranhamento. Bem adverte Aury Lopes Jr. (2017, p. 408) que “não basta desentranhar a prova; deve-se ‘desentranhar’ o juiz!”. Fosse assim, facilitar-se-ia o acesso a um modelo acusatório de processo, atento aos direitos e garantias fundamentais; do jeito como ficou, apenas houve um reforço à mentalidade inquisitiva do diploma persecutório.

Acentua-se, ademais, que a prova ilícita pode ser admitida e valorada caso venha a beneficiar o réu, de forma a evitar condenação injusta. Imagine-se o exemplo do acusado que ingresse clandestinamente na residência de terceiro e encontre documento que prove a sua inocência. Há, *in casu*, violação ao direito à moradia, que mancharia com ilicitude a prova. Entretanto, o réu agiu em estado de necessidade, conduta amparada pelo Direito e que retira o caráter ilícito do fato, podendo, ainda, argumentar-se pela inexigibilidade de conduta diversa, que excluiria a culpabilidade do sujeito (LOPES JR., 2017; RANGEL, 2014). Tem-se, aqui, manifestação do princípio da proporcionalidade, privilegiando o direito à liberdade em detrimento da inadmissibilidade da prova ilícita (GOMES FILHO, 2010): hierarquiza-se

---

<sup>3</sup> Entretanto, inexistente procedimento específico disciplinando o § 3º do art. 157 do CPP. Dessa forma, “caberá ao juiz inventá-lo, seguindo os princípios gerais de processo: deve permitir a manifestação das partes sobre a licitude ou ilicitude da prova, permitir a produção de prova sobre as razões da alegada ilicitude e permitir, também, nova manifestação após colhidas as provas decidindo em seguida” (GRECO FILHO, 2010, p. 191).

axiologicamente a liberdade como vetor superior num tal caso (semelhante à proposta de FREITAS, 2010).

Em arremate, um processo que se pretenda democrático não pode guiar-se pela pretensa busca de uma verdade real, verdade esta meramente ilusória. Um trilhar dessa maneira acarretaria consequencialismos nocivos aos direitos e garantias fundamentais. Mesmo assim, alguns autores ainda permanecem apegados à mentalidade inquisitória da verdade real, incrustada na base ideológica do nosso CPP. Fernando de Almeida Pedroso (2005, p. 170), por exemplo, sustenta que, “se o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real [...], crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, há de ser aceita”. O autor ilustra da seguinte forma:

Suponha-se, exemplificativamente, que o réu de determinado processo possua um diário íntimo, no qual registre e relate os atos marcantes de sua vida. Suponha-se, outrossim, que esse diário lhe tenha sido subtraído pela autoridade policial, ou tenha sido objeto de busca e apreensão ilegais, encontrando-se, assim, acostado aos autos do processo-crime instaurado. E suponha-se, ainda, que, na data do crime irrogado ao acusado, encontre-se em seu diário a descrição pormenorizada do delito, que pelo imputado é em Juízo negado. Em tal conjuntura, e concluindo o exame grafotécnico ser de seu punho a matéria escrita e confessando o acusado pertencer-lhe o diário, deveria ser a prova nele estampada rotulada como inadmissível porque obtida ilicitamente, absolvendo-se o réu da acusação em total antagonismo com a verdade apurada? Temos que para nós imponha-se a resposta negativa. Em espécie tal, o acusado há de ser condenado, pois revelada a verdade real pela prova ilícita, devendo a autoridade que agiu contra o direito ser criminalmente responsabilizada pelo crime perpetrado (PEDROSO, 2005, p. 175-176).

Os argumentos são despiciendos e representativos de uma retórica punitivista em desacordo com a Constituição Federal. Como poderia, no exemplo, admitir-se tal prova no processo, se a sua obtenção foi escancaradamente ilícita? Além disso, de que forma uma simples folha de papel com alguns escritos poderia conduzir ao convencimento do magistrado? Como poderia chegar-se à conclusão de que foi o réu que realmente colocou em marcha o suposto plano criminoso ali estampado? Ora, se tantas dúvidas existem, a regra probatória extraída da presunção de inocência impõe a absolvição do acusado. E nem se há de justificar que a obra do autor seja anterior às reformas processuais de 2008, até porque a própria Constituição Federal assegurou a inadmissibilidade das provas ilícitas, conforme destacado ao longo do texto. Desprezá-la significa retirar a eficácia dos direitos fundamentais, que deveriam ter, em tese, aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF).

Com efeito, o Estado Democrático de Direito estabelece limites ao poder punitivo, estipulando diretrizes que devem ser obrigatoriamente seguidas, sob pena de ele, o Estado, também cometer ilegalidades e afundar ainda mais o plexo de direitos e garantias estatuídos na Lei Maior. O objetivo do processo penal não deve ser o de alcançar a verdade real, mas, sim, o de procurar reconstruir um fato histórico mediante a observância das normas constitucionais – *instrumentalidade constitucional*, para que, a partir das provas lícitamente angariadas, o juiz possa motivar o seu convencimento e, assim, proferir a respectiva sentença.

### 3 O DIREITO AO SILÊNCIO

De acordo com a máxima interpretativa do *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio. O direito ao silêncio é corolário do vetor estampado e ganha corpo no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, que assim dispõe: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Para Vicente Greco Filho, por exemplo, o *nemo tenetur se detegere* decorre do princípio da presunção de inocência, este que

[...] tem diversos desdobramentos processuais, entre os quais o de que o ônus da prova dos elementos do crime é da acusação, o de que o silêncio não pode ser entendido como confissão ficta, o de que ninguém pode ser compelido a participar de reconstituição de fato delituoso ou de que lhe seja exigido qualquer comportamento que possa, por exemplo, levar à produção de prova negativa, como submeter-se ao exame de alcoolemia ou colheita de sangue ou outro tecido para qualquer perícia com a qual não concorde, inclusive o DNA (GRECO FILHO, 2010, p. 58).

A leitura apressada do art. 5º, LXIII, da CF, poderia dar a entender que o direito ao silêncio somente se estende ao *preso*. Por isso se revela necessário interpretar-se extensivamente a carga semântica do preceito, no sentido de abranger não só o preso, mas todo aquele ao qual se imputa a prática de uma infração penal e em qualquer momento, seja na fase investigatória, seja na fase processual. Portanto, a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (BRASIL, 2008).

De todo o modo, da exegese da norma, mediante interpretação até mesmo literal, é possível extrair um *direito à informação*: antes da realização de qualquer ato que tenha o condão de incriminar o sujeito passivo da relação processual, deve-se adverti-lo acerca do

direito de negação abrangido pelo *nemo tenetur se detegere* e que o fato de permanecer calado, ou de não colaborar na atividade probatória, não poderá acarretar-lhe prejuízos. Destarte, quando da extração de informações ou do interrogatório do imputado, deve a autoridade que proceder à coleta advertir o preso do direito ao silêncio e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas (art. 186, *caput*, CPP), sob pena de a eventual confissão ser enodada de ilicitude, com o conseqüente desentranhamento dos autos.

Além do mais, ainda que para o imputado seja um direito, para a autoridade revela-se como um *dever de esclarecer*, de tal forma que a respectiva inobservância representa inegável ilegalidade (LIMA 2016). Não por razão diversa o STF (BRASIL, 1999) já ter decidido que, “ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas”.

Com efeito, a “busca pela verdade” não deve desvirtuar o núcleo pulsante dos direitos e garantias constitucionais estendíveis ao processo penal. Afinal, a confissão, diferentemente do modelo inquisitivo, não mais é a “rainha das provas”, tampouco pode embasar, por si só, uma condenação, constituindo dever de o juiz confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre elas existe compatibilidade ou concordância (art. 197, CPP).

Dessa forma, o direito ao silêncio desdobra-se em três variantes: *a)* direito de permanecer calado, facultando ao interrogando a não responder às perguntas efetuadas pela autoridade (autodefesa passiva); *b)* direito de não ser constrangido a confessar a prática da infração penal; *c)* inexigibilidade de dizer a verdade, significando que o interrogando pode negar a prática da infração penal, inclusive alterando a verdade (autodefesa ativa) (LIMA, 2016).

Deve-se ter certa cautela, contudo, em relação à alínea “c” do parágrafo anterior, tendo em conta que a jurisprudência do STF comunga do entendimento de que, caso o preso venha a identificar-se com nome falso à autoridade, com o objetivo de ocultar seus maus antecedentes, cometerá o crime de falsa identidade (BRASIL, 1995). No mesmo sentido a pacífica jurisprudência do STJ, conclamada no enunciado sumular nº 522: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

## CONCLUSÃO

É por intermédio da prova que o juiz poderá convencer-se, ou não, da materialidade e da autoria delitivas. No entanto, a atividade probatória deve respeitar as disposições relativas ao devido processo legal. Uma delas, expressamente consignada na CF, é a inadmissibilidade das provas ilícitas. A prova ilícita é a obtida mediante a violação de normas constitucionais ou legais. A prova ilegítima, por sua vez, é a obtida mediante a violação de normas de direito processual. As consequências legais para uma e outra são diferentes. A prova ilícita está sujeita ao regime da inadmissibilidade, devendo ser desentranhada dos autos. Já a prova ilegítima está sujeita ao regime das nulidades, devendo ser refeita.

Também as provas derivadas das ilícitas são consideradas inadmissíveis, haja vista que a segunda – prova derivada – está contaminada pelo vício de ilicitude originário. Contudo, o CPP excetua a regra no caso de não restar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Por fonte independente a lei entendeu 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. A redação proposta pelo legislador não foi das mais felizes, o que levou boa parte da doutrina criticá-la pelo fato de sua demasiada extensão, de maneira a enfraquecer a teoria da prova ilícita derivada.

Por fim, o direito ao silêncio apresenta-se como um cânone interpretativo de máximo relevo em se tratando de provas ilícitas. Afinal, a qualquer pessoa que se impute um fato tido como criminoso deve assegurar-se o direito de permanecer calada e de não participar de atos que possam incriminá-la. Desse modo, à autoridade que realizar a inquirição do imputado incumbe o dever de esclarecê-lo desse direito. Se assim não proceder, a prova obtida em violação ao direito ao silêncio será considerada ilícita e, doravante, também o serão as que dela causalmente derivarem.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. STJ. **AgRg no REsp nº 1.717.551/PA**. Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento: 24/05/2018. Publicação: 30/05/2018.

\_\_\_\_\_. STJ. **HC nº 378.374/MG**. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 14/03/2017. Publicação: 30/03/2017.

\_\_\_\_\_. STF. **HC nº 72.377/SP**. Segunda Turma. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 23/05/1995. Publicação: 30/06/1995.

\_\_\_\_\_. STF. **HC nº 78.708/SP**. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 09/03/1999. Publicado em: 16/04/1999.

\_\_\_\_\_. STF. **HC nº 95.009/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 06/11/2008. Publicação: 19/12/2008.

\_\_\_\_\_. STF. **RHC nº 90.376/RJ**. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 03/04/2007. Publicação: 18/05/2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. Malheiros Editores, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 85, p. 393-410. São Paulo. Julho/Agosto de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antonio. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.