

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**PATRÍCIA PINHEIRO DE BARROS**

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.**

**ORIENTADOR : NILO POMPÍLIO**

**RIO DE JANEIRO**

**2008**

**“PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.”**

Dedico aos meus queridos pais que sempre me apoiaram e me incentivaram, mesmo quando eu sentia que ia fraquejar.

Agradeço ao meu orientador, pelos conselhos,  
sugestões apoio e paciência.

## RESUMO

Valorar uma prova não é tarefa fácil a quem quer que seja, quanto mais se a prova for ilícita ou tiver sua origem eivada de ilicitude. O processo penal, diferentemente do civil, difere na admissibilidade da prova ilícita em casos especiais, como se vem notando, modernamente, na questão pro réu, por gozar do princípio da busca da verdade real, o que, também, vem caindo em desuso frente ao texto constitucional.

Assim, nada mais apropriado do que levantar hipóteses e acompanhar ensinamentos doutrinários acerca do tema, a fim de produzir um estudo sintético, porém objetivo de tema tão polêmico e atual como o é a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal pátrio.

**Palavras-chave:** admissibilidade; provas ilícitas; verdade real.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1.0 – PROVA CONCEITO.	
2.0 – A PROVA,UM DIREITO.	
3.0 – PROVA ILICITA, INADMISSIBILIDADE.	
4.0 – DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA.	
5.0 – PROVA ILICITA NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO.	
6.0 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA	
6.1 – DIREITOS CONSTITUCIONAIS E A INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA.	
6.2 – PROVA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.	
6.3 – O PRINCIPIO DA RAZOABILIDADE APLICADOS AOS CASOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.	
7.0 - CONCLUSÃO	
8.0 – REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS	

## INTRODUÇÃO

A prova possui importância no processo judicial na medida em que contribui diretamente para a formação do convencimento do julgador acerca da lide. Ela

pode ser produzida de várias formas, quais sejam, com a realização de perícia (prova pericial), a oitiva de testemunhas (prova testemunhal), o depoimento das partes, a juntada de documentos (prova documental), etc.

É necessário, no entanto, que o juiz acolha e valore, em regra, apenas os meios de prova considerados lícitos, sob pena de causar insegurança jurídica. Primeiramente, tem o dever de observar os princípios atinentes à prova.

Conforme preceitua a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, LVI, as provas obtidas por meios ilícitos, são inadmissíveis no processo. Esse dispositivo suscita sérias questões, teóricas e práticas. Sucintamente, prova ilícita é toda aquela que ofende o direito material. Não há de se confundir prova ilegítima de prova ilícita, apesar de ambas não serem aceitas pelo nosso direito processual, pois a prova ilícita fere o direito material enquanto a prova ilegítima o direito processual. Na atualidade com os modernos adventos tecnológicos, novos meios de prova estão sendo introduzidos em nossos litígios, mas esses meios devem obedecer certas normas e só serão permitidos desde que respeitem a legalidade, licitude e moralidade da prova.

Nosso Texto Constitucional reza, em seu íterim, que as liberdades individuais serão respeitadas, ninguém será condenado ou julgado sem o devido processo penal e reza, ainda a inadmissibilidade das provas tidas como ilícitas no processo em geral, seja cível ou penal.

A partir de 1988 não houve possibilidade de aceitação de provas obtidas dessa maneira. Não adota o Direito brasileiro a teoria da proporcionalidade, chamada assim pelos alemães, ou da razoabilidade dita pelos americanos, onde o juiz pode considerar a prova ilícita após uma avaliação entre os direitos e os interesses em confronto, constitucionalmente assegurados, desde que o caso seja de extrema importância.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de que as provas obtidas por meios ilícitos, seja na fase inquisitorial ou processual, não atendem ao fim a que se destinam.

É óbvio, então, que paira no ar uma dúvida acerca da admissibilidade de determinadas provas ilícitas em nosso ordenamento jurídico, o que é o núcleo do objeto de pesquisa deste trabalho.

Assim, resta saber se é aceitável a prova ilícita em nossos tribunais, se o Brasil adotará a referida teoria proporcional, ou quais os caminhos a seguir quanto à prova ilícita.

Estas e outras questões merecem destaque devido à importância atual e também ao número de opiniões que se dividem a respeito das mesmas, gerando um verdadeiro embate a respeito do tema, e, neste diapasão, discutir-se-á a admissibilidade de tais provas, o direito constitucional à prova, o princípio que veda sua utilização bem como suas implicações no meio processual administrativo e a discussão sobre o principal meio de prova que, se não autorizada, torna-se ilícita, em nosso país: a escuta telefônica.

## **1.0 - PROVA, CONCEITO**



O vocábulo prova vem do latim *probatio*, que significa prova, verificação, e deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*). Vem de *probus*, que quer dizer bom, reto, honrado. O que resulta provado é, portanto, aquilo que é bom, é correto.

No sistema da prova legal, a lei deveria determinar concreta e pontualmente os fatos a serem provados, e de que modo, carecendo o juiz de liberdade para julgar, pois só lhe era dado aplicar um mero raciocínio lógico.

Com a evolução da liberdade dos povos nos regimes políticos, esse sistema tornou-se superado pelo da prova livre.

Do ponto de vista jurídico, o vocábulo prova possui diferentes acepções, podendo ser usado como sinônimo da atividade probatória, como resultado da prova e como meio de prova.

Provar, portanto, é demonstrar irrefutavelmente a verdade do fato argüido, considerando-se, todavia, as observações restritivas lançadas sobre o vocábulo verdade. Na concepção mais simples do termo, provar significa a apresentação de elementos suficientemente capazes de atestar que o afirmado ocorre/ocorreu ou existe/existiu. Para o Direito, a prova consiste na demonstração dos fatos, com a finalidade de formar o convencimento do juiz. Aí, pois, está o objeto da prova. A apresentação dos elementos necessários à comprovação das alegações lançadas pelas partes dá-se através de certos meios, adequados, apropriados e idôneos para a formação da convicção do julgador. São os chamados meios de prova.

Independente dessas linhas de conceituação, indiscutível, entretanto, é a tradução daquilo que venha a ser meio de prova, não se confundindo com a própria prova. O meio é o caminho, o *iter*, o instrumento pelo qual se visa chegar à demonstração dos fatos alegados. O próprio Código de Processo Civil, no art. 332, deixa nítida a diferença: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.

Segundo o Mittermaier que define a prova como: “prova é a soma dos motivos geradores da certeza, ou ainda o mesmo conceito um pouco alterado por Moacir Amaral Santos o qual define: “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.

Nesse sentido, partindo da premissa de que é possível atingir um conhecimento verdadeiro dos fatos, ainda que esta verdade não seja uma verdade absoluta, a prova assume função de ser um instrumento para fundamentar racionalmente uma escolha da versão dos fatos que se possa definir como verdadeira.

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A pesquisa da verdade efetiva, material, histórica, constituía o escopo geral de defesa social contra a delinqüência, daí a justificativa da busca constante na eficiência do processo penal.

A necessidade de imposição de limites e a própria conscientização de ser impossível uma reconstrução absolutamente verdadeira dos fatos no processo, levou a doutrina à busca de outros conceitos para a identificação dos objetivos perseguidos pela atividade probatória, que indicam a aproximação da verdade: probabilidade e verossimilhança .

Como esses conceitos têm aplicação muito restrita, em virtude do princípio da presunção de inocência, impõe-se a busca da verdade, mas uma verdade processual, baseada num modelo cognitivo de justiça, que pressupõe seja confirmada a acusação por provas, mas também o reconhecimento de poderes à defesa do acusado, especialmente o de produzir provas contrárias às da acusação. E tais garantias são aquelas iminentes ao devido processo legal, "a começar pela imparcialidade do magistrado que conduz a investigação

A matéria da prova tratada no artigo 155 à 250 do Código de Processo Penal, bem como seus incisos, está definitivamente submetida às diretrizes consti-

tucionais inseridas nos direitos e garantias individuais. Por este motivo é obrigatória a vinculação entre o direito constitucional e o direito penal, ambos buscando proteger os direitos e garantias do cidadão contra possíveis arbitrariedades e abusos do poder público.

O procedimento probatório tem duas fases, a de produção, propriamente, em que se produzem as provas admitidas e a sua apreciação e avaliação, cabendo esta última fase exclusivamente ao órgão julgador que deverá proferir a decisão.

A prova tem várias classificações, dentre as quais pode-se citar algumas: quanto ao *objeto* (direta e indireta); em razão de seu efeito ou valor (plena e não plena ou indiciária); quanto ao sujeito ou causa (real e pessoal) e quanto à forma ou aparência (testemunhal, documental e material).

Vê-se que os conceitos de prova são variados, porém, todos demonstram ser ela o meio pelo qual o juiz forma o seu convencimento a respeito da ocorrência ou não de determinado fato ou da veracidade ou não de determinada afirmação.

Das mais variadas maneiras se tenta conseguir esse convencimento, procurando-se demonstrar fatos, circunstâncias, causas etc. Estes são, pois, o objeto da prova, ou seja, tudo aquilo que precisa ser demonstrado para convencer o Juiz daquilo que foi alegado.

## **2.0 - A PROVA, UM DIREITO.**

O direito das partes à introdução, no processo, das provas que entendam úteis e necessárias à demonstração dos fatos em que assentam suas pretensões, embora de índole constitucional, não é, entretanto, absoluto. Ao contrário, como

qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

A Carta Magna assegura a todas pessoas o direito de ir a juízo e apontar violações ou ameaças a seus direitos. Com efeito, diz o art. 5º, XXXV, que

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 seguintes termos: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entende-se tal dispositivo, na medida em que o Estado, no momento em que vedou a tutela de mão própria, chamou a si a responsabilidade pela resolução dos litígios ocorridos em seu seio. Conferiu, assim, às pessoas o direito de ir até juiz natural e declinar as razões que lhe embasam o pedido de reconhecimento e oferta de direito. Ao Estado, uma vez acionado, é criado o dever de prestar a jurisdição. No momento em que alguém, através de petição, dirige-se ao poder público, surge um direito subjetivo à uma sentença que avalie a relação processual posta (*rechtsschutzanspruch*). Embora não haja direito a uma sentença favorável, há um direito subjetivo assegurado, constante na garantia de apreciação da demanda.

Todavia, se há de ter em mente que o direito que brota do texto constitucional, neste não se encerra. Com razão, de nada adiantaria que aos litigantes fosse assegurado o direito de ir à juízo, se, da mesma forma, não houvesse efetiva possibilidade de comprovar as alegações deduzidas e, assim, auxiliar no convencimento judicial. Os litigantes, em processo judicial, necessitam de meios para certificar os direitos de que se afirmam titulares.

Do contrário, a garantia de petição seria apenas mais um direito meramente formal, encontrado em texto e sem nenhuma utilidade social.

Assim, o direito à produção de provas úteis ao deslinde da causa tem origem no próprio direito de ação e no de ampla defesa. Na momento em que a pró-

pria Constituição afirma que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada do controle do poder judiciário, ela, ao mesmo tempo, assegura às pessoas meios para que possam, de maneira eficaz, trazer suas razões e prová-las perante o juízo competente. Eis o alcance do princípio da inafastabilidade, o qual encontra como corolário lógico, em seu seio, o direito à prova, seu irmão gêmeo. Uma parte tem o direito de provar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que à outra é assegurada a apresentação do material visando destruir os argumentos que dão suporte à causa ou criar exceções.<sup>1</sup> O processo sem prova de nada adianta, visto que não se chegará à verdade e, portanto, à justiça, finalidade última da prestação jurisdicional. Eis aí a importância da prova, pois, ela vai além do processo; é sobre ela que se sustenta a verdade.

Disso conclui-se que, como regra, podem as partes provar todos fatos que lhe possam ser úteis. Todavia, há exceções, criadas justamente para garantir a sobrevivência do sistema jurídico, o qual encontra nascedouro na inarredável garantia constitucional da dignidade da pessoa humana e no princípio da boa-fé nas relações intersubjetivas.

Dentre estas está a proibição à prova ilícita, como será mostrado.

### **3.0 - PROVAS ILÍCITAS, INADMISSIBILIDADE**

É evidente que o direito à prova implica, no plano conceitual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante.

A admissibilidade da prova é ato processual específico do juiz, que, por ele, examinando as provas propostas pelas partes e o seu objeto, defere ou não a produção.

---

<sup>1</sup> LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957, p. 85.

Contudo é preciso observar que o legislador constituinte de 1988, de modo muito próprio, em geral, proíbe que se produza qualquer prova no processo penal sem que se observem os princípios constitucionais. Buscando o fortalecimento dos preceitos constitucionais e mais, visando assegurar os direitos e garantias individuais do cidadão. Tal qual a garantia ao contraditório e a ampla defesa, entre outros princípios constitucionais. A ampla defesa, por exemplo, atinge e protege o direito à garantia e igualdade entre as partes na produção da prova.

A Constituição Federal exige que, em caso de prisão, o preso seja informado do direito de calar, da assistência da família, só advogado e de identificar os responsáveis por sua prisão e seu interrogatório. Ora, fica claro que, se a autoridade policial não informar ao preso, no ato de sua prisão, de seus direitos e prerrogativas constitucionais, e obrigar o conduzido a depor, sem a presença do advogado na lavratura do auto de prisão em flagrante, ou mesmo a prisão decorrente de mandato judicial, o flagrante é nulo e a prova no inquérito decorrente dessa prisão foi lícitamente produzida. Por outra perspectiva, quis o legislador constituinte estender ao ato investigatório algumas garantias do contraditório, ampliando o direito de defesa

O legislador de 1988, visando a proteger de forma mais eficaz a privacidade do lar, com a redação dada ao inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal, deu uma maior garantia à inviolabilidade do domicílio, o qual proclama que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

A Carta Federal, pois, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto:

- a) nas hipóteses previstas no texto constitucional ou;
  
- b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto doméstico, como o único titular do respectivo direito de inclusão e de exclusão.

Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de casa, para os fins de proteção jurídico-constitucional a que se refere o artigo 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar:

- a) qualquer compartimento habitado;
  
- b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e;
  
- c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade.

É por essa razão que a doutrina adverte que o princípio da inviolabilidade domiciliar estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional.<sup>2</sup>

Sendo assim, nem a Polícia Judiciária e nem a administração tributária podem, afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, invadir domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, e sem ordem judicial, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público. Caso a

<sup>2</sup> Dentre outros: FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 82; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 36-37; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 70-78; JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à constituição de 1988**. v. 1. São Paulo: Forense Universitária, 1989, p. 261.

prova seja feita ao arrepio das normas legais, será tida como obtida por meios ilícitos, não devendo a mesma integrar o conjunto probatório.

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 inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o irrevogável 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. Referido princípio visa proteger o réu de provável injustiça que decorra de um julgamento feito com base em suposições ou em simples suspeitas. Ressalta-se que a condenação penal requer prova irrefutável contra o réu, pois, tal medida, por ser drástica para o condenado, deve ser aplicada com juízo de certeza.

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 consequência 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 cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

Acerca das provas ilícitas, aponta Pain<sup>3</sup> quatro grandes correntes

A primeira admite toda e qualquer prova ilícita, sem prejuízo de eventual sanção ao praticante da ilicitude; a segunda veda peremptoriamente, em razão da unidade do ordenamento jurídico; a terceira igualmente veda as provas ilicitamente obtidas, mas em decorrência de sua inconstitucionalidade; e a quarta corrente, que propõe uma interpretação do Texto Constitucional sem radicalismo, concede ao juiz uma maior liberdade para avaliar a situação em seus diversos aspectos, com a importação do direito alemão do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>3</sup> PAIN, Gustavo Bohrer. A garantia da ilicitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 73.



### Ao último posicionamento adere o autor

nenhuma norma pode ser entendida distante do contexto em que se insere, devendo ter sua aplicação restringida na medida em que afronte disposições outras de maior envergadura ou não cumpra com seus objetivos originários. É nesse contexto que se origina o princípio da proporcionalidade, de origem suíça, mas que encontrou mais aplicabilidade no direito alemão. (...). No Brasil, é defendido como princípio do interesse preponderante.<sup>4</sup>

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.

A busca da verdade real constitui o objetivo último perseguido pelo processo penal condenatório. Essa pesquisa da realidade, no entanto, sofre decisivas limitações impostas pelas exigências ético-jurídicas que informam o nosso ordenamento positivo.

O desenvolvimento dos recursos tecnológicos e a necessidade de preservar a esfera de privacidade do indivíduo reclamam – para que se conciliem, em nome do interesse público, as relações que antagonizam, no âmbito do processo penal, a acusação e a defesa – que a prova penal consistente na reprodução magnética de conversações mantidas pelo acusado com terceiros decorra de procedimento lícito.

Devido a isso, ressalta Fragoso que “desde que a gravação não seja ilegitimamente obtida, não nos parece possa ser excluída como meio de prova no processo penal”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>5</sup> FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Jurisprudência criminal**. v. 2. 2. ed. São Paulo: Borsoi, 1973, p. 407.

Quando, no entanto, a prova penal formar-se ou produzir-se em desconformidade com os postulados que delimitam a atividade persecutória do Poder Público, qualificar-se-á ela como prova vedada pelo Direito.

O autor supra volta a se expressar novamente, no sentido de que a gravação ilegalmente obtida – "considerando-se como tal a gravação de comunicações privadas, sem o consentimento dos interessados"<sup>6</sup> – é insuscetível de ser admitida em juízo, essencialmente porque "o desenvolvimento da técnica conduz à necessidade de mais eficiente tutela jurídica da esfera da intimidade". E conclui a sua apreciação do tema externando viva "preocupação quanto ao emprego das gravações como meio de prova".<sup>7</sup>

Vale ressaltar, neste liame, o magistério de Grinover, no sentido de que

A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros.

Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.

[...]

[...] toda vez que uma prova for colhida em desrespeito aos princípios constitucionais, expressos ou implícitos, no que concerne à tutela do direito à intimidade e de seus desdobramentos, a referida prova não pode-

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 406.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 408.

rá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade.<sup>8</sup>

A Constituição Federal prescreve, no artigo 145, § 1º, que a administração tributária está sujeita, na efetivação das medidas e na adoção de providências que repute necessárias, ao respeito incondicional aos direitos individuais, dentre os quais avulta, por sua indiscutível importância, o direito à inviolabilidade domiciliar.

Advém daí o parecer de Martins, no sentido de que os poderes de investigação do Fisco estão essencialmente limitados pelas cláusulas subordinantes da Constituição Federal cujas prescrições proclamam a necessidade de efetiva submissão do Poder Estatal aos direitos individuais assegurados pela Lei Fundamental. Por isso mesmo, anota Martins

De início, o direito de fiscalizar é um direito inerente à Administração dentro das regras próprias do direito administrativo. E como a Constituição garante os direitos individuais, à evidência, garante a inviolabilidade do domicílio nos termos do artigo 5º, XI, com o que o Fisco, pela nova Constituição, não tem mais direitos do que aqueles que tinha com a Constituição pretérita.<sup>9</sup>

A essencialidade da ordem judicial para efeito de realização das medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da quantia constitucional pertinente à inviolabilidade do domicílio.

---

<sup>8</sup> GRINOVER, A. P. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 151-166.

<sup>9</sup> MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 64.

Vale ressaltar a advertência feita por Bastos no sentido de que "é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu portanto a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa".<sup>10</sup>

Grinover<sup>11</sup> versando sobre as limitações que, fundadas em regra de exclusão, incidem sobre o direito à prova, analisa a questão da ilicitude dos elementos instrutórios produzidos em sede processual, deduz que

A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imagine-se uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são 'ilícitas por derivação', porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos[...].

[...]

Outra tendência que se coloca em relação às provas ilícitas é aquela que pretende mitigar a regra de inadmissibilidade pelo princípio que se chamou, na Alemanha, da 'proporcionalidade' e, nos Estados Unidos da América, da 'razoabilidade'; ou seja, embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a

---

<sup>10</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. **RPESP**. n. 37. p. 46-47. 1992.

idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

À primeira vista, a Constituição brasileira parece impedir essa solução, quando não abre nenhuma exceção expressa ao princípio da proporcionalidade [...].

Como se vê, o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo.

Paralelamente às normas constitucionais e legais existem também as normas internacionais (previstas em tratados de direitos humanos). Por exemplo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No seu art. 8º ela cuida de uma série (enorme) de garantias. Provas colhidas com violação dessas garantias são provas que colidem com o devido processo legal. Logo, são obtidas de forma ilícita. Uma das garantias previstas no art. 8º diz respeito à necessidade de o réu se comunicar livre e reservadamente com seu advogado. Caso essa garantia não seja observada no momento da obtenção da prova (depoimento de uma testemunha, v.g.), não há dúvida que se trata de uma prova ilícita (porque violadora de uma garantia processual prevista na citada Convenção). Não importa se a norma violada é constitucional ou internacional ou legal, se material ou processual: caso venha a prova a ser obtida em violação a qualquer uma dessas normas, não há como deixar de concluir pela sua ilicitude.

#### **4.0 - DA PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA**

Tanto a doutrina como a jurisprudência e mesmo a Constituição anterior, ou seja, a de 1969, já se manifestavam no sentido de ser inadmissível a produção em juízo de prova obtida ilicitamente, que podia tanto a que não era legal ou a moralmente legítima.

As provas ilegítimas são aquelas que afrontam a lei processual penal. É o caso das pessoas que, em função de ofício ou profissão, devem guardar sigilo (padres, advogados, psicólogos, dentre outros), sendo tomados depoimentos dessas pessoas relativamente a assuntos que conhecem em função do seu ofício, a prova é nula.

Em virtude da nova redação dada ao art. 157 do CPP pela Lei 11.690/2008, prova ilícitas, são "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Em outras palavras: prova ilícita é a que viola regra de direito material, constitucional ou legal, no momento de sua obtenção (confissão mediante tortura, v.g.). Essa obtenção, de qualquer modo, sempre se dá fora do processo (é, portanto, sempre extraprocessual). A ilicitude ocorre em função da forma pela qual a prova é colhida.

A prova ilícita por derivação é decorrente da doutrina dos "frutos da árvore envenenada", segundo a qual, toda prova surgida a partir de informações conseguidas por meio de provas ilícitas também é ilícita.

É, portanto, a prova ilícita por derivação, lícita em si mesma, porém, oriunda de alguma informação obtida ilicitamente. São exemplos desse tipo de prova a confissão colhida por meio de tortura, em que o réu revela onde se encontra o produto do furto, que, posteriormente, vem a ser apreendido, e a interceptação telefônica clandestina na qual se consegue a informação da existência de uma testemunha que, mais tarde, incrimina o acusado.

A prova ilícita por derivação, assim como a própria prova ilícita, têm sido tema de bastante polêmica entre doutrinadores e juristas como será visto mais adiante.

A prova ilegítima acaba por violar a garantia do devido processo legal, bem como as demais garantias constitucionais como o acesso à jurisdição, o direito à

ampla defesa, e ao contraditório, a estrita observância da lei em vigor, direito a julgamento por um juiz investido de jurisdição competente e imparcial.

Há segmentos doutrinários que admitem a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva.

Para Nery Junior não devem ser aceitos os extremos, ou seja, nem a negativa absoluta e peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia e nem a admissão pura e simples de quaisquer gravações fonográfica ou televisa.<sup>12</sup>

Greco Filho<sup>13</sup> preleciona que na doutrina do processo penal a regra não seja absoluta, pois que nenhuma regra constitucional é absoluta, pois tem que conviver com as demais regras e princípios também constitucionais.

Prevalece o princípio da liberdade da pessoa, logo a prova será produzida e avaliada, afastando-se a incidência do inciso LVI do art. 5o. CF/88 que vale como princípio (porém não absoluto).

Grinover<sup>14</sup> entende que a legítima defesa gera a admissibilidade de prova proibida se esta aproveitar ao acusado, pois apenas reconhece a possibilidade de utilização no processo penal da prova que lhe seja favorável. Tal permissividade abaliza-se no princípio do favor rei.

A legítima defesa exclui a ilicitude da coleta da prova, que corresponde uma exceção a proibição de admissibilidade da prova ilícita. Também não há ilicitude de provas colhidas em estado de necessidade. Inclusive, há entendimento jurisprudencial no sentido de que não existe violação de domicílio em ambos os casos.

A invalidade material do meio de prova acarreta normalmente a invalidade do processo. A seguir, é conveniente, para fins de conhecimento, nomear exemplos de prova ilícita no direito alemão:

---

<sup>12</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 112.

<sup>13</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58.

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. **RPGE**SP. n. 37. p. 48. 1992.

- a) gravação de conversa telefônica sem o consentimento das partícipes;
- b) a exibição de fotografia com ofensa aos direitos gerais da personalidade;
- c) leitura indevida de diário pessoal;
- d) o depoimento de alguém que observou ilegalmente, o cônjuge-réu em sua própria casa;
- e) o depoimento de testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo ou da lei da ponderação.

Cogita-se da incidência do princípio da proporcionalidade no procedimento probatório a fim de abrandar a proibição da prova obtida ilicitamente. A lei de ponderação avalia os interesses e direito em jogo a fim de dar solução mais justa. Há normas expressas na Ordenança Processual Penal Alemã indicando o princípio da proporcionalidade naquele sistema jurídico.<sup>15</sup>

O nosso Supremo Tribunal Federal sobre a ponderação de direitos igualmente protegidos pela CF, indicam-nos verdadeira similitude entre a teoria e a práxis dos dois tribunais, de modo a fazer com que seja válida tanto aqui como na doutrina alemã sobre o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>15</sup> MITTERMAYER, C.J.A. . **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996, p. 87.



O entendimento dominante jurisprudencial é que a proibição de provas ilícitas somente gera a nulidade do processo se a condenação ou se a acusação basear-se exclusivamente na prova ilícita ou em provas colhidas a partir dela.

Assim sendo, apenas a prova considerada ilícita será excluída dos autos, mas o processo segue o curso normal se houver outras provas a abalizar a sentença condenatória.

Reconhecida uma vez, em juízo, a ilicitude da prova, a regra é o seu desentranhamento do processo. Mesmo não ocorrendo o desentranhamento também não há nulidade da decisão, se esta foi calcada na prova ilícita.

As declarações colhidas mediante violência física não podem ser consideradas provas, o depoimento é comprometido e não merece a mínima credibilidade. As revelações extorquidas mediante violência ou torturas é absolutamente ausente a manifestação de vontade do depoente ou interrogado.

A tortura é expressamente proibida pelo direito positivo brasileiro (art. 5º, III da CF/88) além de ser crime inafiançável a sua prática (art. 5º, XLIII).

Ademais, o inciso XLVII também do referido art. estabelece a proibição das penas cruéis, também sendo proibidos os modos de investigação cruéis, pois para a aplicação de penas pressupõe-se a existência de um culpado, assim declarado judicialmente, e para a investigação é suficiente a existência de um suspeito, em favor de quem há a presunção de inocência.

A jurisprudência brasileira tem-se inclinado a favor da tese intermediária, encontrando assim a aplicação ideal para o princípio da proporcionalidade.

Na mesma linha de raciocínio trilha o acórdão do TJRJ de Barbosa Moreira, *verbis*:

Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser mo-

ralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização.<sup>16</sup>

Ao tratar de documentos obtidos para formar prova no processo penal, o CPP, art. 233, parágrafo único dispõe que “as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário”.

Portanto, é válida a prova em juízo obtida por um dos participantes ou signatários de carta ou qualquer outro meio, mesmo sem o consentimento do signatário ou do co-partícipe.

O art. 233 CP, § único legitima tal prova e não ofende ao princípio constitucional estatuído no art. 5º, XII e LVI da CF/1988.

A prova de conversa telefônica obtida licitamente por autorização judicial na instrução criminal art. 5º, XII é prova lícita e pura, podendo ser emprestada ao processo civil, respeitados os requisitos de validade e eficácia.

O inc. LVI do art. 5º da Carta Magna diz respeito ao processo civil, penal e administrativo. O conceito de prova ilícita diz respeito à doutrina. Entretanto, a terminologia mais adequada é aquela que denomina como prova vedada: há vedação em sentido absoluto (proibida sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento que prescreve sob o preenchimento de certos requisitos de validade da prova).

É importante destacar, que será prova ilegal sempre que houver a violação do ordenamento jurídico como um todo (leis e princípios gerais) sejam material ou processual. Será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, ou seja, quando for obtida ilicitamente.

A ilicitude material ocorre quando a prova deriva de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de confissões ou depoimentos testemunhais).

---

<sup>16</sup> TJRJ. Ag In.7.111. 5ª Cam. Cível, em 22.11.1983.

Há ilicitude formal quando a prova decorre de forma ilegítima pela qual ela se produz, embora seja lícita a sua origem. A ilicitude material diz respeito ao momento formativo da prova; a ilicitude formal, diz respeito ao momento introdutório da prova.

Em suma, razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do poder Público.

A regra do art. 5º, XII da Magna Carta é da preservação da intimidade pela inviolabilidade da correspondência, das comunicações, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma da lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Lei 9.296/96 veio a viabilizar a autorização judicial do Poder Judiciário e regulamentou a parte final do inc. XII do art. 5º da CF/88. As outras formas e espécies de provas ilícitas continuam a merecer a atenção do intérprete e do operador do direito, no sentido de fixar o âmbito de aplicação do princípio constitucional da proibição da prova obtida ilicitamente.

O *caput* do novo art. 155 do CPP, cuja redação legal é posterior à Lei 11.689/2008 (informando-a subsidiariamente) apenas ratifica o espírito do legislador no sentido de impedir qualquer decisão do Poder Judiciário, por meio de seus órgãos, baseada exclusivamente em elementos informativos, produzidos sem a chance do contraditório.

Com a exceção notória das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, as primeiras e as últimas que continuarão a exigir notável bom senso judicial para a aferição da necessidade e instrumentalidade.

A expressão investigação criminal engloba tanto o inquérito policial bem como qualquer outro procedimento administrativo instaurado pela autoridade MP, e outros a fim de averiguar fato típico caracterizado como crime ou contravenção penal.

O inc. XII do art. 5º da CF/88 deve ser interpretado restritivamente, somente o juiz criminal pode autorizar a interceptação telefônica, não podendo o juiz cível.

A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova, logo a prova direta da esfera criminal pode ser emprestada ao processo civil. Sendo exigido que a parte contra quem vai ser produzida tenha efetivamente participado do processo penal de onde proveio a prova a ser emprestada.

Caso contrário, em atenção ao princípio do contraditório, a parte terá de ratificar a prova no juízo cível.

Anteriormente à CF/88, as garantias constitucionais vigentes não possuíam eficácia marcante, assim os arbítrios praticados raramente eram levados aos autos dos processos. O Estado tinha poderes para cassar o direito de expressão e comunicação das pessoas, interferia nos meios de comunicação, nas artes e até, na ciência.

A falta de efetividade dos limites aos métodos de persecução e investigação criminal gera inquietação social pela insegurança que impõe aos indivíduos. Fortalece o poder estatal a ponto de subjugar as pessoas, negando-lhes o respeito à sua cidadania à subserviência.

O pressuposto de existência e de coerência do estado é a promoção do bem-estar do homem, para tanto, é fundamental estabelecer restrições ao livre arbítrio tanto do cidadão quanto do Estado.

Via de regra, os direitos não são absolutos e o seu exercício não exclui limitações e temperamentos mediante o denominado poder de polícia.

O bem maior para o homem é o direito à vida , mas este admite restrições. É o caso da legítima defesa. Assim, também o direito de propriedade, que por algum tempo foi considerado absoluto, hoje sofre inúmeras limitações em função do bem-estar comum, devendo cumprir sua função social.

No mesmo sentido, o direito à não enseja tutela absoluta, e a doutrina é quase unânime em reconhecer a natureza relativa do sigilo.

Todos os sistemas jurídicos organizam-se de modo a escalonar os valores por eles protegidos de acordo com o grau de importância que a sociedade lhes atribui.

Dessa forma, recebem sanção mais rigorosas as condutas ofensivas aos interesses e direitos havidos por mais importantes. Diminui a severidade das sanções a medida que as violações alcançam interesses menos importantes.

Os indivíduos não podem abusar do direito do privacidade em detrimento de outros interesses e direitos sociais que sejam constitucionalmente, tão relevantes quanto aquele.

O Estado utilizando-se do princípio da proporcionalidade, tem o poder-dever de sacrificar esse direito em favor do interesse ofendido pelo criminoso.

O Estado de Direito moderno assume a obrigação de não atentar contra a realização dos direitos sociais como também a de atuar para dar satisfação a esses mesmos direitos.

Exige-se do Estado uma conduta firme no sentido de garantir a materialização desse direitos, que pode efetivar-se em casos específicos, mediante a aceitabilidade processual de provas obtidas por meios ilícitos.

Para alguns doutrinadores tal conduta da estatal é temerária pois expõe a risco as garantias individuais do cidadão, pois deixa ao arbítrio do juiz decidir no caso concreto qual interesse preponderante.

O princípio da proporcionalidade visa prioritariamente a mínima interferência na esfera dos direitos individuais. A valoração da licitude das provas criminais deverá ser analisada seguindo os objetivos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Outras limitações a admissibilidade da prova ilícita é a necessidade de motivação das decisões judiciais, o princípio do duplo grau de jurisdição, e ainda, a atividade do Ministério Público na função de *custos legis*.

O princípio da legalidade funciona como limite ao poder decisório dos juízes juntamente com o imperativo de motivação das decisões judiciais servem de bússola tanto para os limites à liberdade do cidadão quanto para o exercício das funções dos magistrados. Reforçando assim, as regras para a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Contudo, Carnaúba<sup>17</sup>, tem entendimento diverso e arrisca a considerar a proporcionalidade como fundamento lógico de qualquer sistema jurídico, e de todas as construções ideológicas.

Tem por certo a autora supra que a proporcionalidade se aplica, sobretudo ao direito constitucional posto que os limites formais do Estado são dados pela lei, e os materiais são fixados pelo critério de proporção entre a restrição a liberdade individual e o fim estatal perseguido, correspondendo ao bem-estar coletivo.

A garantia de inadmissibilidade da prova ilícita no processo não pode prevalecer quando exclui outros direitos e garantias constitucionais ou da Constituição derivados.

É inegável que a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo é a regra a ser obedecido pelo Estado (em particular o Estado de Direito) mas atividades investigatória e persecutória. Porém, para a devida classificação das provas em lícitas ou ilícitas, é fundamental a análise formada quanto ao modo de produção das provas associado a um exame de conteúdo material colhido a fim de, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, decidir-se pela admissibilidade ou não da prova.

Deverá ser feita uma análise sistêmica, enxergando ao texto constitucional de forma unitária e harmônica e visando a promoção da justiça, a erradicação da miséria e da marginalização, de todos os direitos fundamentais e do princípio do Estado de Direito.

A hierarquia lógica dos valores tutelados indicará que nenhum direito pode ser considerado absoluto<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 71.

<sup>18</sup> LEITE, Gisele. **Da legitimidade da prova ilícita**. Disponível em: < <http://www.direito.com.br/Doutrina.asp?O=1&T=2239> >. Acesso em: 12 Julho. 2004.

## 5.0 - PROVA ILÍCITA NO SISTEMA NORMATIVO

### BRASILEIRO

Cabe ressaltar que o legislador de 1988, se atentou para diferença entre prova obtida por meios ilícitos e prova ilícita. Haja vista que em se tratando de prova ilícita a ilicitude está no âmago da prova, no conteúdo da prova, como uma prova forjada, inserida nos autos para justificar uma prisão em flagrante. Diferente da prova obtida por meios ilícitos, não-morais, que ferem a dignidade da pessoa humana, entretanto, apresentam um conteúdo lícito, verdadeiro.

Atualmente, uma das mais importantes conquistas dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, é sem dúvida a repulsa do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição, nestes termos, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no artigo 5º, LVI, da Lei Fundamental de 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em basilado entendimento doutrinário o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada pelos juízes e Tribunais.

Sabemos que o Direito é um vasto sistema normativo, composto por regras e princípios. Nenhuma regra, ou mesmo princípio, por mais importante que seja, pode ser entendida por si própria e distante das demais. Muito ao contrário, a interpretação de qualquer comando sempre deverá levar em conta todos os outros comandos prescritos pelo sistema, pena de grave subversão da ordem jurídica.

Nessa medida, o sistema tem a função precípua de dar unidade e coesão ao ordenamento jurídico, eis que ele engloba a totalidade de regras e princípios colhidos em todos textos e práticas nacionais. Vale a lição de Bobbio<sup>19</sup>, que en-

<sup>19</sup> BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídica*. 5. ed. Brasília: Editora UnB, 1998, p.71.

tende por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.

Acertadamente, de nada adiantaria seguir à risca a interpretação literal de regras (ou princípios) encontradas aqui ou acolá, se, dessa prática, obtivéssemos um resultado incoerente com o próprio sistema. Ao assim proceder, estaríamos prestigiando irracionalmente uma regra (ou princípio), ao preço do sacrifício de toda unidade de um sistema de hierarquia infinitamente maior. Se entendêssemos o Direito como uma série de normas que valem por si próprias (e que, portanto, nenhuma relação entre si guardam), transmitiríamos, em última análise, a insegurança jurídica a todos. Dessa forma, conclui-se que, para salvaguardar o sistema, muitas vezes seremos obrigados a sacrificar regras e mesmo restringir a aplicação de princípios.

De tão relevante é o tema da ilicitude da prova, afirma-se que, em qualquer grau de jurisdição, possa ela ser declarada, e independente do pedido do interessado. Em outras palavras, não há que se falar em preclusão da prova ilícita

Todavia, muito embora a clareza do texto constitucional referente ao emprego das provas ilícitas, temos que a expressão legislativa utilizada no comando não deva ser interpretada por sua literalidade, sob pena de grave subversão do sistema. Embora reze o art. 5º, LVI, que sejam inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, estas nem sempre estão vedadas no processo. Para bem compreender o alcance da norma, urge perquirir seu escopo e sua função dentro do processo.

É bom que se estabeleça, vez por todas, que a idéia de vedar a utilização da prova ilícita no processo busca precipuamente varrer a malícia e a deslealdade. Se, na conduta do agente, não se confirmam tais premissas, por seguro a prova poderá ser acolhida, visto que o dispositivo está impedido de incidir, e, acima de tudo, proteger o regular processo administrativo, quando enfocado.

A Constituição pressupõe a existência do processo como garantia da pessoa humana. Ao ver o processo como garantia constitucional, as Constituições do Séc.



XX, com poucas ressalvas, reconhecem a necessidade de proclamação programática do direito processual e as garantias respectivas como imprescindível no conjunto dos direitos da pessoa humana.

Nessa concepção, a originária concepção de mero respeito ao procedimento existente (*procedural due process of law*), por sua vez, ensejou a conclusão de que não basta o respeito ao estabelecido na lei processual, se esta não garante ao processo requisitos mínimos para ser considerado como tal, segundo os parâmetros constitucionais.

A cláusula do devido processo legal, que é ampla, abrange, dentre outros, os seguintes direitos e princípios:<sup>20</sup>

- a) direito ao juiz natural;
  
- b) direito à indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada;
  
- c) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação;
  
- d) direito a um rápido e público julgamento;
  
- e) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais;
  
- f) direito ao procedimento contraditório;

---

<sup>20</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 175-176.

g) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto;

h) direito à plena igualdade entre acusação e defesa;

i) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão;

j) o direito de ser julgado mediante provas e evidência legal e legitimamente obtida;

k) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita;

l) direito aos recursos (duplo grau de jurisdição);

m) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada;

n) privilégio contra a auto-incriminação.

Nesse passo, as leis acima citadas vieram concretizar, a cláusula do devido processo legal, incluindo, em especial, o direito de não ser acusado, nem julgado e nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas.

Sob vários prismas que devem ser apreciados, em consonância com os supra diplomas legislativos, é realmente relevante a prova ilícita e sua problemática, na qual deve-se deter e dedicar maior parcela de tempo, principalmente no que tange ao direito processual penal, onde seu estudo se encontra a frente.

A Constituição, ao não admitir provas ilícitas no processo, referiu-se a este de modo amplo, incluindo-se aí, portanto, o inquérito e os procedimentos administrativos. “A Prova Ilícita contraria o processo, o inquérito policial, o processo administrativo e a sindicância”.

O direito à prova apresenta determinados limites, posto que, embora constitucional, não é absoluto. Muito se discute a respeito de tais limites, uma vez que qualquer garantia constitucional, por mais importante que seja, não pode ser utilizada em detrimento de outros membros da sociedade, uma vez que, a vida em sociedade é regulada pelo princípio da convivência das liberdades. No processo penal, a questão do direito à prova põe-se de forma mais clara porque seu escopo é tutelar o direito individual à liberdade.

Sabendo que o direito à prova abrange também o direito do Estado dela se utilizar, abre-se discussão acerca da validade do princípio da verdade real, que, frente ao sistema constitucional atual, tornou-se incompatível com o garantismo penal.

Nos dias de hoje, em conformidade com a doutrina atual, não há distinção entre verdade real e material, e sua respectiva aplicação no campo cível ou penal. O que deve prevalecer, hoje, é a verdade processual, diante das provas anexadas aos autos por quem de direito apresentá-las.

Se a produção de prova tem limites, este se encontra nas normas positivas, de modo que será ilícita qualquer prova que atente contra direitos e garantias individuais de qualquer natureza, seja material ou processual e, sendo assim, a prova ilícita é prova vedada e deve ser extirpada do processo.

Varia de caso para caso a maior ou menor a sanção que atingirá a prova, e, em situações especiais, há de se levar em conta o grau da contaminação produzido, o que poderá vir a anular todo o processo.

Atualmente, trilha-se na direção da inadmissibilidade das provas ilícitas, mesmo que a verdade apresentada por elas seja absolutamente importante. Tais provas são eivadas em sua totalidade de vícios que a tornam inconstitucional.

Ainda assim, na doutrina e na jurisprudência estrangeiras está surgindo uma forte inclinação no que toca à adoção do critério da proporcionalidade, que visa a corrigir distorções causadas pelo excesso de rigidez na valoração das provas.

De cunho alemão, este princípio propõe que em casos extremamente graves, deva-se admitir a prova ilícita, desde que, sopesando-se os valores, não seja razoável exigir-se conduta diversa. Como manifestação deste princípio, encontra-se na doutrina, já de há muito à menção a possibilidade de utilização da prova ilícita *pro reo*, ainda que com infringência de direitos e garantias individuais. Sua utilização, em última análise deriva da idéia de que o réu que vê sua liberdade ameaçada por futura sentença injusta, quando traz aos autos prova ilegal, age amparado por causa excludente da antijuridicidade.

Aqui, durante muito tempo a doutrina e jurisprudência dividiram-se entre admitir ou não as provas ilícitas. Hoje, a doutrina majoritária firma-se no sentido da não admissão da prova ilícita, com requintes, obviamente, da teoria da proporcionalidade.

Ainda assim, a CF/88 não deixou margens para a utilização da prova ilícita e, diante de tal posição, indaga-se a respeito sobre a introdução ou não, em nosso ordenamento normativo, do critério da proporcionalidade. Por enquanto existem poucas decisões que enfrentam este mérito, mas é de franca admissibilidade a prova ilícita *pro reo*, que não deixa de ser uma manifestação direta do princípio da proporcionalidade.

A legislação brasileira também é omissa no tocante à sanção que deveria ser imposta à prova reconhecidamente ilícita que, por qualquer razão, foi introduzida no processo. Já se afirmou poderiam sofrer sanção de nulidade absoluta, mas quando a Constituição as proclama inadmissíveis, pode significar que, na qualidade de provas, seriam inexistentes. Isto quer dizer que a sentença que nelas se baseie, mesmo após o trânsito em julgado, é nula e poderá ser desconstitu-

ída a qualquer tempo via revisão criminal; é, portanto, matéria de ordem pública sobre a qual o manto da preclusão não pode recair e caberá ao tribunal, a qualquer tempo, conhecer da questão de mandar desentranhá-las, em qualquer que seja o procedimento.<sup>21</sup>

A seguir, nada mais conveniente do que tratar de uma modalidade de prova peculiar em nosso ordenamento pátrio, devido, quase sempre, à sua desconsideração por falta de autorização judicial: a escuta telefônica.

## 6.0 - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

No século passado, progressos técnicos conseguidos pelo ser humano tornaram capaz a gravação de sons emitidos por meio das comunicações telefônicas. Esse novo fato social fez surgir a necessidade de proteção desse tipo de comunicação pelos Estados, erigindo-se o sigilo das comunicações à categoria dos direitos fundamentais.

Ainda assim, não se poderia cogitar da possibilidade de privar o Estado por completo do acesso a esses tão importantes meios de provas para o combate e repressão aos crimes que são as interceptações telefônicas. Desta forma, passou-se a disciplinar o emprego dos meios eletrônicos de captação de provas.

No Brasil, o assunto foi primordialmente tratado pelo Código Brasileiro das Telecomunicações (Lei 4.117/62). No entanto, somente após a Constituição de 1988, é que o assunto passou a ser melhor explicitado, autorizando esta a sua quebra somente nas hipóteses previstas em lei.

Contudo, a lei regulamentadora da quebra do sigilo telefônico, a qual pôs fim à polêmica gerada sobre a ilicitude ou não das provas obtidas por meio de interceptação telefônica, só foi publicada na Lei n. 9.296/96, disciplinando a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e em

---

<sup>21</sup> SOARES, Renata P. Provas ilícitas. In: \_\_\_\_\_. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 127-143.

instrução processual penal. Outrossim, tal lei não disciplinou a respeito da escuta telefônica, a qual não se confunde com interceptação, fato que iremos esclarecer a seguir.

Faz-se necessário erigir uma distinção entre o que seja gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação. Ocorre a interceptação quando um terceiro escuta e/ou grava uma conversa enquanto essa está ocorrendo, sem que nenhum dos interlocutores saiba deste fato. Ao contrário, a escuta telefônica tem lugar quando um terceiro ou um dos interlocutores grava a conversa, sem que o outro tome conhecimento de que isso está ocorrendo. Desse assunto trata Greco Filho, quando diz que:

a interceptação telefônica, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles. Esta é que caracterizará o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais; a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine.<sup>22</sup>

Assim, para distinguir a hipótese de interceptação quando um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou entre presentes, denominamos escuta ou gravação clandestina, enquanto que a outra denominamos interceptação telefônica *strictu sensu*.

---

<sup>22</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Aspectos legais da escuta telefônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 112.

## **6.1 – DIREITOS CONSTITUCIONAIS E A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.**

A interceptação telefônica não está abarcada pela Lei 9.296/96. No entanto, pode-se afirmar que a interceptação telefônica viola um direito igualmente ou até mais importante do que o direito ao sigilo das comunicações telefônicas - o direito à intimidade.

O inciso XII do artigo 5º da carta magna referente a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, sendo que a Lei 9.296/96 estabelece as normas para a violação da comunicação telefônica, por ordem judicial e na forma legalmente estabelecida, para fins de de investigação criminal ou para fazer prova na instrução penal. Em ambos os casos supra citados, é importante ressaltar que a interceptação só poderá ser feita por ordem judicial e na forma da lei.

A doutrina e a jurisprudência dividem-se quanto à licitude da prova conseguida por intermédio de gravação clandestina ou escuta telefônica, alegando ferir o direito à intimidade, consagrado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988. Como garantia a esse direito, nossa Carta Magna alberga em seu texto o princípio de serem, no processo, inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). O dispositivo relaciona-se com a intimidade, um direito fundamental do homem presente em nossa Carta Política.

Ressalte-se, porém, que a escuta telefônica em si não se constitui fato ilícito, no entanto, o ato de tornar pública a conversa telefônica é que infringe o direito à intimidade, podendo tipificar o crime capitulado no art. 153 do Código Penal - divulgação de segredo - que consiste na revelação de fatos, sem justa causa, que possam causar danos a terceiros. Assim, essa divulgação será considerada prova ilícita. No entanto, quando houver justa causa, a ilicitude estará afastada.

## 6.2 – PROVA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

Alguns doutrinadores, bem como uma pequena parcela da jurisprudência, entendem que a prova obtida através de interceptação telefônica é plenamente lícita, uma vez que não feriria nenhum preceito fundamental.

A *contrario sensu*, diversos outros doutrinadores e grande parte da jurisprudência consideram ilícita a prova produzida por meio de escuta telefônica. A prova ilícita é aquela colhida com infringência de normas ou princípios, insculpidos na Constituição Federal de 1988, para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF), das colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF) etc. Por conseguinte, a gravação ou escuta telefônica não é meio legal nem moralmente legítimo de produção de prova no processo, visto que essa enquadra-se no conceito de prova ilícita, pois é obtida violando direito tido como fundamental, qual seja, a intimidade. No entanto, em alguns casos, poderia até ser admitida, cabendo ao juiz, em falta de norma que regulamente o assunto, aplicar o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, é a escorreita lição de Capez, segundo o qual

[...] a interceptação em sentido estrito, a gravação clandestina e a escuta telefônica, quando feitas fora das hipóteses legais ou sem autorização judicial, não devem ser admitidas, por afronta ao direito à privacidade. No entanto, excepcionalmente, mesmo quando colhidas ilegalmente, tais evidências poderão ser aceitas em atenção ao princípio da proporcionalidade.<sup>23</sup>

É a opinião mais sensata, dentre várias. Ainda assim, a título de exemplo, o Excelso Pretório, em julgamento que está a demonstrar a postura da Corte Constitucional na matéria, sob o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence, anulou processo condenatório de um traficante de entorpecentes gaúcho, em razão de se originar de interceptação telefônica clandestina, encontrando-se o Acórdão assim ementado:

---

<sup>23</sup> CAPEZ, F. *Da legalidade da escuta telefônica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 96.



CONSTITUCIONAL. PENAL. PROVA ILÍCITA: 'DE GRAVAÇÃO' DE ESCUTAS TELEFÔNICAS. C.F., ART. 5º, XII. LEI Nº 4.117, DE 1962, ART.57, II, 'E'. *HABEAS CORPUS*: EXAME DA PROVA. I - O sigilo das comunicações poderá ser quebrado, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual (C.F., art. 5º, XII). Inexistência da lei que tornará viável a quebra do sigilo, dado que o inciso XII do art. 5º não recepcionou o art. 57, II, 'e', da Lei 4.117, de 1962, a dizer que não constitui violação de telecomunicação o conhecimento dado ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste. É que a Constituição, no inciso XII do art. 5º, subordina a ressalva a uma ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.<sup>24</sup>

### **6.3 – O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS AOS CASOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.**

O que a norma constitucional almeja, ao determinar a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, é que não se atente contra os direitos fundamentais individuais, contudo, essa proibição não pode ser por demais rígida, visto que "... a sua observância intransigente levaria à lesão de um direito fundamental ainda mais valorado" . Isso ocorre pois nos sistemas constitucionais modernos não existem liberdades absolutas, visto que dever haver uma harmonização entre os diversos direitos e garantias fundamentais. Não existem, verdadeiramente, garantias constitucionais conflitantes, pois há, em casos de contrastes, um sistema que deixa de lado um princípio geral (*in casu* a intimidade) para atender a uma finalidade excepcional (que pode ser a liberdade, a vida etc). Portanto, esse sistema deverá ser posto em prática sempre que uma liberdade pública estiver sendo utilizada como escudo de proteção para que se cometam atos ilícitos.

---

<sup>24</sup> RE 12.785 de 12.08.1999. RT689/99.

Essa intromissão do Estado na esfera individual do cidadão ocorre quando se sobrepõe o interesse público em detrimento do interesse do particular. É a aplicação do princípio da proporcionalidade, desenvolvido pela escola alemã, que visa a medir as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim, sendo que esse supera as desvantagens quando o princípio é bem utilizado, e da razoabilidade, o qual consiste em verificar se os atos do Poder Público estão permeados pelos valores da justiça, que são supremos em todos os ordenamentos jurídicos.

Assim, quando aplicado aos direitos fundamentais contrastantes, busca-se uma forma de conciliação entre eles, de sorte que o princípio de maior valor social, por exemplo, a vida, eleva-se em relação ao interesse individual, *in casu*, a intimidade. A Constituição Federal protege tanto o direito à intimidade quanto o direito ao sigilo das correspondências, por outro lado há, também, a garantia do direito de prova e, se esses direitos, no caso concreto, vierem a se contrapor, caberá ao juiz, utilizando-se do senso de justiça e do poder de discricionariedade, sopesar valorativamente os direitos contrapostos e decidir pela proteção daquele que considerar de maior valor.

Esses princípios também são utilizados nos casos de escuta telefônica, considerada meio de prova ilícita, mas que, no entanto, poderá ser aproveitada quando o interesse social for preponderante em relação ao interesse individual em questão.

No entanto, a aplicação do princípio em tela deve ser restrita, pois se houver a sua larga utilização, o Estado, com o pretexto de coibir a criminalidade, passará a invadir demasiadamente a privacidade de todos nós. É exatamente por isso que grande parte da doutrina e da jurisprudência só aceita a utilização da proporcionalidade *pro reo*, ou seja, em benefício da defesa.

É necessário que a lei processual penal fixe as balizas da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, conceituando-as e tomando posição quanto à sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova que não é ilícita por si mesma, mas obtida por intermédio de informações coligidas por provas ilicitamente colhi-

das, a que denominamos "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruits of poisonous tree*), do direito norte-americano, segundo a qual o vício da planta transmite-se a todos os seus frutos

Contudo, a melhor opinião é aquela que dispõe sobre a aplicação da teoria da proporcionalidade também às provas ilícitas por derivação, pois a Constituição Federal não refuta radicalmente as duas correntes.

Por tudo o que foi demonstrado, quer no âmbito doutrinário, quer no jurisprudencial, pode-se afirmar que, abstraindo a questão correlacionada a esse tipo de provas, tudo o que delas advier estará, por derivação, eivado de vício absoluto, porque tais provas, conforme o entendimento dominante e de acordo com a doutrina dos frutos da árvore envenenada, não de ser consideradas provas ilegais, dado serem ilícitas e, portanto, de uso vedado no processo.

Acerca do exposto, Avolio coloca, de forma incontestável, que

o problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se coloca nos sistemas de inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas. Concerne às hipóteses em que a prova foi obtida de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. A questão é saber-se se essas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo.<sup>25</sup>

Ainda coloca que a resposta à indagação

(...) oferecida por vários expoentes da doutrina alemã, é no sentido de que a utilização das provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória: as partes poderiam sentir-se

---

<sup>25</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66-67.

estimuladas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de servirem-se de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais. Figure-se, por exemplo, o próprio policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma confissão extorquida, e, portanto ilícita, propiciariam a colheita de novas provas, que poderiam ser introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo.<sup>26</sup>

Gomes, em obra conjunta com o penalista uruguaio Cervini, no que refere a questão das provas ilícitas derivadas, diz

Um claro exemplo (aqui tantas vezes lembrado) de prova ilícita é a interceptação telefônica autorizada antes da Lei 9.296/96. Por falta de regulamentação legislativa, essa autorização não podia juridicamente ser emitida. Logo, a prova, quando o juiz autorizava, era colhida com flagrante violação ao direito ao sigilo das comunicações. Depois da vigência da lei ora comentada também é possível a existência de prova ilícita: basta que não sejam cumpridos os seus requisitos essenciais. Sendo ilícita a prova, é inadmissível (art. 5º, inc. LVI) no processo. O juiz não pode valorá-la em sua fundamentação. Não é prova válida.<sup>27</sup>

Greco Filho, com muita propriedade, coloca que

(...) a Constituição, expressamente, determinou não serem admissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, de modo que se a interceptação não obedecer os preceitos legais e os parâmetros constitucionais, a prova com ela obtida não poderá ser utilizada, bem como as dela conseqüentes, porque se o meio de obtenção da primeira foi ilícito, ilícito também será o meio de obtenção das demais que dela decorram.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>27</sup> GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144.

<sup>28</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei nº 9.296/96. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 67.

## 7.0 – CONCLUSÃO.

Ante o exposto, é de se concluir que, na medida em que a garantia da vedação da prova ilícita encontra-se dentro de um sistema maior, também ela deve ser interpretada de modo que permita a perfeita realização desse. O Estado, ao vedar a autotutela entre os particulares, comprometeu-se a oferecer jurisdição eficaz e deve garantir meios para que os direitos materiais alegados possam ser certificados, afinal também é sua preocupação bem cumprir o ofício jurisdicional.

De nada adianta fechar os olhos para aquilo que há do outro lado da balança no justo momento em que nos deparamos com uma prova *prima facie* contrária ao ordenamento. Convém lembrar que, somente através do cotejo da situação fática concreta, se poderá dizer quais provas devem ou não ser aceitas em determinado processado. É bem verdade que, como regra, a prova obtida por meio ilícito está vedada, pois o ideal, em qualquer processo, é encontrar meios de provas lícitos a comprovar as alegações, de modo que aquela ilícita não necessite constar nos autos. Dessa forma, cumprirá aos operadores justificar com todo zelo as exceções que exijam a restrição da garantia. E, aos efeitos de garantir a harmonia, de todo razoável a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual, em última análise, permite uma solução satisfatória para as questões apresentadas, preservando o Estado de Direito em seus aspectos mais relevantes.

Nessa linha, ainda é de se referir que, dado os valores que comumente estão envolvidos no juízo criminal, neste a admissão da prova ilícita deve se dar com o máximo de temperamento, mormente quando utilizada pela acusação. De outra banda, tampouco é possível afirmar que a prova ilegal possa ser sempre utilizada quando em benefício do réu, muito embora, por vezes e justificada exce-

ção, também deva ser considerada. Como dito, é necessário medir as consequências da aceitação e ponderar todos os valores envolvidos na lide.

Assim, não se pode dizer que a regra contida no art.5º, LVI, CF, que prevê a vedação da utilização da prova obtida por meios ilícitos, seja absoluta. Ela deve ser entendida com temperamento e, sob circunstâncias excepcionais, deve ceder, em homenagem à própria sobrevivência do sistema jurídico nacional. Assim, parece evidente que, para a perfectibilização desse comando, deveremos confiar em nossos magistrados, a fim de que esses não cometam atos de puro arbítrio - o qual é justamente combatido pelo princípio da proporcionalidade. As decisões, nessa medida, deverão ser cautelosamente fundamentadas, expondo todos os motivos que influenciem o convencimento pela aceitação da prova *prima facie* proibida, aos fins de prestigiar o Estado de Direito. A segurança jurídica, então, brotará da uniformização da jurisprudência, mediante a elaboração de critérios objetivos e abstratos para análise e valoração da aludida prova.

Em suma, dada a diversidade de opiniões a respeito do tema, e a inexistência de norma regulamentadora, cabe ao juiz, no seu prudente arbítrio, examinar caso a caso as possibilidades em que possa considerar determinada prova obtida por meio ilícito ou não, temperando-a, quando necessário, com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, regras basilares para que se interprete harmoniosa e equilibradamente a Constituição Federal, restando, pois, o ímpeto arbitrário que, muitas vezes, caracteriza o Estado brasileiro, para que esse não destrua, ainda mais, a nossa tão frágil e devassada intimidade.

## 9.0 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídica**. 5. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

CAPEZ, F. **Da legalidade da escuta telefônica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. **RBCCrim**. n. 12, 1997.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto material do devido processo legal**. RT 709/249, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. A lei de interceptação telefônica. Justiça penal: crítica e sugestões. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Comentários à constituição brasileira**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1996.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Jurisprudência criminal**. v.2. 2. ed. São Paulo: Borsoi, 1973.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica: lei 9.296, de 24.07.96**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Aspectos legais da escuta telefônica**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito processual civil brasileiro**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Interceptação telefônica**: considerações sobre a lei nº 9.296/96. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 67.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. **RPESP**. n. 37. 1992.

\_\_\_\_\_. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Inviolabilidade do domicílio na constituição**. São Paulo: Malheiros, 1993.

JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à constituição de 1988**. v. 1. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da suprema corte na decisão de 16-12-93. **Ajuris**. n. 66, 1998.

LEITE, Gisele. **Da legitimidade da prova ilícita**. Disponível em: <<http://www.direito.com.br/Doutrina.asp?O=1&T=2239>>. Acesso em: 12 Julho. 2004.

LESSONA, Carlos. **Teoría general de la prueba en derecho civil**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1990.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira**. v.3. São Paulo: Freitas Bastos, 1948.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. v. 5. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.



MITTERMAYER, C.J.A . **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bokseller, 1996.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NUVOLONE, E. Da ilicitude das provas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas**. RPGESP. n. 16. 1997.

PAIN, Gustavo Bohrer. A garantia da ilicitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RE 12.785 de 12.08.1999. RT689/99.

SOARES, Renata P. Provas ilícitas. In: \_\_\_\_\_. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

STJ, RHC 6.008/SC de 23.08.1998.

TJRJ. Ag In.7.111. 5ª Câm. Cível, em 22.11.1983.

[http://www.fcl.com.br/outras\\_paginas/balanco2003/balanco.htm](http://www.fcl.com.br/outras_paginas/balanco2003/balanco.htm)