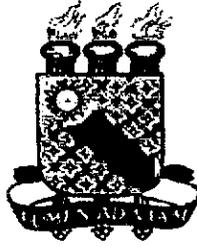


343.434  
T877p  
(S480)  
(T660)



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ**  
**EDUARDO TSUNODA**

**A PROVA ILÍCITA E O PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE**

**FORTALEZA – CEARÁ**  
**2007**

Eduardo Tsunoda

## A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Ms. Silvia Lúcia Correia Lima

Fortaleza – Ceará

2007



**Universidade Estadual do Ceará - UECE**

Centro de Estudos Sociais Aplicados – *CESA*

Coordenação do Programa de Pós-Graduação – *Lato Sensu*

## COMISSÃO JULGADORA

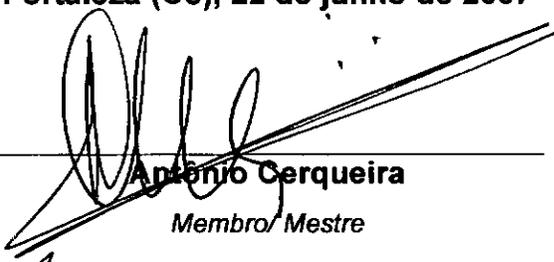
### JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Eduardo Tsunoda  
Monografia: A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade  
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal  
Resolução: 2516/2002 – CEPE, 27 de dezembro de 2002  
Portaria: 46/2007  
Data de Defesa: 22/06/2007

Fortaleza (Ce), 22 de junho de 2007

  
\_\_\_\_\_  
**Silvia Lúcia Correia Lima**  
*Orientadora/Presidente/Mestre*

  
\_\_\_\_\_  
**Antônio Cerqueira**  
*Membro/Mestre*

  
\_\_\_\_\_  
**Marcus Vinícius Amorim de Oliveira**  
*Membro/Mestre*

## RESUMO

A presente monografia tem por objeto o estudo da admissibilidade da prova ilícita no processo penal. Analisa inicialmente o conceito, os sistemas, os princípios que regem, a prova como um direito, para depois estudar a prova ilícita no processo penal e as dela derivada, as correntes doutrinárias e jurisprudenciais pela admissibilidade e da inadmissibilidade, e ao final aborda aplicação do princípio da proporcionalidade. Aborda a problemática da inadmissibilidade absoluta e da admissibilidade absoluta, quer em favor da sociedade, quer em favor do réu, e o risco da produção de resultados injustos, bem como enfoca a proporcionalidade para relativização da garantia constitucional.

Palavras-Chave: Prova Ilícita. Processo Penal. Proporcionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>1 DA PROVA .....</b>	<b>09</b>
<b>2 DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS .....</b>	<b>15</b>
<b>3 DOS PRINCÍPIOS REGENTES DA PROVA NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>20</b>
<b>4 DO DIREITO À PROVA.....</b>	<b>25</b>
<b>5 DA PROVA ILÍCITA .....</b>	<b>29</b>
<b>6 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO .....</b>	<b>41</b>
<b>7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E PROVA ILÍCITA .....</b>	<b>47</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>58</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar a problemática da admissibilidade ou da inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, nosso legislador pátrio estampou a inadmissibilidade da prova ilícita como um direito fundamental, no artigo 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”.

Ocorre que a inadmissibilidade pura e simples gera por vezes situações em que as próprias liberdades públicas são postas a risco, pelo que o princípio da proporcionalidade vem exatamente a suprir a deficiência no sistema jurídico.

As liberdades públicas não podem servir a salvaguarda de práticas ilícitas, nem mesmo a pretensão de supostamente, preservá-los, sob pena de ineficácia do ordenamento sistema jurídico.

A prova apresenta-se como o centro do instrumento que é o processo, sendo a razão de ser do devido processo legal. É através da prova que as partes exercem o direito a ampla defesa e o contraditório.

É a prova o momento processual adequado das partes influírem na decisão do julgador, fornecendo os subsídios necessários para formação de sua convicção.

Por estes motivos, que iniciamos o presente trabalho, estudando a prova, os meios de prova, os destinatários da prova, a finalidade e o objeto.

A seguir torna-se indispensável estudar os sistemas de avaliação das provas e os princípios aplicáveis.

A prova, por outro lado, constitui-se em um direito fundamental, vez que estabelecida a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o direito à prova torna-se indispensável ao exercício de todas estas, senão o processo seria palco apenas de discussões sem qualquer fundamentação fática, pelo que tal circunstância será discorrida oportunamente.

No entanto, o direito à prova encontra limites, dentre eles a inadmissibilidade da prova ilícita, a qual vem estabelecida na própria Constituição Federal, constituindo-se em uma garantia indispensável para assegurar um verdadeiro Estado de Direito.

A prova ilícita se apresenta importante com o crescente aumento da criminalidade e a sua organização e, pelo outro lado a ineficiência estatal em manter a segurança pública.

Contribui para este quadro o desenvolvimento acentuado da tecnologia, a qual permite a violação da intimidade alheia.

A criminalidade e a ineficiência estatal são discorridas por AVOLIO (2003: 23), o qual explica:

Minado pela acumulação de tarefas, o inchaço da máquina burocrática, a corrupção administrativa, e o distanciamento, cada vez maior, do indivíduo em relação aos centros de poder o Estado contemporâneo mostra-se incapaz de desempenhar as suas atribuições mais inerentes, tais a manutenção da segurança da coletividade e a distribuição da justiça, especialmente através da persecução penal. A criminalidade dos grandes centros urbanos toma proporções de uma velada guerra civil, em que se digladiam poderosas organizações criminosas. Entre a apatia da sociedade (caracterizada por uma generalizada descrença na Justiça e no Parlamento) e a ineficiência do Estado (agravada pelo descompasso no paralelismo processo-Constituição) instala-se o que poderíamos denominar de uma 'atual crise da Justiça'. Que se distingue pela ineficiência dos mecanismos repressivos, conduzindo a uma vexatória e ameaçadora impunidade dos infratores, em todos os níveis da sociedade.

Diante desta problemática, passou-se a questionar a admissibilidade da prova ilícita, em face do princípio da proporcionalidade.

Estudaremos no capítulo da prova ilícita, a questão da denominação, a relação da inadmissibilidade e os princípios que regem o direito à intimidade, o sigilo das comunicações, a integridade e a imagem das pessoas, a classificação em provas ilegítimas, ilegais e ilícitas.

Veremos, ainda, os efeitos da produção de uma prova ilícita e ilegítima no processo penal, bem como as correntes acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas.

No sexto capítulo veremos a questão da prova ilícita por derivação e o desenvolvimento da questão perante o Supremo Tribunal Federal, para após estudarmos o princípio da proporcionalidade e a relação com as provas ilícitas, observando a aplicação *pro reo* e *pro societate*.

Dentro deste contexto pretende o presente trabalho realizar um breve estudo acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita, face ao princípio da proporcionalidade.

## 1 DA PROVA

Antes de iniciarmos o breve estudo acerca da prova ilícita e o princípio da proporcionalidade, necessário se faz escrevermos algumas linhas sobre prova.

Ensinam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2002: 347), que Prova é "o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz, a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo".

Por sua vez, SANTOS (1995: 258) trata a prova em dois sentidos, no sentido objetivo e subjetivo, *in verbis*:

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Não pode ser imoral, ilegítima ou ilegal. No *sentido objetivo*, são os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. No *sentido subjetivo*, é a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou não dos fatos. Esta se forma do conhecimento e ponderação daquela. *Prova judiciária* é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.

Provar é demonstrar, formar um juízo de valor no processo. No sentido jurídico, provar é utilizar dos meios postos para demonstrar a veracidade de um determinado acontecimento relevante ou ato, o qual está direta ou indiretamente relacionado com a lide.

A prova se circunscreve na demonstração daquilo que as partes postulam quer pela pretensão, quer pela resistência.

A finalidade da prova é a busca da verdade e especialmente no processo penal é a busca pela apuração de um determinado acontecimento que pode ou não ser criminoso, conforme o resultado que esta produzirá.

A prova no processo penal buscará a materialidade e a autoria do crime, quer afirmando-a, quer negando-a, seja em parte ou no todo.

O destinatário das provas produzidas no processo é o juiz, o qual formará sua convicção livremente, no entanto, ao decidir deverá necessariamente fundamentar sua decisão nas provas produzidas, não podendo decidir com fundamento diverso, sob pena de nulidade.

TOURINHO FILHO (2000: 220) afirma que:

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tomar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma.

O objeto da prova são os fatos sobre o qual versa a lide, pois sendo o juiz o destinatário das provas e aplicando-se a máxima "*jure novit curia*", outra conclusão não é possível.

A máxima encontra limite, por analogia, no disposto no artigo 337 do Código de Processo Civil "Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz."

Apenas os fatos pertinentes podem ser objeto de prova, entendendo-se aqueles que tenham relação direta ou indireta sobre o fato criminoso questionado. Toda e qualquer produção de prova impertinente deve ser coibida de plano pelo juiz, o qual cabe a direção do processo.

Por outro lado, há fatos que dispensam produção de provas, são eles, os fatos intuitivos ou evidentes, os fatos que são presumidos pela própria lei (presunções legais), os fatos inúteis e os fatos notórios.

Os fatos intuitivos segundo ARANHA (2006: 27), são “as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento” e dispensam a produção probatória.

As presunções legais, na lição do mencionado autor, “são conjecturas inferidas pela lei como consequência indireta da reiteração de fatos que, pelo seu suceder contínuo, levam a uma conclusão certa”.

Os fatos inúteis são todos aqueles que não tem o mínimo condão de influenciar na decisão da lide.

Os fatos públicos e notórios dispensam provas no processo penal, mas os incontroversos devem ser comprovados, vez que se tratando de direitos indisponíveis a confissão não é prova absoluta, como ocorre no processo civil, motivo pelo qual, não há a possibilidade do depoimento pessoal no processo penal e a recusa no interrogatório não importa em uma confissão ficta dos fatos.

No processo penal a prova está disciplinada, no plano infraconstitucional, principalmente, no Livro I, Título VII do Código de Processo Penal, havendo

dispositivos relacionados ao momento da produção e sua disciplina em outros títulos do Código e em leis esparsas.

Na Constituição Federal, a prova encontra íntimo relacionamento com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, conforme disposto no artigo 5º, incisos LV e LVI do referido diploma legal.

Logicamente, há muitos outros dispositivos relacionados com a prova a ser produzida no processo, no entanto, os destacados demonstram-se importantes para o presente estudo.

Via de regra, o momento onde há maior incidência da produção da prova é durante a instrução criminal.

No entanto, extraordinariamente, no processo penal, a prova é produzida, antes mesmo de ser proposta a ação (denúncia ou queixa) pelos próprios órgãos estatais, vez que o Estado monopolizou a atividade de polícia judiciária.

Entretanto, a produção antecipada das provas não gera nenhum prejuízo ao réu, vez que esta terá a mais ampla possibilidade de contrariá-las e produzir outras provas em sua defesa, sendo estes direitos constitucionalmente garantidos pela Constituição Federal.

Tais direitos são um dos pilares do nosso direito processual penal, constituindo-se em princípios. São eles os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Os atos de instrução, segundo a doutrina, compreendem os atos instrutórios e as alegações. A instrução deve comprovar o fato para aplicar a norma legal adequada.

Para que a prova seja admitida no processo, inicialmente, cabem as partes a propositura.

Via de regra, os momentos adequados para a propositura da prova são: a) o oferecimento da denúncia ou queixa-crime; b) da defesa prévia; c) do libelo ou da contrariedade; d) na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, desde que se tratem de fatos supervenientes e apurados durante o transcorrer da instrução.

Com relação a este último item, trago a colação posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

*As diligências que a acusação e a defesa poderão requerer no prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, são aquelas cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução e na simplesmente referidos, sem maior ressonância nas provas dos autos e sem qualquer ligação com o delito (ACrim 48.733. TACrimSP, Rel. Valentim Silva).*

Os meios ou instrumentos da prova são todos aqueles regulamentados pelo código, chamadas de provas nominadas, sem prejuízo da possibilidade de se produzirem outras, desde que não vedadas pela lei, denominadas provas inominadas.

Parafraseando SANTOS (1995), a prova tem três momentos processuais. São eles: a proposição, a admissão e a produção. Prossegue o autor, afirmando que a proposição é via de regra, ato da parte, a admissão é ato do juiz, a produção é um ato conjunto das partes e do juiz.

No mesmo sentido a lição de AVOLIO (2003: 80), *in verbis*:

Cumprе recordar, em primeiro lugar, a distinção entre os momentos processuais da prova, requerimento (pelas partes), admissão (juízo de admissibilidade pelo juiz), introdução (do meio probatório) ou produção da prova e valoração (momento final de decisão, em que a prova deve ser valorada para efeito de decisão).

## 2 DOS SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Existem três sistemas de provas, quais sejam: a) sistema da prova legal ou tarifada, b) sistema da livre convicção e c) da persuasão racional.

No sistema de prova legal ou tarifada, as provas possuem um valor pré-determinado pelo legislador, inexistindo margem para que o juiz proceda a um juízo de valor de acordo com sua convicção. As provas são escalonadas e possuem uma hierarquia clara e rígida. Deve o julgador apenas seguir uma tabela. Esta fase de avaliação das provas surgiu, segundo a doutrina, porque era adotado o sistema inquisitivo e por este motivo, desconfiava-se muito do juiz.

Tal sistema teve origem nas ordálias e no rigoroso direito germânico. As ordálias eram os juízes ou julgamento por Deus, cuja origem remonta ao período primitivo e consistiam principalmente em submeter o acusado a provas quase impossíveis de serem cumpridas, sendo que caso fosse inocente, Deus o protegeria e deixaria que saísse vivo.

Pelo sistema da prova legal ou tarifada, a confissão apresenta-se como a de maior relevância, sendo elevada a rainha das provas e, por outro lado, a existência de uma única testemunha era insuficiente para condenação do réu. Portanto, cada prova já tem seu valor estabelecido na própria lei, cabendo ao julgador apenas analisar quem possui provas de maior valor, transformando o juiz em um mero chancelador da vontade do legislador.

Colaciono a lição de SANTOS (1995: 382)

No sistema da prova legal, a instrução probatória destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedindo de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal.

Em sentido absolutamente oposto, no sistema da livre convicção o juiz aprecia a prova, conforme a sua consciência, não precisa, necessariamente, observar as provas produzidas, devendo o julgador tomar a decisão, mais justa para solução da causa. A principal crítica a este sistema é a possibilidade de arbitrariedades por parte do julgador.

Por sua vez, neste sistema, legislador deixa ao arbítrio do juiz a indagação dos fatos e a apreciação das provas. Deve o juiz respeito apenas a sua consciência, podendo decidir a causa com base em elementos externos ao processo.

A verdade do processo era resultado da pura convicção do magistrado, não só das provas obtidas no processo, mas também aqueles oriundos do seu conhecimento pessoal ou de suas próprias impressões, podendo até mesmo repelir as provas produzidas ordinariamente pelas partes.

Um resquício deste sistema no processo penal brasileiro é o tribunal do júri. No tribunal do júri os jurados não precisam fundamentar sua decisão nas provas produzidas nos autos, apesar da decisão poder ser revista e anulada em fase de recurso.

No entanto, no caso de um segundo julgamento, a aplicação do sistema será plena, eis que, ainda que a decisão seja manifestamente contrária a prova dos autos, a lei processual veda um segundo recurso.

O sistema do livre convencimento motivado, também é denominado da *persuasão racional*, da *livre apreciação da prova* ou da *prova livre*, o qual determina que o juiz ao decidir a causa aprecia livremente a prova produzida, porém deve fundamentar sua decisão com base exclusivamente nos elementos produzidos e contidos nos autos. Não pode o magistrado servir-se de elementos externos ao processo, suas impressões pessoais somente serão válidas se fundamentada nas provas produzidas.

O sistema mais moderno e eficiente é o do livre convencimento motivado, onde o julgador é livre para apreciar a prova e o fato, desde que fundamente sua decisão nas provas lícitamente produzidas nos autos.

A prova nos autos é produzida não apenas para o juiz da causa, mas para as partes como garantia de uma decisão justa, bem como para outros julgadores que venham atuar em sede de recurso.

O Superior Tribunal de Justiça apreciando recurso em mandado de segurança, onde a prova fora questionada ilícita, assim decidiu utilizando como argumento o princípio do livre convencimento motivado:

CRIMINAL. RMS. BUSCA E APREENSÃO. PROVA ILÍCITA. ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA DE PRONTO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. LEGALIDADE DA DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. O mandado de segurança constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como as alegações de que a decisão que determinou a busca e apreensão na residência de no escritório do recorrente estaria fundamentada exclusivamente em prova ilícita, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade. A busca e apreensão, como meio de prova admitido pelo Código de Processo Penal,

deverá ser procedida quando houver fundadas razões autorizadoras a, dentre outros, colher qualquer elemento hábil a formar a convicção do Julgador. Não há qualquer ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão na residência de no escritório do recorrente, se esta foi proferida em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado, visando a assegurar a convicção por meio da livre apreciação da prova. Não obstante ser cabível a utilização de mandado de segurança na esfera criminal, deve ser observada a presença dos seus requisitos constitucionais autorizadores. Ausente o direito líquido e certo, torna-se descabida a via eleita. (ROMS nº 7691/DF, STJ, 5ª T, Rel. Min. Gilson Dipp, D.J. 03.06.02, negado provimento, unânime)

A doutrina é uníssona no sentido que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal é o livre convencimento motivado, eis que o dispõe o artigo 157 do referido diploma que: "Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova". E o artigo 93, IX da Constituição Federal dispõe que:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(....)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;" (grifo nosso)

SANTOS citado por ARANHA (2006: 82) ensina que:

Se assim, do ponto de vista lógico, é o sistema da persuasão racional o que conduz ao mínimo de possibilidade de erro, em face da necessidade que se impõe ao juiz da motivação da convicção – e já se encara a questão do ponto de vista político – sem dúvida fica assegurada, ainda, a redução daquelas possibilidades elo fato de se submeter a apreciação judicial à crítica da sociedade, satisfazendo-se o requisito da sociabilidade da convicção, o que corresponde ao máxima de garantia da excelência da verdade declarada na sentença (...) Além do que, o sistema da persuasão racional não escraviza o juiz, contrariando a consciência nele formada pelas provas, característica do sistema da prova legal, nem arvora em poder discricionária, inatingível e indomável, apanágio do sistema da livre convicção.

Por outro lado, existem resquícios do sistema da prova legal ou no Código de Processo Penal, o primeiro é a exigência do artigo 155, que determina que a prova, quanto ao estado das pessoas, deve ser observada as restrições estabelecidas pela lei civil.

O segundo caso é a exigência do artigo 158 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que é indispensável o exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígio, não podendo suprir a confissão do acusado, sendo que a falta gera nulidade absoluta, conforme artigo 584, III, "b" da mesma lei.

A única ressalva ocorre quando é impossível a sua realização, por haverem desaparecido os vestígios. Neste caso a prova testemunhal, poderá supri-la, conforme dispõe o artigo 167 do mencionado diploma legal.

Portanto, diante do exposto, verifica-se que o sistema de provas adotado pela legislação processual penal brasileira é o da persuasão racional, havendo alguns casos em que se adotou o sistema da livre convicção e da prova legal.

### 3 DOS PRINCÍPIOS REGENTES DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A prova deve ser produzida de acordo com a lei e obedecendo aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da inadmissibilidade das provas ilícitas, merecendo acrescentar outros dois: os da verdade real e do livre convencimento motivado, aquele incluído na Constituição de forma implícita, e este já discorrido no capítulo anterior.

ARANHA (2006), arrola outros cinco princípios não mencionados: o da auto-responsabilidade das partes, da comunhão das provas, da oralidade, da concentração e da publicidade. Pelo princípio da auto-responsabilidade, cada parte é responsável pela busca das provas que comprovam suas alegações e a prova uma vez admitida no processo, serve a ambos litigantes (princípio da comunhão). Já pelo princípio da oralidade e da concentração, a prova produzida deverá predominantemente ser oral e realizada em uma única audiência. Finalmente, pelo princípio da publicidade, os atos judiciais devem, via de regra, ser públicos e excepcionalmente deve haver segredo de justiça, sendo que este consiste na limitação da possibilidade de assistir ao ato judicial ou compulsar os autos a uma categoria restrita de pessoas, com o fim de garantir a ordem pública, evitar escândalo ou inconveniente grave, conforme dispõe o artigo 792, §1º, do Código de Processo penal

Os princípios do contraditório e da ampla defesa vêm estampados no disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, *in verbis*: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

Decorrem de tais princípios, o princípio da igualdade, garantindo-se aos litigantes iguais possibilidades de influírem na decisão judicial, quer produzindo provas, diga-se de passagem, lícitas, quer dando-se oportunidade de cada qual poder contrariar as provas e as argumentações da parte contrária, bem como de terem a mais ampla defesa.

Colaciono jurisprudência sobre o tema:

Pena de nulidade, o processo-crime há de ser discutido sob o aspecto do contraditório, assegurando-se às partes o direito de manifestação sobre qualquer documento juntado aos autos. (JTACrim, 59:190)  
Prova. Princípio do contraditório. Toda prova criminal deve ser produzida com a interferência e a possibilidade de oposição pela parte a que possa prejudicar, pois o princípio do contraditório é de aplicação imperativa, abrangendo, inclusive, aquela de iniciativa do juiz. (Ap. 127.930, TACrim).

O contraditório e a ampla defesa estão intimamente ligados e por vezes acabam se confundindo. O contraditório é a exteriorização da ampla defesa.

Pelo princípio do contraditório deve ser garantido às partes o direito de participarem em igualdade de condições, podendo produzir provas e ofertar alegações, com o fim de ser buscada a verdade. Por sua vez, pela ampla defesa é uma garantia constitucional destinada ao réu de buscar todos os elementos esclarecedores do alegado em sua defesa, tendo como exemplo a inquirição de testemunhas e a propositura de provas.

O princípio do livre convencimento motivado, também encontra fundamental importância para o nosso estudo, vez que devemos analisar a possibilidade do juiz admitindo uma prova ilícita de utilizá-la como fundamento de sua decisão. O princípio do livre convencimento motivado decorre da adoção pela nossa legislação do sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, ao invés do sistema da prova legal ou tarifada e do livre convencimento.

Pelo princípio da verdade real deve o julgador ir além do alegado pelas partes para buscar como os fatos realmente se deram. Na busca da verdade o julgador buscará a substância dos fatos em discussão, sem qualquer tipo de distorção praticada pelas partes em litígio. Tal princípio é aplicado igualmente ao legislador, o qual deve evitar ao máximo a imposição de limites na produção das provas, deixando o julgador livre para julgar.

No entanto a moderna doutrina processual defende que o juiz deve sim buscar a verdade real, mas tal atividade tem limites, pois o fim do processo é a defesa dos direitos dos cidadãos e da coletividade e para tal busca, não pode ferir direitos de terceiros. Adotam a chamada "verdade forense". Neste sentido a lição de AVOLIO (2003: 40):

A moderna doutrina processual entende que o juiz deve investigar a verdade material, não se contentando apenas com os fatos que a acusação e defesa submetem à sua consideração, mas admite limites a essa atividade, visto que, como ressalta Baumann, 'o direito não deve ser realizado a qualquer preço'. Todo o direito processual, prossegue o autor, nega o princípio segundo o qual o fim justifica os meios, por existir uma relação conflitiva entre o interesse da comunidade jurídica em realizar o direito material (através da persecução penal) e o interesse dos cidadãos afetados em seus direitos pelo processo penal). Conclui encontrar-se superado o conceito da verdade material, pela concepção de uma obtenção formalizada da verdade, a 'verdade forense', ou seja, a verdade obtida por vias formalizadas. (grifo nosso)

Na busca da verdade nosso código enunciou e disciplinou as provas possíveis, mas permitiu a produção de outras ali não estabelecidas no rol, ao contrário do sistema das provas taxativas, onde a lei previamente fixa as provas que podem ser produzidas, vedando a produção de outras.

Portanto, no sistema adotado pelo nosso legislador, a lei arrola uma série de provas possíveis e a as regulamenta, mas deixa a possibilidade da produção de outras provas inominadas. Esta conclusão decorre da adoção do princípio da verdade material.

No entanto, ressalte-se novamente, que os operadores do direito não podem, nem devem se socorrer em expedientes ilícitos, sob o argumento de que pretendem buscar a verdade material. Devem, sobretudo respeitar o princípio da legalidade, basilar no Estado democrático de Direito. A prova deve ser obtida e produzida lícitamente.

A prova ilícita é rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já decidiu:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão dos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver em Estado de Direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Helena Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (STF – Ação Penal 307-3-DF – Plenário – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJU 13/10/1995 – RTJ 162/03-340).

A produção da prova no processo penal pode ocorrer legalmente ou ilegalmente.

No segundo caso temos as provas ilegais, onde tais provas são produzidas contra disposição legal, podendo ferir dispositivos de direito material ou de direito processual.

Quando a produção das provas descumpra disposições do direito material temos as provas ilícitas e quando desrespeitam normas de direito processual, temos as provas ilegítimas.

Neste sentido a lição de MORAES (2005: 95):

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais ou ilegítimas. Enquanto conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual, Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero da qual as espécies são as provas ilícitas e as provas ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

## 4 DO DIREITO À PROVA

Estabelece a Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", tendo como decorrência lógica, estabelecido o direito à prova.

O direito à prova está intimamente ligado ao direito de ação e de defesa. Seria absolutamente inviável garantir tais direitos e não proporcionar ao seu titular a possibilidade de provar suas alegações.

MOREIRA citado por Fernandes (2005: 77) explica que:

São três as exigências fundamentais do direito à prova, visto em correlação com o contraditório:

- necessidade de 'conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas';
- inexistência de 'disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento' das 'provas pelo órgão judicial';
- igualdade, para as partes, de 'possibilidade de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.

Percebe-se que tal direito como expressão do princípio do devido processo legal, em sentido amplo e em sentido estrito, do princípio do contraditório, garante aos litigantes o direito à prova, nele contido o direito de requerer ao juiz a produção da prova, o direito de ter este pedido analisado pelo magistrado e o direito à produção após o deferimento.

Na produção da prova, é garantido ao litigante a participação na produção, bem como na produção que a parte adversária pretender produzir. No entanto, saliente-se que o juiz sempre deverá presidir a produção da prova, para que a mesma não se torne nula.

Logicamente, uma vez produzida regularmente a prova, as partes poderão livremente se manifestar e necessariamente, deverá ser apreciada pelo juiz na decisão da causa.

A instrução probatória é o ponto culminante da expressão do princípio do contraditório. Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O respeito ao princípio constitucional do contraditório – que tem, na instrução probatória, um dos momentos mais expressivos de sua incidência no processo penal condenatório – traduz um dos elementos realizadores do postulado do devido processo legal. (STF – HC – Rel. Min. Celso de Mello – j.18.2.1992 – RTJ 140/856).

Ressalte-se que a presença das partes e do juiz concomitantemente, na produção das provas é de fundamental importância, vez que por ser expressão do contraditório as partes tem o direito de poder contraditá-la perante o órgão julgador.

A presença das partes não se limita ao simples direito de assistir ao ato processual, devendo ser garantido a parte o direito de intervir e participar, até mesmo quando colhidas de ofício pelo juiz.

Neste sentido a jurisprudência mais abalizada:

Para que a prova se produza de maneira a servir ao convencimento do juiz, às partes se deve assegurar efetiva participação na audiência de instrução, nomeando-se defensor ao réu que não o tiver, bem como requisitando-o se preso estiver, sob pena de nulidade do ato. (TACrimSP – Ap. n° 1.038.361/0 – 8ª C. – j. 9.1.1997 – Rel. Juiz Ericson Maranhão – RJD 35/112).

Toda a prova que tenha sido produzida à revelia do adversário é, em regra geral, ineficaz. O sistema de regras do processo probatório é um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer o seu direito de fiscalização. O princípio dominante nesta matéria é que toda prova deve produzir-se com a interferência e com a possibilidade de oposição pela parte à qual se possa prejudicar. (TJSP – Ap. n° 104.924-3/6 – 6ª C. – j. 30.10.1991 – Rel. Des. Márcio Bártoli – RT 689/330).

Consubstancia desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa o indeferimento de pedido de realização de exame de DNA, formulado por réu denunciado por crimes contra a liberdade sexual, considerada como prova essencial para a negação de autoria. (STJ – HC – Rel. Min. Vicente Leal – DJU de 19.12.1997, pág. 67.534).

A não concessão de prazo para a localização ou substituição de testemunha, nos termos do art. 405 do CPP, ofende o princípio da ampla defesa e implica nulidade do processo. (TJSP – Ap. n° 89.019-3 – 5ª C. – j. 19.9.1990 – Rel. Des. Celso Limongi – RT 673/312).

Ao magistrado não é dado dispensar testemunhas arroladas pelas partes, sob o argumento de que seria suspeitas de parcialidade sob pena de ocorrência de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade do feito, a partir de tal fato. (TACrimSP – Ap. n° 638.729/9 – 4ª C. – j. 18.2.1991 – Rel. Juiz Passos de Freitas – RJD 11/68).

Por força desta afirmativa, a presença do Ministério Público e do advogado da defesa ou defensor público é obrigatória.

No entanto, pode o acusado ausentar-se, desde que devidamente representado por profissional habilitado.

A observância da presença do juiz na produção da prova penal, afasta a possibilidade de utilizar-se de provas produzida exclusivamente no inquérito policial, salvo a prova pericial.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “Baixar-se a sentença, para condenar, em prova colhida exclusivamente em inquérito policial implica em descumprir a garantia do contraditório, estabelecida no art. 153, § 16, da CF”. (STF, RT 614/369).

Como decorrência do direito à prova, o juiz deve apreciar todas aquelas produzidas pelas partes, quer admitindo-a em sua fundamentação, quer isolando-a do conjunto por se demonstrar incompatível.

Por outro lado, o direito a prova não é ilimitado e absoluto, neste sentido a doutrina de GRINOVER (2005: 127) em obra conjunta:

os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante a convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

O limite ao direito à prova encontra-se nas chamadas provas proibidas ou vedadas, a qual é conceituada por ARANHA (2006: 50) como sendo, *in verbis* “é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada distância pelo ordenamento jurídico”.

São espécies do gênero prova proibida ou vedada, a prova ilegítima e a prova ilícita. A primeira ocorre quando a produção da prova desrespeita uma norma de direito processual e a segunda, quando ofende uma norma de direito material,

No caso da existência de uma prova vedada, à parte é garantido o direito de exigir do órgão julgador a inadmissibilidade da produção da prova ou a sua retirada do processo.

## 5 DA PROVA ILÍCITA

A importância do tema no direito processual penal nos termos atuais, decorre do desenvolvimento acentuado da tecnologia, expondo facilmente, a vida privada e a intimidade do cidadão, fazendo-se estabelecer a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, visando equacionar a crescente criminalidade e o resguardo da intimidade dos cidadãos.

A criminalidade organizada é um dos principais motivos para se expor a risco a garantia mencionada e o maior problema para o equilíbrio entre a preservação do direito à intimidade e a segurança social.

De um lado temos a impossibilidade de se preservar tal garantia como absoluta, com o fim de não sacrificarmos a segurança pública e, de outro lado, não se pode admitir a busca descontrolada pela verdade real, devendo observar o princípio da proporcionalidade para o justo equilíbrio.

A inadmissibilidade da prova ilícita vem estabelecida na Constituição Federal como cláusula pétrea<sup>1</sup>, no artigo 5º, inciso LVI, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Por força deste dispositivo, havendo uma ação judicial, as partes não poderão valer-se de provas obtidas por meio ilícitos, não se restringindo a garantia

---

<sup>1</sup> Cláusulas Pétreas são limitações de ordem material ao poder de reforma da Constituição Federal, estando previstas no artigo 60, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil.

ao processo, devendo-se interpretar extensivamente, para incluir o inquérito policial ou procedimento análogo.

O direito à produção da prova decorre do direito de ação, garantido pela nossa Constituição Federal. Ao postular em juízo, cabem às partes produzirem as provas do alegado, que para afirmarem seu direito ou infirmarem o direito da parte adversária.

Por outro lado, apesar do direito à prova ser constitucionalmente assegurado como uma garantia processual, tal não é ilimitado, encontrando abrandamento de ordem material e processual, principalmente, no processo penal, onde há evidente necessidade de se proteger o direito a liberdade do cidadão.

A doutrina ensina que deve o Estado sacrificar o mínimo possível os direitos da personalidade do acusado, para evitar que tais violações se transformem no núcleo de um sistema de liberdades públicas.

Um processo bem instruído, onde as partes tiveram a ampla possibilidade de produção, gera no órgão julgador, a certeza de sua convicção e, é garantia quase certo de uma resposta justa pelo Estado-juiz.

Por outro lado, a produção de provas precária, obtidas mediante expedientes ilícitos, gera no julgador incertezas e que acarretam injustiças.

A denominação prova ilícita é adotada pela própria constituição federal. No entanto, NUVOLONE e CARNELUTTI citado por MELLO (2000), ensinam que as provas ilegítimas são as produzidas com proibição a lei processual e ilícitas as produzidas com proibição a lei material, mas esclarece que o termo prova ilícita é

incorreto, pois a licitude ou ilicitude é um atributo do ato e não da coisa, devendo se adotar a expressão “prova obtida por ato ilícito”.

Prossegue o citado autor, afirmando que Ada Pelegrini Grinover adota o pensamento de Nuvolone e foi a principal introdutora de tal terminologia no Brasil, a qual estabeleceu que as provas vedadas são gênero, da qual são espécie as provas ilegítimas e as provas obtidas por ato ilícito.

A mencionada autora em obra conjunta com FERNANDES e MAGALHÃES (2002: 131), conceituam a prova ilícita, *in verbis*:

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade. Constituem, assim provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5, XI, CF) ou das comunicações (art. 5., XII, CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5., III, CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5., X, CF).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adotou o conceito exposto no julgamento de uma apelação cível, *in verbis*:

Prova ilícita. Interceptação, escuta e gravação, telefônicas e ambientais. Princípio da Proporcionalidade. Encobrimento da própria torpeza. Compra e Venda com dação em pagamento. Verdade processualizada. Doutrina e jurisprudência. 1 – Prova ilícita é a que viola normas de direito material ou os direitos fundamentais, verificável no momento de sua obtenção. Prova ilegítima é a que viola as normas instrumentais, verificável no momento de sua processualização. Enquanto a ilegalidade advinda da ilegitimidade produz a nulidade do ato e a ineficácia da decisão, a ilicitude comporta um importante dissídio acerca de sua admissibilidade ou não, o que vai desde a sua inadmissibilidade, passando da admissibilidade a utilização do princípio da proporcionalidade. 2 – O princípio da proporcionalidade, que se extrai dos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, se aplica quando duas garantias se contrapõem. A lei nº 9.296/96 veda, sem autorização judicial, a interceptação e a escuta telefônica, mas não a gravação, ou seja, quando um dos interlocutores grava a própria conversa. A aplicação há de ser uniforme ao processo civil, em face da comunicação entre os dois ramos processuais, momento dos efeitos de uma sentença penal condenatória no juízo cível e da prova emprestada. 3 – A garantia da intimidade, de forte conteúdo ético, não se destina a proteção da torpeza, da ilicitude, mesmo que se trate de um ilícito civil. Na medida em que o requerido, deliberadamente, confessa ao autor o negócio realizado, mas diz que este não conseguiria prová-lo, pretende acobertar-se sob o manto da torpeza,

com a inadmissibilidade da gravação. A conduta do autor manteve-se dentro dos estritos limites da justa causa, da necessidade de reaver seu crédito, sem interferência ou divulgação para terceiros. 4 – A prova testemunhal, ainda que indiciária, robor a existência do negócio jurídico havido entre as partes. (Apelação Cível nº 70004590683, TJRS, 2ª Câmara Especial Cível, Rel. Des. Nereu José Giacomolli, Data do julgamento 09.12.2002, negado provimento, unânime)

A prova ilícita tem estrita relação com a inobservância dos princípios constitucionais da intimidade, sigilo das comunicações, domicílio, integridade e imagem das pessoas e parafraseando AVOLIO (2003), a prova ilícita sempre terá uma referência constitucional, tendo como enfoque principal as liberdades públicas e qualquer concepção da matéria sob o enfoque da verdade real ou isolada de uma visão político-constitucional do processo penal está superada.

A inviolabilidade do domicílio prevista no artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal é um destas garantias. O domicílio do cidadão é o porto seguro do indivíduo, é o local onde pode se expressar livremente e conviver em paz com seus familiares, sendo que o constituinte ao estabelecer este direito, dentre outros, criou a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita para resguardar efetivamente a intimidade do indivíduo.

No entanto, até mesmo esta garantia não é absoluta, vez que se admite a violação no caso da prática de flagrante delito, praticado quer de dia, quer a noite e em caso de ordem judicial, neste caso somente de dia.

Por outro lado, no caso de ordem judicial visando o cumprimento de mandado de busca e apreensão devem ser observado as restrições acima mencionadas, sob pena de constituir-se prova ilícita. Neste sentido a jurisprudência mais abalizada:

Apreendida, no escritório do paciente, a documentação que deu origem ao processo criminal, sem as cautelas recomendadas no item XI, do art. 5º, da Constituição Federal, forçoso é reconhecer que se cuida de prova obtida por meios ilícitos, circunstância que afeta o procedimento (inciso LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal.

Nulidade que se acolhe. Habeas corpus deferido. (HC 3.912/RJ, Min. Willian Patterson, DJU, 8 abr. 1996, p. 10490).

Na tendo a autoridade pública o direito de vilipêndia o cidadão, não pode ser admitida como elemento satisfatório de prova a apreensão feita em diligência executada ao arrepio dos postulados legais e da própria Constituição. Assim, em caso de comércio clandestino de entorpecentes, tratando-se de busca domiciliar realizada sem mandado, o vício de origem contamina a prova e não autoriza uma condenação penal. (JTACrim, 44:168) Tratando-se de busca domiciliar ilegal, pois realizada sem mandado e lavratura de auto circunstanciado, nos termos da lei processual, o vício de origem contamina a prova, sacrifica a acusação e não autoriza uma condenação. (RT 441:344)

Observa-se, que a inadmissibilidade das provas ilícitas funciona como garantia dos direitos individuais. Os direitos individuais preenchem o conceito de provas obtidas por meios ilícitos.

O exemplo clássico de prova ilegítima é o depoimento tomado, mediante violação ao sigilo profissional ou a recusa de parentes, conforme dispõe os artigos 207 e 206, respectivamente do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

A sanção atribuída à produção de um prova ilegítima é a declaração de sua nulidade se já produzida, ou a sua inadmissibilidade caso ainda não tenha sido produzida.

A inadmissibilidade da prova impede que a mesma venha ser produzida nos autos, evitando-se atrasos.

Já a declaração de nulidade diz respeito a uma prova já produzida, a qual com tal sanção, não produzirá efeitos.

Portanto, enquanto o descumprimento da proibição da prova ilegítima ocorre na ocasião de sua produção e sancionada pela própria lei processual, com a declaração de nulidade ou inadmissibilidade, o descumprimento da proibição da prova ilícita, com violação a normas de direito material, quer previstas na constituição, quer previstas na legislação infraconstitucional, geram sanções de natureza civil, administrativa e penal, como por exemplo no cometimento de crime de tortura para extração de confissão ou testemunho.

No caso da produção de provas ilícitas, por vezes, o próprio direito penal tipifica tais condutas como crimes. Temos como exemplo a tortura, tipificada pela Lei nº 9.455/97, a violação de domicílio, tipificada no artigo 150 do Código Penal ou na Lei nº 4898/65, no caso de servidor público, entre outros exemplos.

Saliente-se que tanto a prova ilícita como a prova ilegítima, não poderão ser utilizadas pelo julgador ou pelas partes para fundamentarem a decisão ou argumentação, conforme o caso.

Apesar do Código de Processo Penal não determinar expressamente o desentranhamento da prova ilícita, defende-se que caso a prova continuasse nos autos poderia influir na decisão judicial e ainda, é possível aplicar por interpretação extensiva, o dispositivo do Código de Processo Penal, que determina o desentranhamento de documento falso, especialmente, no caso de interceptação ou escuta clandestinas, por serem documentos no sentido estrito.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu pelo desentranhamento da prova:

Denúncia baseada em prova documental suficiente, além daquela contra a qual se insurge a impetração (escuta telefônica). Pedido deferido, em parte, para determinar sejam extraídas dos autos as degravações irregularmente obtidas. (STF – 1ª T. – HC – j. 8.4.1996 – Rel. Min. Octavio Gallotti – RTJ 162/366).

São ilícitas as provas obtidas mediante quebra do sigilo bancário sem autorização da autoridade judiciária competente. Desentranhamento dos autos. (STJ – 5ª T. – HC nº 4.927 – j. 23.9.1996 – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU de 4.11.1996, pág. 42.489).

No mesmo sentido, o entendimento de FERNANDES (2005: 90)

Assim, a prova ilícita não pode ser produzida ou deve ser excluída. O juiz deve atuar de ofício. Não deve, portanto, autorizar a produção de prova ilícita e nem permitir o ingresso de prova dessa espécie. Quando a prova obtida por meios ilícitos for introduzida no processo, o problema não é de nulidade, mas de inadmissibilidade da prova, sendo a solução correta a sua exclusão, por meio de desentranhamento dos autos. Caso o juiz não determine a exclusão, o acusado tem o direito de requerê-la. O desentranhamento da prova ilícita não significa necessariamente o insucesso da acusação, a qual poderá estar alicerçada em outros elementos de prova.

Apesar da nossa constituição vedar expressamente a admissibilidade da prova ilícita, há casos em que a doutrina entende ser possível a superação da proibição, pelo que estudaremos sumariamente o assunto.

Inicialmente, a admissibilidade da prova ilícita foi defendida com base no interesse da coletividade e basicamente sob os princípios do livre convencimento e da verdade real.

AVOLIO (2003) aponta, entre os defensores da admissibilidade da prova ilícita, que o jurista alemão Schönke entendia que o interesse da coletividade sempre deveria prevalecer sobre uma mera “formalidade antijurídica” e que Guasp, igualmente, entendia que a prova produzida ilicitamente deveria ser válida, mas os responsáveis deveriam ser sancionados civil, penal e administrativamente.

Prossegue o mencionado autor que na doutrina norte-americana Fleming entendia que a repulsa da prova ilícita não poderia servir como um castigo para a polícia e, prossegue Wigmore, que a exclusão da prova ilícita poderia levar a uma polícia demasiadamente zelosa e perigosa para a sociedade, do que simplesmente o criminoso sem a devida repressão.

Tais autores, fundados no princípio da verdade real, acreditavam que provas formalmente corretas, mas fraudulentas na sua obtenção não poderiam ser desprezadas, pois poderiam gerar um resultado justo, vez que as provas, ainda que ilícita, retratariam realmente como os fatos se deram, não podendo simplesmente serem desprezadas, sob pena de se absolver um culpado ou condenar um inocente.

A linha de pensamento adotada por tal corrente entende que, a admissibilidade da prova, gera uma resposta adequada, tanto para a lide a ser discutida no processo onde a prova foi ilicitamente admitida, pois evidenciaria a verdade real e igualmente, quando para o transgressor do sujeito que produziu uma prova ilícita, o qual responderá pelo ato ilícito cometido.

Na jurisprudência pátria, o Supremo Tribunal Federal repudia a admissibilidade da prova ilícita.

Neste sentido a jurisprudência apontada por MORAES (2005: 95):

A norma inscrita no art. 5., LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 60/82, 1990, Forense Universitária; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove legittimamente ammesse e comportamento della parte*, em *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 62, 1990, Forense Universitária). A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da constitucionalidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de *não ser denunciado*, de *não ser julgado* e de *não ser condenado* com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de conseqüência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo

penal e que exclui, *de modo peremptório*, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – *de qualquer prova* – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, *de qualquer aptidão jurídico material*. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica. Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule*, considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado, destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e *pelo banimento processual de evidência ilicitamente coligida*, a proteger os réus criminais contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).

Segundo FERNANDES (2005: 90), existem quatro correntes acerca da admissibilidade da prova ilícita:

O grande problema tem consistido em saber se devem ser aceitas no processo as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade. Formaram-se a respeito dessa questão, com pequenas variantes, quatro correntes fundamentais:

1ª) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime cometido (*Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima*);

2ª) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (*Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar*);

3ª) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (*Cappelletti, Vigoriti, Comoglio*);

4ª) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivando-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (*Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão*)

Pela primeira corrente a prova obtida ilicitamente deve ser considerada válida e produzir todos seus efeitos, prevalecendo o interesse da Justiça e a busca pela verdade real. O entendimento firma-se que a ilicitude está no meio de obtenção e não no seu conteúdo.

A ilicitude da prova não pode, por si só, retirar o valor que possui frente a verdade do fato e inequivocadamente, constitui um elemento útil para a formação da convicção do juiz.

Esta corrente, no entanto, defende que mesmo assim, o infrator estará sujeito as sanções penais, administrativas e civis cabíveis, com o fim de desestimular práticas ilícitas.

Pela segunda e terceira correntes apontadas por Scarance, a prova ilícita deve sempre ser extirpada do processo, pouco importando a relevância do direito em disputa. A prova ilícita constitui violação não somente ao direito positivo, mas também aos princípios gerais de direito, alicerces de todo arcabouço jurídico.

Para estas correntes, o direito não pode socorrer àquele que tenha violado preceitos legais para a obtenção da prova, prejudicando direito alheio.

Finalmente, para a quarta corrente a prova ilícita pode ser admitida em determinados casos, invocando-se, para tanto o princípio da proporcionalidade. Tal corrente é a que possui maior adeptos no Brasil, vedando-se a prova ilícita obtida mediante violação a garantia ou direito fundamental, admitindo-se, excepcionalmente, no caso concreto, em face da proporcionalidade.

A derradeira corrente dá especial importância aos bens em conflito, exigindo que a solução seja dado caso a caso, observando-se o princípio da proporcionalidade. Neste sentido a jurisprudência mais abalizada:

Constitucional e Processual Penal. 'Habeas Corpus'. Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis, as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (REASONABLENESS). O

'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (EXCLUSIONARY RULE) também lá pede temperamentos. (HC nº 3982/RJ, STJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, D.J. 26.02.96, denegada a ordem, por unanimidade)

Esta última corrente também é a adotada no Projeto nº4205/2001, o qual trata do novo Código de Processo Penal, *in verbis* "Art. 157 Serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais, e as dela resultantes".

ARANHA (2006) relata que existem cinco teorias acerca da admissibilidade da prova ilícita, três pela inadmissibilidade, outra pela admissibilidade e uma intermediária.

Parafraseando o mencionado doutrinador, a teoria que admite a prova ilícita tem como base a regra geral de que somente podem ser rejeitadas no processo penal, as provas produzidas contra expressa disposição legal e de natureza instrumental, isto é, a prova ilícita viola o direito material, cabendo a sanção própria, mas a prova não pode ser afastada do processo, porque neste somente podem ser afastadas as provas que tenham sanção específica.

Esta teoria mencionada por Aranha é a mesma que Fernandes indica como defendida por Cordero, Tornaghi e Mendonça Lima, e fundamenta-se, principalmente, na autonomia dos direitos material e processual.

Pela inadmissibilidade das provas o autor elenca outras três teorias, diferentemente de Antonio Scarance Fernandes que enumera apenas duas.

A primeira delas fundamenta-se no fato de que o direito é um todo unitário e é inadmissível que a mesma situação fática tenha julgamentos distintos, somente

porque o direito é dividido em ramos, sendo que o ilícito praticado contamina todo o direito. Esta teoria é a apontada por Scarance no segundo item.

A segunda teoria é a mesma que Scarance afirma ser defendida por Cappelletti, Vigoriti e Comoglio, oportunidade em que apenas trago a colação na íntegra do ensinamento de ARANHA (2006: 65):

Parte do princípio de que toda a prova ilícita ofende a Constituição, por atingir valores fundamentais do indivíduo, é que toda vez que uma prova é colhida ilícitamente, a violação atinge um direito fundamental, inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais.

A única corrente não mencionada por Scarance e apontada por Aranha é a que entende que o Estado deve obediência ao princípio da moralidade, tendo a obrigação de reprimir a criminalidade e como o “mundo jurídico reconhece em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios, condenáveis, ombreado-se aos marginais combatidos”.

A última corrente que defende uma posição intermediária entre todas as outras apontadas, mencionada por Fernandes no quarto item e discorrida por Aranha, defende um ponto de equilíbrio com base no princípio da proporcionalidade (Alemanha) ou no princípio da razoabilidade (Estados Unidos).

Para esta corrente em casos gravíssimos, deve-se autorizar a utilização da prova ilícita, devendo-se valorar os bens em debate. Afasta a inadmissibilidade das provas ilícitas como uma garantia absoluta, desde que o bem ou princípio a ser protegido seja de igual ou maior valor.

## 6 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

A prova ilícita por derivação consiste na prova lícitamente obtida através de dados de provas obtidas ilicitamente.

FERNANDES (2005: 95) explica que prova ilícita por derivação é a

Hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria ilícita. Alguém confessa a prática de um crime de roubo mediante tortura e indica a pessoa com a qual está o produto do crime (prova obtida ilicitamente); a autoridade policial, com mandado judicial, ingressa na residência indicada e consegue apreender a coisa obtida com a prática infracional (prova obtida lícitamente, mas que derivou da confissão, feita em virtude da tortura).

O fundamento da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação é doutrina norte americana conhecida pela Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, a qual é muito bem tratada por AVOLIO (2003: 68), *in verbis*:

É tradicional, contudo, a doutrina cunhada pela Suprema Corte norte-americana dos 'frutos da árvore envenenada' – *fruits of the poisonous tree* – segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. Assim, a partir da decisão proferida no caso "Silverthorne Lumber Co. v. United States" (251 US385; 40S. Ct. 182; 64 L. Ed.319), de 1920, as cortes passaram a excluir a prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais. Acreditava-se que, com isso, similarmente ao pensamento que ensejou a concepção da *exclusionary rules*, a polícia ficaria desencorajada de proceder a buscas e apreensões ilegais. Nos debates que se seguiram desde o julgamento do caso 'Mapp v. Ohio', alegou-se que a regra da exclusão não alcançou substancial refreamento da má-conduta policial, e estudos empíricos confirmaram esse ponto de vista. Além disso, no que se refere à confissão extorquida, há pelo menos um argumento no sentido de que não seria digna de confiança, a não ser em situações onde a prova, embora obtida ilicitamente, demonstra claramente a culpa do acusado.

ARANHA (2006), entende que a prova derivada ilícita não pode ser admitida no processo, em face do princípio da legalidade e da honestidade processual. Afirmo o doutrinador que a licitude da prova não depende apenas da previsão legal e o cumprimento das formalidades ali estabelecidas, mas é

necessário que seja obedecido a honestidade processual, a qual impede a prova ilícita por derivação.

A prova ilícita é um não ato, sendo incluído na categoria de inexistência jurídica. Portanto, tudo que dela decorre mantém o defeito de origem, sendo um ato inexistente.

Camargo Aranha em obra já citada, aponta jurisprudência do Tribunal Federal Regional da primeira região, a qual decidiu que pela inadmissibilidade da prova derivada da ilícita:

*Habeas corpus*. Busca e Apreensão considerada ilegal. Material apreendido. Inservibilidade jurídica. Abertura de inquérito policial com base no material apreendido. Impossibilidade. 1. Tendo o Tribunal, ao julgar *habeas corpus*, considerado ilegais as escutas telefônicas empreendidas nos terminais do paciente e determinando a devolução do material gravado, considerando, outrossim, contaminada pela ilegalidade a busca e apreensão determinada com base nas escutas, a abertura de inquérito policial para sequenciar investigações, com lastro no material ilegalmente apreendido ou em procedimento nulo, no caso, em decorrência de uma busca e apreensão contaminada pela escuta que lhe deu base constitui um nada jurídico, não podendo, por via de consequência, ser admitida nos autos do processo ou servir de base para a deflagração de investigação policial, sem prejuízo de poder a instância pré-processual de combate ao crime, agir com base em outros elementos idôneos se deles dispuser. (HC 2004.01.00.0111173-4-MT, Rel. Juiz Federal Olindo Menezes, j. 18.05.2004).

Outro argumento desta teoria é que a utilização da prova derivada da ilícita poderia se constituir em um estímulo à criminalidade e a violação dos direitos fundamentais, pois as autoridades responsáveis pela persecução penal, visando a facilitação dos trabalhos, poderiam, por exemplo, através de uma interceptação telefônica clandestina, obter informações e com base nela, realizar a produção de outras provas, agora, aparentemente lícitas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também não é pacífica, face a alteração da atual composição do pleno, sendo que a última decisão

conhecida, aponta que o Supremo não admite como válida a prova derivada da ilícita, adotando a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

MORAES (2005), aponta a evolução histórica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Parafraseando MORAES (2005), o importante julgamento no Supremo Tribunal Federal, se deu no caso do Habeas Corpus nº 69.912-0-RS, onde o pleno rejeitou a doutrina dos frutos da árvore envenenada, admitindo, portanto, a incomunicabilidade da ilicitude as demais provas derivada da ilícita. Neste julgamento, julgaram pela incomunicabilidade os ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves, formando o placar de 6X5.

Ocorre que, tal acórdão veio a ser anulado, face ao impedimento do ministro Néri da Silveira, ocorrendo o empate que veio a favorecer o paciente.

Neste julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence votou pela inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, argumentando que a doutrina dos frutos da árvore envenenada era a única capaz de dar plena eficácia à garantia constitucional em discussão, vez que de nada adiantaria vedar a interceptação ilícita e admitir toda a prova dela decorrente. Por sua vez, o ministro Moreira Alves, com um argumento baseado na equidade, frisou que era preferível admitir tal prova a garantir a impunidade de verdadeiras organizações criminosas, invocando, implicitamente, o princípio da proporcionalidade.

No entanto, apesar do impedimento do Min. Néri da Silveira, o posicionamento do Supremo Tribunal era pela admissibilidade da prova derivada da ilícita. Entretanto, com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, o qual havia se

posicionado pela admissibilidade da prova ilícita por derivação e com o ingresso do Ministro Maurício Corrêa adepto da doutrina dos frutos da árvore envenenada, o entendimento passou a ser pela inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, sendo esta a atual posição do STF.

Trago a colação os acórdãos definidores do tema pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ARTIGO 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O artigo 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, artigo 5º, LVI). b) O artigo 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (artigo 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tomam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, artigo 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. (HC nº 72588/PB, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, D. J. 04.08.00, provido, por maioria).  
Examinando novamente o problema da validade de provas cuja obtenção não teria sido possível sem o conhecimento de informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz – prova que o STF considera ilícita, até que seja regulamentado o art. 5º, XII, da CF ('É inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal'), o Tribunal, por maioria de votos, aplicando a doutrina dos 'frutos da árvore envenenada', concedeu habeas corpus impetrado em favor de advogado acusado do crime de exploração de prestígio (CP, art. 357, par. ún.), por haver solicitado a seu cliente (preso em penitenciária) determinada importância em dinheiro, a pretexto de entregá-la ao juiz de sua causa. Entendeu-se que o testemunho do cliente – ao qual se chegara exclusivamente em razão da escuta –, confirmando a solicitação feita pelo advogado na conversa telefônica, estaria 'contaminado' pela ilicitude da prova originária. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio

Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que indeferiram o habeas corpus, ao fundamento de que somente a prova ilícita – no caso, a escuta – devia ser desprezada. Precedentes citados: HC 69.912/RS (DJU 26.11.1993) e HC 73.351/SP (STF – TP – HC nº 72.588 – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 9.5.1996 – Inf. STF de 10 a 14.6.1996).

Porém, a doutrina aponta que a adoção sem restrições pode gerar a um perigo ainda maior, pois o agente público ou o criminoso que desejasse contaminar todo um processo, introduziria uma prova ilícita que desencadearia toda a investigação, tornando-a imprestável para subsidiar a denúncia.

GRINOVER (2002) em obra conjunta, aponta que a teoria dos frutos da árvore envenenada encontra limites na doutrina norte americana, são as chamadas *independent source* e da *inevitable discovery*, onde as provas derivadas da ilícita podem ser admitidas quando a conexão entre as mesmas for tênue, não havendo uma estrita ligação ou, ainda, quando tais provas poderiam ter sido obtidas de outra maneira.

A jurisprudência pátria já vem se posicionando neste sentido, *in verbis*:

Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar à verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria da árvore envenenada” (STJ – 6ª T. – HC nº 5.062 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 10.12.1996 – DJU de 1º.6.1998, págs. 184-185).

A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, integram o conjunto probatório. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia, porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício da inconstitucionalidade. (STF – 2ª T. – RHC – j. 22.4.1997 – Rel. Min. Maurício Corrêa – RTJ 164/1.010).

Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a lícitude da persecução criminal. A prova ilícita caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. (STF – 2ª T. – HC – j. 22.4.1997 – RTJ 164/975).

Se a acusação resulta de um conjunto probatório, no qual a escuta telefônica, judicialmente autorizada, foi apenas um meio para se chegar à verdade dos fatos, tem-se por excluída a tese da ilicitude da prova, com base na teoria da árvore envenenada. (STJ – 6ª T. – HC nº 5.062 – Rel. Min. Fernando Gonçalves – j. 10.12.1996 – DJU de 1º.6.1998, págs. 184-185).

Adotando a doutrina de GRINOVER (2002), bem como o posicionamento pacífico da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal, prevê no artigo 157, §1º que as provas derivadas da ilícita não seriam admitidas “quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras”.

## 7 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA

As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, conforme posicionamento majoritário da jurisprudência e da doutrina. No entanto, estas mesmas fontes posicionam-se pela relativização deste direito, com o fim de ser compatibilizado com outros direitos constitucionalmente assegurados.

O principal argumento para tanto é a adoção da teoria ou princípio da proporcionalidade, cujo desenvolvimento se deu na Alemanha, no Direito Administrativo por Von Berg em 1802, quando este tratou do Poder de Polícia, onde há limitação da liberdade em detrimento da necessidade do Estado exercer determinadas atividades.

PENALVA citado por BONAVIDES (2004) afirma que a proporcionalidade é um princípio da essência do Estado de Direito e da aplicação plena e necessária, sendo que a sua utilização é obrigatória, sempre que forem postos em conflito direitos e liberdades individuais. Assevera, ainda, que por tal instrumento os juízes corrigem as deficiências legislativas, provocadas pelo próprio Estado.

Trago a colação a lição de AVOLIO (2003):

A concepção atual da proporcionalidade é, pois dotada de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânico, correspondente 'a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados.

Entretanto, tal poder deveria obedecer a dois elementos: necessidade e adequação, isto é, o poder de polícia não poderia ir além do que for estritamente necessário e exigível para cumprir a sua finalidade.

Entende-se por adequação quando o meio utilizado pode realizar o resultado desejado e, por exigível, quando outro meio não seria eficaz ou causasse uma restrição maior à liberdade.

Parafraseando AVOLIO (2003), mencionando Celso Antonio Bandeira de Mello, explica que o princípio da proporcionalidade inspira a idéia de que as competências administrativas devem ser exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao estritamente necessário ao cumprimento do interesse público.

A importância do princípio da proporcionalidade para o nosso estudo consiste na possibilidade deste se colocar entre a abstratividade da inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente e o caso concreto, confrontando tal garantia com outros direitos constitucionalmente assegurados, visando a adequação e o respeito ao interesse preponderante, analisando-se e avaliando, previamente, tais direitos.

A teoria da proporcionalidade adotando a orientação doutrinária de que os direitos individuais não são absolutos, possibilita, em casos excepcionais e extremamente graves a admissão da prova ilícita, para equacionar os valores fundamentais em conflito.

Constitucionalmente os direitos fundamentais não podem sofrer restrição por outro de natureza constitucional, não podendo se falar em colisão de direitos fundamentais, de tal forma que o exercício de um direito fundamental por um titular não pode colidir com o exercício de um direito de igual natureza por outro, mas caso haja um conflito, tal será apenas aparente, pois o sistema jurídico deverá harmonizar, fazendo prevalecer o de maior relevância, para tanto, deve se socorrer do princípio da proporcionalidade.

ARANHA (2006) defende que os direitos fundamentais da liberdade, de proteção à vida, de segurança e outros se encontram em um patamar superior aos que estabelecem a proteção à intimidade, à correspondência, à comunicação telefônica, imagem e outros que visam a preservar a privacidade.

Novamente parafraseando AVOLIO (2003) dois principais pontos na Teoria da Proporcionalidade merecem críticas, primeiro questiona quais direitos devem ou poderiam ser postos em confronto, vez que não se trata simplesmente de confrontar interesses públicos e privados ou entre estes, vez que poderia se alegar o princípio da verdade real, como interesse público e a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas seria, deixaria de ser uma garantia. Segundo, o perigo do julgador se afastar das dimensões do fato geral e orientar-se somente pelas circunstâncias do caso concreto, passando a legislar.

LERCHE *apud* BONAVIDES (2004: 420) alerta que a aplicação do princípio da proporcionalidade só tem lugar, para "aquelas normas que não limitam direitos fundamentais, senão os aperfeiçoam ou simples lhes desenham os limites já existentes e com isto os elucidam".

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina quase por unanimidade, admitem a aplicação do princípio da proporcionalidade para a defesa do réu, chamada de "prova ilícita *pro reo*".

Apenas para ilustrar o posicionamento quase unânime da doutrina, trago a colação ensinamento de TOURINHO FILHO (1999: 234):

É preciso que nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos, e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo "es un valor más importante para la sociedad" que a tutela do outro bem protegido pela proteção do sigilo. Assim, uma interceptação telefônica, mesmo ao arrepio da lei, se for necessariamente essencial a

demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expungida dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele.

No mesmo sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem conhecimento do outro, quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja conhecimento do terceiro que está praticando crime –, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). (STF – 1ª T. – HC nº 74.678-1 – Rel. Min. Moreira Alves – j. 10.6.1997 – DJU de 15.8.1997, pág. 37.036).

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. (STF – Plenário – HC nº 75.338-8 – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 11.03.1998 – RT 759/507).

Para a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* deve ser observado que a mesma somente pode ser aceita se a prova da inocência somente poderia ser feita por este meio e na medida do estritamente necessário.

O principal fundamento para a admissibilidade é a de que as liberdades públicas não podem salvaguardar a prática de atividades ilícitas, nem ser fundamento para afastar ou reduzir a responsabilidade daqueles que a violem, visando a preservação do Estado de Direito.

MORAES (2005: 95), aponta como possível exemplo da aplicação da admissibilidade da prova ilícita, no caso da utilização de uma gravação clandestina realizada pela vítima, sem conhecimento do interlocutor, quando esta é vítima de crime de extorsão, vez que o autor do crime de extorsão inicialmente vilipendiou os direitos da vítima. Aponta, ainda, a utilização de uma carta remetida pelos seqüestradores à família da vítima. Em ambos os casos, não há que se falar em prova ilícita, vez que aqueles agiram em legítima defesa de seus direitos fundamentais. Neste sentido, cita a jurisprudência STF:

Evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reservar por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa. (STF – 1ª T. – HC nº 74.678-1/SP – Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, Diário da Justiça, Seção I, 15 ago 1997 – Serviços de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Ementário nº 1.878-02).

Outro fundamento que sustenta a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* é evitar que a polícia de forma intencional vicie uma prova favorável à defesa.

Por outro lado, a aplicação do princípio da proporcionalidade “*pro societate*” encontra muita resistência na doutrina e na jurisprudência.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade:

Só tem lugar sem a observância do sistema constitucional e cairia no absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deva ser utilizado para proteger um marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro de seu equilíbrio, de sua isenção, porque o juiz também é humano e percebe as coisas fora do processo. (HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU, 26 dez. 1996, p. 4084).

FERNANDES (2005: 94), arrola dois exemplos onde a prova ilícita foi admitida, com fundamento no princípio da proporcionalidade. No primeiro caso, foi violada a correspondência de detentos perigosos, onde descobriu-se um plano de fuga, onde seria seqüestrado um juiz de direito quando todos estariam reunidos em uma determinada comarca do Estado de São Paulo. No segundo caso, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada judicialmente, onde era o único meio para provar sua inocência.

Prossegue o mestre, afirmando que estes tipos de casos e outros análogos impulsionam a doutrina e a jurisprudência a admitir exceção à regra da inadmissibilidade. O segundo caso retratado trata-se da prova ilícita *pro reo*, onde são postos em conflito o direito a ampla defesa de um lado e da privacidade do outro.

Por sua vez, no primeiro caso, onde a prova ilícita foi produzida *pro societate*, os bens em conflito são a proteção ao direito de correspondência e de outro a segurança do presídio e a vida de um magistrado.

FERNANDES (2005: 94) defende que:

A norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito, deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar de outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

Entretanto, FERNANDES (2005: 94) reafirma que não é o caso de se invocar o princípio contra ou a favor do acusado, mas verificar em cada caso, em cada situação concreta, se a restrição ao direito do réu é necessária, adequada e justificável, ante ao valor a ser protegido.

## CONCLUSÃO

A inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas estabelecida aparentemente pela Constituição Federal no artigo 5º, LVI, torna o sistema jurídico injusto e contraditório, produzindo resultados indesejáveis.

Vislumbra-se, como exemplo de resultados indesejáveis da inadmissibilidade absoluta a impossibilidade de um réu poder valer-se de uma interceptação telefônica clandestina, a qual demonstra a sua inocência, apenas para preservar-se, o direito a intimidade dos interlocutores. Outros exemplos foram repetidamente analisados durante o estudo, os quais remetemos o leitor.

Por outro lado, a aplicação pura e simples da admissibilidade das provas, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, igualmente pode gerar resultados desastrosos.

O princípio da proporcionalidade é da essência do próprio conceito de justiça, ou seja, de equilíbrio, e ao invocá-lo, sem restrições, tornaria a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, vazia e inócua.

As restrições à aplicação do princípio da proporcionalidade se fazem necessários, para em primeira instância dar efetividade a garantia constitucional da inadmissibilidade e, em segundo lugar, para tornar o sistema harmônico e coerente.

A admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, face ao da proporcionalidade, encontra a simpatia da doutrina e da jurisprudência, as quais não divergem acerca da sua aceitação.

Realmente, as provas ilícitas produzidas em favor do réu, via de regra, devem ser admitidas no processo penal, visando a busca pela sua inocência e a preservação de sua liberdade de ir e vir.

Nestes casos, a admissibilidade encontra fundamentação na própria legítima defesa, a qual é da essência da própria sobrevivência do indivíduo, o qual acima de tudo, pela própria natureza, deve buscar a autopreservação.

Porém, a doutrina e a jurisprudência fixaram que, para a admissibilidade nestes casos, deve-se observar que a prova somente poderia sido produzido por esta via e na medida do extremamente necessário.

Além da observância de tais requisitos, deve ser observada, ainda, a razoabilidade, a qual é uma das facetas do princípio da proporcionalidade, pois senão chegaríamos ao cúmulo da possibilidade do réu extorquir, mediante tortura, o depoimento de uma testemunha, a qual apesar de verídicas suas declarações, teve sua integridade física violada.

Já a inadmissibilidade pura e simples da prova ilícita *pro societate*, em face do princípio da proporcionalidade, também produz resultados indesejáveis, gerando injustiças, deixando fora do alcance da lei, por exemplo, as organizações criminosas.

Por outro lado, a admissibilidade em todos os casos, aplicando-se irrestritamente o princípio da proporcionalidade, fragilizaria a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas.

O maior problema da admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas, ocorre quando da colidência entre estas e o direito à intimidade.

Com relação ao direito à vida, a integridade física, a inviolabilidade do domicílio, não há grandes dificuldades em se inadmitir a prova ilícita, vez que fatalmente a desproporcionalidade da prova é evidente e não deve ser admitida, devendo-se preservar aqueles valores, em detrimento da busca pela manutenção da ordem pública, sem prejuízo da punição dos infratores.

No entanto, quando são postas em confronto a segurança da coletividade, a inocência do réu e a preservação da ordem pública, em face do direito a intimidade, tal garantia encontra um verdadeiro óbice na sua razão de ser.

Certo é que para muitos cidadãos, a intimidade é um verdadeiro escudo, o qual garante o direito a expressão, tornando-se mais valioso que a própria vida, mas ao vivermos em uma sociedade, cada qual abriu mão de parcela de seus direitos em prol da consecução de um ideal em comum.

A justificativa de que vivemos em um Estado de Direito é a inadmissibilidade das provas ilícitas para preservação, pura e simples do direito à intimidade, sem observância das demais circunstâncias, é o preço que se paga por vivermos em tal Estado é insuficiente para preservação deste.

Ao confrontarmos a violação do direito à intimidade na produção de uma prova e o direito à segurança da coletividade é indiscutível que este apresenta uma importância muito maior que aquele e não é razoável, sacrificarmos este.

O próprio legislador constituinte já estava atento para tal situação, tanto que admitiu a interceptação telefônica, na forma da lei.

Por tais motivos, a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate* para a admissibilidade da prova ilícita deveria se restringir somente quando a prova for obtida mediante violação do direito à intimidade, verificando-se, caso a caso e, principalmente, se a mesma era extremamente necessária e se era o único meio possível de se obter determinada prova.

Devemos, ainda, admitir a prova ilícita nestes casos, somente em situações excepcionais, onde a lacuna legal abre espaço para o preenchimento pelo operador do direito, sem desmerecer, em nenhum momento as disposições legais, em especial, no caso das interceptações telefônicas, onde deve haver uma justificativa absolutamente plausível para a sua realização sem autorização judicial, vez que na grande maioria das comarcas do país há um juiz e um membro do Ministério Público de plantão.

A admissibilidade da prova ilícita por derivação, igualmente, deve seguir o mesmo destino do principal, devendo somente ser admitida, caso a prova originária tenha sido admitida, ainda que ilícita.

Concluindo, acreditamos que a admissibilidade da prova ilícita no processo penal somente é possível em duas situações, *pro reo* quando este agir na legítima defesa de suas liberdades, devendo-se observar a razoabilidade, a necessidade e a excepcionalidade e *pro societate*, podendo-se violar

exclusivamente o direito à intimidade, face ao princípio da proporcionalidade, em casos excepcionais, cabendo ao magistrado, no caso concreto, analisar detidamente os valores postos, para analisar se a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita não causara uma violação de um bem jurídico de valor mais relevante.

## REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 7ª ed. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.898**, de 9 de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, publicada no DOU de 13 de dezembro de 1965.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.455**, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. publicada no DOU de 08 de abril de 1997.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de Lei nº 4.205** de 12 de março de 2001. 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.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini; Et. Al. **As nulidades no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MELLO, Rodrigo Pereira de Mello. **Provas ilícitas e sua interpretação jurisprudencial**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 95.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 700045900683. Rel. Dês. Nereu José Giacomolli.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SÃO PAULO. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. 44:168.

\_\_\_\_\_. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. 59:190.

Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. **Acrim**, 48.733. Relator Valentim Silva.

\_\_\_\_\_. **Acrim**, 127.930. Relator Valentim Silva.

\_\_\_\_\_. **Ap. nº 1.038.361/0.** Relator Juiz Ericson Maraho.

\_\_\_\_\_. **Ap. nº 638.729/9.** Relator Valentim Silva. Ap. nº 1.038.361/0. Relator Juiz Passos de Freitas.

Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ap. nº 89.019-3.** Relator Des. Celso Limongi.

\_\_\_\_\_. **Ap. nº 104.924-3/6.** Relator Des. Marcio Bartoli.

SILVA, Airton Marques; Et. Al. **Trabalhos científicos.** 2ª ed. Fortaleza: Editora UECE, 2005.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **HC nº 2004.01.00.0111173-4-MT,** Rel. Juiz Federal Olindo Menezes.

Superior Tribunal de Justiça. **HC.** Relator Ministro Vicente Leal. DJU de 19 de dezembro de 1997, p. **67.534.**

\_\_\_\_\_. **HC nº 3912/RJ.** Relator Ministro Willian Patterson. DJU de 8 de abril de 1996, p. 10.490.

\_\_\_\_\_. **HC nº 4927.** Relator Ministro Edson Vidigal. DJU de 4 de novembro de 1996, p.42.489.

\_\_\_\_\_. **HC. nº 3982/RJ.** Relator Ministro Adhemar Maciel. DJU de 26 de fevereiro de 1996.

Supremo Tribunal Federal. **ROMS nº 7691/DF.** Relator Ministro Gilson Dipp.

\_\_\_\_\_. **HC. RTJ 140/856.** Relator Ministro Celso de Mello.

\_\_\_\_\_. **HC nº 69912-0.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

\_\_\_\_\_. **HC nº 72588/PB.** Relator Ministro Maurício Correia.

\_\_\_\_\_. **HC nº 74678-1**. Relator Ministro Moreira Alves.

\_\_\_\_\_. **HC nº 75338-8**. Relator Ministro Nelson Jobim.

\_\_\_\_\_. Pleno. **Ação Penal 307-3**. Relator Ministro Ilmar Galvão.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma. HC. **RTJ 162/366**. Rel. Ministro Octavio Gallotti.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 22ª ed. 2000. 3 v.