



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ**

**Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas - CCJE**

**Faculdade Nacional de Direito - FND**

**COORDENAÇÃO DE PROJETOS E MONOGRAFIA**

**DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO**  
**PROCESSO PENAL**

**ROSEMBERG CARDOSO SIMÃO**

**Rio de Janeiro**

**2008**

**ROSEMBERG CARDOSO SIMÃO**

**DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO  
PROCESSO PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à banca examinadora da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Nilo Pompílio.

**Rio de Janeiro**

**2008**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus por me conceder esta graça.

Aos meus pais, pela dedicação, incentivo e perseverança, não medindo esforços, mesmo dentro de suas limitações, em me oferecer a melhor formação possível.

À Glória, companheira leal e motivadora da vitória alcançada.

Aos meus filhos queridos, Roberta e Rosemberg Júnior, a quem dedico este trabalho, como forma de incentivo e motivação.

Aos Amigos e todos aqueles que me incentivaram e apoiaram, contribuindo para minha formação.

**ROSEMBERG CARDOSO SIMÃO**

**DA INADSSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO  
PROCESSO PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel.

**Data de Aprovação :** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

---

Nilo Pompílio – Presidente da Banca Examinadora

Prof.º Orientador

---

---

## RESUMO

SIMÃO, Rosemberg Cardoso Simão. Da prova ilícita no processo penal. Rio de Janeiro, 2008. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Esta monografia tem por escopo analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao instituto da inadmissibilidade da prova ilícita, diante da importância deste instituto no processo judicial penal, uma vez que serve de parâmetro para a formação do convencimento do julgador. Nossa Carta Magna de 1988, em seus artigos, assegura aos seus cidadãos, garantias e direitos fundamentais, dentre eles o direito a prova. As restrições com relação à utilização desse preceito constitucional estão bem claras no artigo 5º da Constituição Federativa brasileira de 1988, que regula os direitos à intimidade (inciso X), a inviolabilidade do domicílio (inciso XI), a inviolabilidade do sigilo das correspondências e das comunicações (inciso XII) e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI). A finalidade da prova é convencer o julgador da veracidade dos fatos expostos na exordial, ou refutados pela defesa, sendo assim pode-se dizer que tanto o julgador, como o autor e a própria defesa são destinatários da prova. Na verdade o objetivo do processo judicial penal não é a gloriola entre as partes, as quais lançam mão de quaisquer artifícios com o objetivo de aniquilar o oponente, mas justamente o contrário, pois é através dela que é observada a aplicabilidade do nosso ordenamento jurídico.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	
08	
<b>2. PROVA</b> .....	11
2.1 Conceito.....	11
2.2 Provas obtidas por meios ilícitos.....	12
2.3 Meios de prova.....	17
<b>3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DA PROVA</b> .....	19
<b>4. PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEOS ILÍCITOS ILÍCITOS</b> .....	24
4.1 Princípio da proporcionalidade e possível admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos <i>pro reo</i> .....	32
4.2 Princípio da proporcionalidade e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos <i>pro societate</i> .....	33
<b>5. CONSEQUÊNCIAS DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO</b> .....	38
<b>6. PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO</b> .....	40
6.1 Teoria dos Frutos da árvore venenosa.....	41
6.2 Posição brasileira.....	44
6.3 Jurisprudência comentada sobre inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, as quais deram motivo a demissão por justa causa em processo da justiça do trabalho .....	49
<b>7. SÚMULA EMENTÁRIA DO VOTO DO EXELENTEÍSSIMO SENHOR MINISTRO CELSO MELO</b> .....	52

**8. CONCLUSÃO** .....65

**REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS**.....71

## 1. INTRODUÇÃO

Mesmo antes de ter sido elevada ao nível constitucional, a admissibilidade da prova ilícita sempre causou polêmica e gerou controvérsia. Antes mesmo da Carta Magna de 1988, a doutrina e a jurisprudência tentavam resolver este impasse, face à ausência de um dispositivo legal que regulasse a matéria. Diante disto uma corrente, mais radical, era totalmente contrária à utilização das provas ilícitas, para outra, deveria haver uma análise do caso concreto, e conforme o caso se poderia admiti-las em detrimento da possibilidade de se gerar injustiças.

Apesar da Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LVI, em princípio ter encerrado a polêmica com relação à admissibilidade da prova ilícita diante da possibilidade de ferir direitos e garantias individuais dos cidadãos, alguns julgadores, bem como alguns doutrinadores, vislumbram a necessidade de se fazer uma interpretação que estivesse mais harmônica com outros princípios constitucionais, pois diante do caso concreto, caso fosse adotado fielmente ao pé da letra, a inadmissibilidade no processo da prova obtida por meio ilícito, comprometeria outros direitos e garantias, também constitucionais e fundamentais, por serem conflitantes.

Segundo esta corrente, que adota a chamada Teoria da Proporcionalidade, assim chamada pela escola alemã (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), também chamada de Teoria da Razoabilidade, dita pelos norte-americanos, na qual o julgador pode admitir a prova ilícita, após analisar de forma intrínseca, histórica e ideológica, e fazendo uma ponderação entre os direitos e garantias constitucionalmente assegurados, os interesses em confronto, desde que o

caso concreto seja de extrema importância, e o sacrifício deste direito ou garantia, que naquela circunstância, seja de menor valor, ou menor lesão se infligido, e assim utilizá-las para o benefício do outro direito ou garantia constitucionais.

Desta forma, a admissibilidade ou não no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos vislumbra-se muito importante nos dias atuais, principalmente em função do confronto entre os direitos e garantias individuais dos cidadãos e os arbítrios do Estado, visivelmente sucubiado e sem preparo para combater a mais simples das criminalidades, não se levando em consideração as criminalidades violentas, que desconhece qualquer limite e coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, não se pode admitir uma solução simplória, sob pena de se esgotar o conteúdo de um direito ou garantia fundamental em virtude da super valoração de outro, o que geraria, certamente, situações de flagrante injustiça.

Esta pesquisa tem como objetivo expor e analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, aquelas admitidas com inobservância das regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral, em sendo nestes pontos as maiores polêmicas.

Com objetivo de orientar os temas expostos nesta monografia, serão apresentados inicialmente conceitos gerais sobre prova no processual penal, de modo a delimitar seu conceito, seus meios de obtenção, suas espécies e seu objeto, fazendo ainda uma distinção entre provas lícitas e ilícitas e entre as legítimas e as ditas ilegítimas no processo penal, apresentar a evolução histórica dos sistemas de avaliação da prova, dando especial enfoque para o sistema do livre convencimento motivado do magistrado, traçando contornos entre os principais informadores da teoria das provas e aplicáveis ao estudo das provas ilícitas.

O presente trabalho monográfico terá como ponto central, a exposição do alcance da vedação feita pela Constituição Federal brasileira no que tange a inadmissibilidade da prova ilícita, através da apresentação das posições doutrinárias e jurisprudenciais, sob o prisma conflitante entre os direitos e garantias fundamentais, tendo como ponto de equilíbrio, o princípio da proporcionalidade (alemã) ou razoabilidade (norte-americana).

Por fim, serão abordadas as questões de como o direito brasileiro vislumbra as provas obtidas por meios ilícitos, dentre elas a por derivação, que tem suscitado pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência, trazendo a tona a teoria, norte-americana, do fruto da árvore envenenada, sua adoção no sistema jurídico brasileiro e sua delimitação no direito americano, além de comentar algumas jurisprudências pertinentes, assim como também o Sumário Ementário do voto do Senhor Ministro Celso de Melo sobre Ilicitude da Prova.

## 2. PROVA

### 2.1 Conceito

Segundo Plácido e Silva (1995)<sup>1</sup>, o vocábulo prova vem do latim *proba, de probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), face sua múltipla utilização. Para o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Pereira (2003)<sup>2</sup>, significa aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa, demonstração evidente. Juridicamente significa o conjunto de atos praticados pelos sujeitos processuais (autor, réu e juiz) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou não de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação como fundamento dos direitos de ação e de defesa. Segundo as ordenações Filipinas, “a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões” (Liv. III, Tít. 63).

---

<sup>1</sup> SILVA De Plácido. *Vocábulo Jurídico*. 10ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 491.

<sup>2</sup> AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA PEREIRA, *op. cit.*, 2005.

## 2.2 Provas obtidas por meios ilícitos

A questão das provas obtidas por meios ilícitos tem suscitado muitos debates no meio jurídico. Não seria por outro motivo, senão o antagonismo entre princípios protetores de bens jurídicos de valores essenciais.

A prova obtida por meio ilícito *lato senso* é gênero das espécies de prova ilícita e de prova ilegítima, pelo fato da primeira ser violação a norma material, e a segunda ser violação a norma processual.

São as provas ilícitas, espécies das chamadas provas vedadas, não se confundem com as provas ilegais e ilegítimas, pois provas ilícitas são aquelas obtidas com a infringência do direito material, já as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual, por sua vez, as provas ilegais seria o gênero, do qual as espécies de provas ilícitas e ilegítimas fazem parte, pois se configuram pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

Ensina Grinover (1990)<sup>3</sup> que a prova ilícita enquadra-se na categoria da prova vedada, entendida esta como a prova contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo. Ainda de acordo com a autora, a prova é vedada em sentido absoluto, quando o direito proíbe, sempre, sua produção, e o é em sentido relativo, quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio de prova, condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas.

A doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a este respeito, havendo opiniões, por exemplo, no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo, sem nenhuma ressalva e outras que as veda absolutamente.

---

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Moreira<sup>4</sup>, citando a questão da prova adquirida com infração a uma norma jurídica.

Segundo ele, existem duas teses radicais:

[...] de acordo com a primeira corrente, deve prevalecer em qualquer caso o interesse da justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda corrente, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegítima obtida.

No meio dessas duas correntes, encontramos propostas conciliadoras.

Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em diversos aspectos, atentando quanto à gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, sendo assim o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.

Alguns criticam tal solução tendo em vista o possível risco de dar margem excessiva à influência de fatores subjetivos pelo juiz. Ora, nem o Direito Penal, que tentou se ver livre disso com a teoria penal avalorada de Beling conseguiu tal resultado, verifica-se em razoável número de “tipos anormais”, com elementos normativos, honra, mulher honesta, e não se tem levantado dúvida quanto à aplicação dos mesmos pelo Poder Judiciário e não se tem conhecimento de que estejam acontecendo arbitrariedades.

---

<sup>4</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas, 6 ed. Saraiva, São Paulo.

No mesmo sentido, a opinião de Nelson Nery Júnior<sup>5</sup>:

[...] não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é que mais se coaduna como o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Como se percebe, a ilicitude da prova é decorrente de sua obtenção ilícita, ou seja, conseguida através de meios que infrinjam uma norma legal de proteção à intimidade, dentre outros direitos.

Há, nestes casos, um confronto de normas, sendo uma de proteção da intimidade, e outro de direito a produção de prova, como forma de assegurar a ampla defesa. É, portanto, o sigilo que garante a intimidade. A quebra daquele viola este.

Para Capez (2002)<sup>6</sup>, que chama a prova ilícita de prova proibida, ela é:

[...] aquela produzida em contrariedade a uma norma legal específica, e, portanto, de forma ilícita. Como exemplo deste tipo de espécie de prova pode-se citar aquela obtida mediante tortura, pois se transgride o direito material à integridade física e moral do torturado.

Segundo Batista da Silva (2000)<sup>7</sup> o legislador brasileiro não enfrentou diretamente o problema da utilização, no processo civil, das provas obtidas por meios ilegítimos, limitando-se a indicar, no art. 332 do CPC, que diz que somente as provas “moralmente legítimas” seriam admissíveis no direito brasileiro.

---

<sup>5</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípio do processo civil na Constituição Federal, 4. ed, São Paulo, RT, 1997, p. 147.

<sup>6</sup> CAPEZ, Fernando, Curso de processo penal. 8. ed. Revisada. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>7</sup> BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2000.

O debate está polarizado entre os direitos fundamentais do homem e os princípios básicos que norteiam o processo e a necessidade de descoberta da verdade material, tanto para proteção da sociedade, quanto para a efetivação do ideal de justiça, que representa o anseio máximo da sociedade e a razão de ser do direito.

Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados, ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por outros meios regulares, e se tendo agido assim, esta infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo.

Na verdade, a prova ilícita é aquela colhida com violação de normas ou princípios de direito material, inclusive em sede constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto, diz respeito, sempre, à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana. Ela também se refere ao direito penal, civil e administrativo, áreas onde se encontram definidos direitos ou cominações legais de se contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal, inviolabilidade do domicílio, sigilo das correspondências e outros.

Nery Júnior<sup>8</sup> também considera a prova ilícita quando sua proibição for de natureza material, diferenciando-a da prova legal, que será sempre aquela violadora do ordenamento jurídico como um todo, compreendendo leis e princípios gerais, quer seja de natureza material ou meramente processual.

Grinover<sup>9</sup> afirma que é mister conseguir-se um equilíbrio adequado entre a liberdade para o exercício do direito à prova e a legalidade, ou legitimidade dos meios empregados para obtê-la, pois a busca da verdade no processo não pode ser erigida em princípios absolutos, a

---

<sup>8</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., 1997.

<sup>9</sup> GRINOVER, op. cit., 1990.

ponto de anular os outros princípios constitucionais básicos, tal como o da tutela da privacidade, que assegura a toda pessoa humana o direito à intimidade, não só contra Estado, mas igualmente contra os particulares.

Segundo Petry<sup>10</sup> prova ilícita:

[...] é a colhida com violação de normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana.

Esta discussão reflete um dos grandes problemas que a humanidade vivencia na atualidade, esclarecido por Norberto Bobbio<sup>11</sup> “que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los”.

De um lado, temos o indivíduo, do outro a sociedade. Interesse individual contra interesse coletivo.

A atuação do Estado encontra seus limites nos direitos e garantias do indivíduo, e em todas as esferas do direito, notadamente na esfera criminal, indicando assim, um retorno ao garantismo jurídico.

### **2.3 Meios de Prova**

Os meios de prova ou *thema probandum*, é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio, sobre as quais pesa incerteza e tenham relevância para o julgamento,

<sup>10</sup> PETRY, Vinícius Daniel. A prova ilícita disponível em <http://www1.jus.om.br/dotrina>, acessado em abril de 2005.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 5ª reimpressão, 1992, p. 25.

sendo assim precisa ser conhecido pelo juiz, que atribuirá um juízo de valor, sendo capaz de criar em seu interior a convicção, e assim influenciar sua decisão.

Deve-se considerar como “moralmente legítimos” todos os meios de prova que a lei expressamente preveja e regule, uma vez que o art. 332 do CPC dispõe que “todos os meios legais”, bem como os “moralmente legítimos”. Bem, quaisquer que sejam as concepções morais conhecidas, devem-se considerar como “moralmente ilegítimos” todos os meios de prova que não sejam legítimos sob o ponto de vista jurídico.

É através das provas que se procura demonstrar a ocorrência ou não dos pontos duvidosos de fatos relevantes para a decisão judicial, ou seja, a confrontação das afirmações dos fatos feitos no processo com a verdade objetiva, em princípio não haveria limitações ou restrições à admissibilidade de quaisquer meios para a produção de prova, denominado princípio da verdade real, todavia, não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora por não se fundarem em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo, haja visto que dariam perigoso ensejo a manipulações ou fraudes; ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito, configurando constrangimento pessoal inadmissível. Nosso ordenamento jurídico contém implícito a adoção do princípio da liberdade dos meios de prova (art. 155, CPP), assim como também estabelece que todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, “são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se fundão a ação ou a defesa” (art. 332, CPC). Diante disto, nossa atual Carta Magna, pôs um ponto final na discussão aberta na doutrina e na jurisprudência, declarando em seu artigo 5º, LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”.

Nesse artigo nossos constituintes adotaram uma posição peremptória negativa sobre inadmissibilidade da prova ilícita, face sua obtenção ter sido fruto da violação da intimidade,

da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, a das comunicações telefônica.

### **3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE DA PROVA**

O princípio da liberdade da prova é um consectário lógico do princípio da verdade real, ou seja, se o juiz deve buscar sempre a verdade dos fatos que lhe são apresentados, óbvio nos parece que tem toda liberdade de agir, com o fim de reconstruir o fato praticado e aplicar a ele a norma jurídica que for cabível.

Assim, na busca da verdade real, deve o juiz desenvolver as atividades necessárias, com o escopo de dar a cada um aquilo que, efetivamente, a ele pertence, porém, sua atuação encontra limites previstos em lei.

A liberdade da prova, portanto, não é absoluta, pois muitas vezes o juiz estará coarctado em sua pesquisa sobre a verdade dos fatos. O fundamento desta limitação está em que a lei considera certos interesses de maior valor do que a simples prova de um fato, mesmo que seja ilícito. Pois os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana impedem que a procura da verdade real utilize-se de meios e expedientes condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito, sendo assim estas limitações são impostas ao magistrado, quando da busca da verdade real.

Dentre estas limitações podemos destacar algumas:

- a) a prova do estado civil das pessoas, face está sujeita às limitações impostas pela lei civil (cf. art. 155 do CPP), só será admitida com a apresentação da certidão de nascimento, conforme ainda, art. 1.543, CC – Lei nº 10.406/02, só a prova testemunhal, mesmo que sob o grifo do contraditório, não autoriza o juiz a admiti-la;

- b) algumas contendas, controvérsias e discussões, por vezes devem ser antes apreciadas pelo juiz, nem sempre pelo juiz penal, e só depois destas apreciações, pode ser proferida sentença;
- c) nos crimes falimentares, o juiz penal fica coarctado em sua pesquisa sobre a validade da sentença que declarou a quebra no juízo falimentar, pois não é lícito pesquisar se a sentença declaratória da falência é nula ou não (cf. art. 511 do CPP);  
e,
- d) o segredo profissional, previsto no art. 207 do CPP, torna inadmissível o depoimento das pessoas que devem guardar segredo, bem como a apreensão de documento em poder do defensor, conforme § 2º, do art. 243, CPP.

Há, ainda, no processo penal, consoante Frederico Marques<sup>12</sup>, restrições à liberdade de pesquisa da verdade real na instrução do processo, como as questões prejudiciais cíveis, previstas nos art. 92 e 93 do CPP, que vinculam o juiz penal ao que foi decidido na esfera civil ou, ainda, a determinação do art. 62 do CPP, que exige a juntada da certidão de óbito do acusado para que o juiz penal possa, por exemplo, declarar a extinguir o processo.

No processo penal, não só as alegações das partes devem ser provadas, como também deve haver, quando possível, uma reconstrução do fato criminoso, bem como das circunstâncias que o rodearam, confrontando o que foi dito tanto pela acusação como pela defesa, abrindo inclusive a possibilidade de o próprio juiz tomar a iniciativa da produção da prova (cf. art. 156, CPP).

José Frederico Marques<sup>13</sup>, citando Jean Patarin, explica de forma magistral a importância da liberdade concedida ao juiz para buscar a verdade real, afirmando que:

---

<sup>12</sup> MARQUES, José Frederico. Elemento de direito processual penal. 2. ed. Atual. Campinas: Millennium, 2000.

<sup>13</sup> MARQUES, op. cit., 2000.

A defesa da sociedade e o interesse da repressão exigem que se empreguem todos os meios para a descoberta do culpado e para a aquisição de exato conhecimento de todas as circunstâncias da infração, além disso, no direito penal moderno, acrescenta-se a necessidade de informação, igualmente completa e segura, sobre a personalidade do culpado, a fim de individualizar-se a pena, ou mesmo adaptar-se a sanção às possibilidades de reeducação do delinqüente conforme o que preconiza as doutrinas da defesa social. Por fim, os interesses ameaçados pela persecução penal, não menos dignos de atenção.

Assim, o processo penal e a atividade probatória devem ser pautados na busca incessante da verdade real, aproximando-se tanto quanto possível da reconstrução do fato e das circunstâncias relevantes, possibilitando que o julgador forme seu convencimento e decida o caso.

A atividade processual em geral deve sempre buscar a verdade, como ensina Portanova<sup>14</sup>, “ainda que o processo não seja a realidade, deve assentar-se nela e estar ligado a ela de maneira indissolúvel. Fora disso deixaria de ser direito”.

Há necessidade, todavia, de se evitar extremismos que possam desvirtuar o real objeto da liberdade concedida às partes e ao juiz na atividade probatória. A busca da verdade a qualquer preço já foi considerada premissa indispensável para alcançar o escopo da defesa social, tornando-a um valor mais preciso do que a liberdade individual.

Destaca Grinover<sup>15</sup> que, “...tomando-se esse caminho, se perderá fatalmente o sentido de qualquer limite e a verdade absoluta tornar-se-á um mito que corresponde ao ilimitado poder do juiz”. E conclui sua exposição, afirmando que:

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela, de um lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade processualmente válida.

<sup>14</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>15</sup> GRINOVER, op. cit., 1998.

É no sentido de investigar a verdade, tal como o fato aconteceu que se concede especiais poderes ao juiz nesta busca, possibilitando a ele reconstruir todos os fatos relevantes para balizar a justa e correta imposição da sanção penal, em respeito aos valores mais fundamentais da pessoa humana, como a honra, a dignidade e a liberdade, bem como a defesa da sociedade como um todo.

Por isso, conquanto extremamente importante para o progresso, à busca da verdade real não é absoluta, sofrendo limitações, que podem ser gerais, especiais ou constitucionais.

Algumas limitações decorrentes de princípios constitucionais de defesa da dignidade da pessoa humana impedem que, na busca da verdade, lance-se mão de meios condenáveis e iníquos, bem como todos os meios estranhos à ciência processual.

Foi para proteger os direitos fundamentais do ser humano, durante a evolução das relações entre indivíduos e o Estado intervencionista que se inseriram normas que garantissem esses direitos fundamentais frente à intervenção, constitucionalizando um regime garantista do ser humano, norteador das relações entre indivíduo e o Estado.

Como ensina Grinover <sup>16</sup>, “o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo”.

Portanto, estão excluídas do processo penal formal as obtenções de provas que não se coadunem com a idéia de processo como instrumento de proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

---

<sup>16</sup> GRINOVER, op. cit., 1998.

Desta forma, não são viáveis como instrumentos probatórios a serviço do juiz na busca da verdade real os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos, interceptações telefônicas e gravações clandestinas, provas denominadas científicas que possam atingir a integridade física o moral do ser humano, como a hipnose, a narcoanálise, mesmo quando pedida ou aceita pelo acusado, o emprego do *lie-detector*, e todas as formas de provas ilícitas.

Sendo assim, conclui-se que o princípio da liberdade da prova, não pode ser desconsiderado em detrimento do princípio da verdade real, pois o mesmo não é absoluto por sofrer restrições previstas em lei.

#### **4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A teoria, hoje dominante, da não admissibilidade das provas colhidas com infringência às garantias constitucionais, tem sido atenuada por outra tendência, que adota o critério da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos da América), pela qual, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida de forma ilícita, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido.

No Brasil, como versa Machado (1995)<sup>17</sup>, o critério da proporcionalidade é adotado, com restrições, pela jurisprudência, sobretudo no processo civil, e, de forma especial, nas questões de direito de família. Bastos (1993)<sup>18</sup>, por sua vez, assevera que o comando contido no inciso LVI do art. 5º da Carta Magna “deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria a uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorosa”.

Afirma, ainda, que, neste caso, “a prova a ser feita valer deve ser indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela lei maior do que aquela cuja violação se deu”. E acrescenta:

[...] é necessária que a produção desta prova se faça em defesa do réu e não a favor do Estado, entendido este como autor da ação penal. Porém, a prova deve ser acolhida quando aquele que a exhibe não teve nenhuma participação, quer direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou. Estas regras abrem as portas para uma interpretação ponderada e equilibrada do texto Constitucional, permitindo que se dê eficácia ao propósito de banir as provas ilícitas sem, contudo, extremar este princípio a ponto de se permitir à eficácia de outros direitos constitucionais também fartamente protegidos, como o da ampla defesa.

---

<sup>17</sup> MACHADO, Agapito. Prova ilícita por derivação. V. 712. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição Federal. V. II. São Paulo: Saraiva, 1993.

Na mesma linha se encontra o pensamento de Castanho de Carvalho (1993)<sup>19</sup>, para quem deve preponderar o interesse jurídico mais valioso, sendo mais importante o direito à liberdade e à ampla defesa do que o direito à privacidade. A partir dessa premissa conclui que o imputado, em processo penal, pode produzir prova considerada ilícita, salientando ainda que, ao assim agir, estará ele acobertado por causa de exclusão de criminalidade, com o estado de necessidade ou legítima defesa.

Já Tucci (1993)<sup>20</sup> pensa de forma diferente, afirma que:

[...] as provas obtidas por meios ilícitos, porque conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.

A jurisprudência também não é pacífica, havendo decisões que acolhem o critério da proporcionalidade *pro reo*, e outras que não o admitem.

Segundo Mirabete (2003)<sup>21</sup>, “a ampla liberdade existente para produzir provas inominadas, ou seja, fora do âmbito especificativo de nossa legislação, não autoriza as partes ultrapassarem os limites impostos pela nossa lei processual, lê-se art. 155 do CPP e outros, e os impostos pelo direito de defesa e a dignidade humana”.

---

<sup>19</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Comentários à Constituição Federal Brasileira. V. II. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>20</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>21</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal: interpretado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

Os meios probatórios incompatíveis com o direito de defesa e a dignidade humana não são admissíveis, pois a utilização destas acarretaria em uma afronta à vida social de um povo, regido genericamente pelas normas reguladoras do direito.

Mirabete (2003)<sup>22</sup> enumera, em seu rol de provas inadmissíveis, a provocação ao sobrenatural, por tratar-se de objeto quimérico de cunho subjetivo, com sede no interior dos ideais e credos de cada indivíduo. A prova deve ser introduzida no processo como objeto probatório do fato alegado e defendido pela parte que a introduziu. Portanto, não se pode admitir provas realizadas em processos para a defesa de um direito quando se ofende um outro direito de terceiro.

Os Julgadores costumam rejeitar as provas obtidas por meio de fitas magnéticas que foram produzidas clandestinamente no domicílio da pessoa contra a qual se pretende obter elementos de prova, ou a utilização de diário íntimo, contra a vontade ou sem autorização de seu autor, assim como a prova obtida mediante chantagem. Reputa-se equivalente à prova obtida através de registro magnético ignorado pelo paciente e, como tal, também proibido, a prova produzida por meio da entrada clandestina de estranhos em seu domicílio, com o fim de espionagem, assim como ocorre, em geral, com a prova obtida por detetives particulares.

Outro gênero de prova considerada ilícita, de acordo com o mesmo autor, é a conseguida por meio de interceptação clandestina de conversas telefônicas, através de registro de fitas magnéticas e mídias.

Segundo Nery Júnior (1997)<sup>23</sup>, de acordo com esta corrente,

[ ...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificada.

<sup>22</sup> MIRABETE, op. cit., 2003.

<sup>23</sup> NERY JÚNIOR, op. cit., 1997.

Para os seguidores dessa corrente, a prova colhida com a infração aos direitos fundamentais do homem, é inconstitucional e, em consequência, ineficaz como prova. Mas, a proibição é abrandada para admitir a prova viciada, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, se sua obtenção e admissão puder ser considerada como a única forma possível e razoável, para proteger outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.

Tratando-se, portanto, de uma questão de proporcionalidade entre a infringência à norma e os valores que a produção da prova pode proteger, por intermédio do processo, tratando-se de restrição de direitos, liberdades e garantias, deve se levar em consideração, ainda, dois elementos: a exigibilidade e a adequabilidade.

Como nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, em decorrência da necessidade de conviverem no mesmo sistema jurídico, torna-se necessário, portanto, no atual contexto, extrair o real significado do dispositivo constitucional, já que, em determinadas hipóteses, deve haver algum grau de abrandamento da vedação constitucional.

Dar ao juiz a possibilidade de analisando o caso concreto, admitir a prova, ainda que produzida por meio ilícito, seria a melhor saída. Analisando a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o envolvido demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e demais circunstâncias relevantes, o julgador, só pesando os bens jurídicos envolvidos, determinaria qual deveria ser sacrificado e em que medida.

Na lição de Meirelles<sup>24</sup>, o princípio da proporcionalidade pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade

---

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 86.

entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>25</sup>, aduz que, embora muitas vezes fale-se separadamente de razoabilidade e proporcionalidade, estes estão contidos naquele: “isto porque o princípio da razoabilidade exige, entre outras coisas, proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a administração e os fins que ela tem que alcançar”.

Nascendo no âmbito do direito administrativo como forma de prevenir arbitrariedade do Estado no uso de seu poder de polícia, a idéia de proporcionalidade foi, gradativamente, sendo incorporada pelos demais ramos da atividade estatal, inclusive no órgão jurisdicional, proibindo excessos que comprometessem direitos fundamentais do cidadão.

A idéia de proporcionalidade confundiu-se com o próprio ideário de Estado democrático de direito, nascido sob a égide de uma lei fundamental, que busca manter um equilíbrio entre a atividade dos diversos poderes que formam o Estado e os cidadãos que o compõem.

Transportando para o processo, mas especificamente para a questão das provas ilícitas, o princípio da proporcionalidade impõe que o julgador, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, ao apreciar a admissibilidade de uma prova ilícita no processo, o faça pesando apenas os bens jurídicos envolvidos no caso em análise, de forma a corrigir as possíveis injustiças que possam advir da observância pura da vedação constitucional.

Celso Ribeiro Bastos<sup>26</sup>, numa clara aceitação do princípio da proporcionalidade, traz algumas regras de imposição obrigatória ao julgador a serem observadas no momento da avaliação da admissibilidade das provas ilícitas.

---

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 81.

<sup>26</sup> BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

A primeira, é que a prova seja indispensável para proteger um direito mais encarecido e valorizado pela lei Maior do que aquele afetado pela sua produção. A segunda regra é a de que a prova seja produzida em favor do réu e não do Estado como titular da ação penal. Finalmente, não deve ter havido participação direta ou indireta do réu no evento inconstitucional que resultou na coleta da prova<sup>27</sup>.

José Carlos Barbosa Moreira<sup>28</sup>, afirma que:

[...] é irrealístico pensar que se logre evitar totalmente a convivência (ou melhor, a necessidade) de temperar a aparente rigidez da norma. Expõe que deve ser verificado se a ilicitude cometida na coleta da prova se afigurava como necessária, a ponto de tornar escusável a transgressão cometida, ou se havia possibilidade de se obter a prova por meios regulares e a infração gerou dano superior àquele trazido para a instrução processual.

Camargo Aranha<sup>29</sup>, propondo renomear a teoria da proporcionalidade para a teoria do interesse preponderante, afirma que:

[...] em determinadas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

Mas adverte Grinover<sup>30</sup>, dentre outros que “o emprego do princípio da proporcionalidade, com o objetivo de atenuar a vedação constitucional às provas ilícitas, tem

---

<sup>27</sup> BA STOS e MARTINS, p. 276.

<sup>28</sup> BARBOSA MOREIRA, p. 4.

<sup>29</sup> ARANHA, Adalberto q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 4. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 32.

<sup>30</sup> GRINOVER, 1997. p. 134.

como ponto negativo a possibilidade de gerar abusos e inseguranças, face à subjetividade na avaliação da admissibilidade da prova”.

Barbosa Moreira<sup>31</sup> rebate a crítica formulada ao princípio da proporcionalidade, argumentando que “...freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração do juiz para possibilitar a aplicação das normas redigidas com conceitos jurídicos indeterminados, tais com os de “bons costumes” ou de “interesse público”...”e adverte que a estrita e inflexível observância da vedação constitucional poderia levar a aberrações muito maiores do que aquelas que possam advir do subjetivismo do juiz no momento da valoração da admissibilidade da prova ilícita.

Com uma posição completamente oposta a de Celso Ribeiro Bastos, sobre à flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas, Rogério Lauria Tucci<sup>32</sup> argumenta que as exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas devem estar contidas no próprio texto constitucional e são, necessariamente, taxativas, como é o caso dos incisos XI e XII do art. 5º, não comportando qualquer espécie de alargamento do seu conteúdo pela doutrina.

No mesmo sentido é a posição de Gomes Filho<sup>33</sup>, advertindo, ainda, que:

[...]a disparidade de tratamento em função da aceitação de proporcionalidade, “conduziria a uma sistemática violação da presunção de inocência dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pela proibição de prova mencionada, ademais, a qualificação dos fatos, como mais ou menos graves, no limiar das investigações, acabará fatalmente por abrir um espaço incontrolável à discricionariedade (senão ao arbítrio) dos agentes policiais, e conclui afirmando que: assim sendo – deve ser aduzido, - não coonestando, a Carta magna da República, qualquer temperamento à preceituação determinante da inadmissibilidade de “provas obtidas por meios ilícitos”, uma vez conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei, e, ainda, moralmente legítimos, por maior que seja a importância do direito individual a ser preservado, não têm elas como

<sup>31</sup> BARBOSA MOREIRA, p. 4.

<sup>32</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Op. cit., p. 43.

<sup>33</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13).

ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídica penal submetida à sua apreciação.

Entretanto, a tese da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas tem recebido a adesão de parte considerável da doutrina, conforme já foi demonstrado, bem como dos tribunais pátrios, sobretudo nos casos de provas ilícitas que venham beneficiar a defesa e, em casos mais raros, em benefício da acusação, conforme será demonstrado a seguir, o que deve ser rechaçado.

#### **4.1 Princípio da proporcionalidade e possível admissibilidade das provas obtidas por meios ilícito *pro reo***

Segundo Avolio<sup>34</sup>, em que pesem todas as discussões doutrinárias a respeito da flexibilização da vedação constitucional às provas ilícitas, uma coisa já parece estar consolidada: a aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício do direito de defesa abre a possibilidade de se admitir a prova ilícita em favor do réu, sobretudo no processo penal e quando for a única forma de prova da inocência.

É que os direitos fundamentais, como ensina Grinover<sup>35</sup>: “...não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais”.

No confronto entre a vedação constitucional às provas ilícitas, que representa uma proteção a direitos fundamentais do cidadão, e o direito de provar a própria inocência, que também é um direito fundamental, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88, é claro que este deve prevalecer, porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores insuperáveis na sociedade moderna, bem como pelo fato de que não interessa ao Estado punir um inocente e, como consequência, deixar impune o verdadeiro culpado.

Avólio<sup>36</sup> argumenta que “até mesmo quando se trata de prova ilícita colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuricidade, como a legítima defesa”.

#### **4.2 Princípio da proporcionalidade e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos *pro societate***

---

<sup>34</sup> AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato, Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 107.

<sup>35</sup> GRINOVER, 1998. p. 52.

<sup>36</sup> AVÓLIO, 1995. p. 66.

A possibilidade de flexibilizar a vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos quando forem em benefício da sociedade e, como consequência, em desfavor do réu, é questão que deve ser rechaçada. Mesmo em face da necessidade de se proteger a sociedade contra a ameaça gerada pela expansão da criminalidade organizada, que se infiltra cada vez mais em todas as esferas do poder, criando uma verdadeira “sociedade do crime”, organizada e aparelhada para desenvolver a atividade criminosa, além de outras formas de criminalidade violenta e habitual, como o terrorismo, e a delinqüência sexual violenta.

Predomina na doutrina a posição de que prova ilícita somente poderia ser admitida em favor do réu, e nunca como instrumento de acusação, vez que a vedação às provas ilícitas, por tratar-se de uma garantia constitucional que visa proteger direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, somente poderia ceder naqueles casos em que estivesse em confronto com outro direito fundamental do acusado.

Na lição de Barbosa Moreira<sup>37</sup>, é extremamente difícil, talvez impossível achar o verdadeiro ponto de equilíbrio entre a necessidade de se coibir o uso de expediente antijurídico na instrução probatória e a necessidade imposta pelo interesse público de assegurar ao processo um resultado justo, sem desprezar qualquer elemento que contribua para o descobrimento da verdade.

E argumentando o doutrinador Barbosa Moreira<sup>38</sup>, explicando que o rigor adotado pela constituição, no tocante a vedação às provas ilícitas, deveu-se, em grande parte, á recente extinção de um regime autoritário, no qual era freqüente o desrespeito a direitos fundamentais. Lembrando os exemplos da Itália e da Espanha que, conquanto tenham saído de regimes autoritários, adotam posição mais flexível, aduz que “não scandaliza o mundo jurídico espanhol ouvir dizer ao Tribunal Constitucional que os próprios direitos fundamentais não devem erguer obstáculos intransponíveis à busca da verdade material que não se pode

---

<sup>37</sup> BARBOSA MOREIRA, p. 11.

<sup>38</sup> Loc. cit.

obter de outro modo. Nem por isso alguém se animará a afirmar que a sociedade espanhola não seja democrática. E conclui afirmando que a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em sacrificar o excesso”.

No mesmo sentido é a posição de Camargo Aranha<sup>39</sup>, pontuando que “em nome de um exagerado dogmatismo, grandes crimes e poderosos criminosos podem ficar impunes. Não devendo esquecer que o crime organizado é, quanto à sua execução, quase perfeito, face serem planejados cientificamente, o que exige investigações mais apuradas”.

Paulo Lúcio Nogueira<sup>40</sup>, posicionando-se sobre o assunto, e delimitando o alcance da teoria da proporcionalidade, afirma que:

[...] a teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular faz mau uso de seu direito.

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público.

No entanto, é de se salientar que há a necessidade de autorização judicial por escrito para realização ou obtenção da prova ilícita, pois não pode a autoridade policial, por simples suspeita, fazer diligências que atentem contra os direitos fundamentais individuais.

---

<sup>39</sup> ARANHA, p. 60 et seq.

<sup>40</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúci. Curso completo de Processo Penal. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 188.

Mas esclarece Paulo Lúcio Nogueira<sup>41</sup>, que essa posição não implica em admitir a tortura como meio de prova, porque “uma coisa é tortura alguém para obter a confissão, o que atenta contra todos os princípios, e outra é grampear um telefone, fotografar alguém, violando sua intimidade, ou usar um gravador disfarçadamente para obter declarações”.

Gomes Filho<sup>42</sup>, firmando posição contrária à admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, o que é mais correto, salienta que não há qualquer incongruência na rejeição do critério da proporcionalidade para admitir-se a prova ilícita *pro societate* e a utilização desse mesmo princípio para justificar a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, vez que a estatura dos valores confrontados em cada caso, quais sejam: o interesse na punição dos delitos, de um lado, e, de outro, a tutela da inocência, com o direito a produção de provas é diversa.

Por esse entendimento, no confronto entre o direito a provar a própria inocência e a vedação constitucional às provas ilícitas, aquele deve prevalecer, o que não ocorre no confronto entre a dita vedação e o interesse da sociedade em punir um criminoso.

É que a vida em sociedade é infinitamente mais fértil em situações práticas do que a capacidade legislativa do Estado, impondo o abrandamento de rigores que possam gerar injustiças e inseguranças sociais. Não é difícil, sem muito esforço, criar uma situação hipotética que comprove a veracidade dessa afirmação.

Neste sentido, o trabalho de Jesús-Maria Silva Sánchez<sup>43</sup>, embora não traga a solução definitiva ao problema, pelo menos lança uma base conceitual que permite, ao menos, visualizar a questão sob o enfoque de situações limite, que ensejariam a flexibilização das garantias constitucionais, face à necessidade de se combater um mal maior.

Alude o Silva Sánchez<sup>44</sup>, sobre a existência de um “direito penal de terceira velocidade”, no qual a excepcionalidade e a gravidade da situação conflitiva justificariam a

<sup>41</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúci. Op. cit., p. 116.

<sup>42</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito á prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 107.

<sup>43</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>44</sup> SILVA SÁNCHEZ, p. 149.

adoção de formas diferenciadas de persecução criminal e de produção de provas. Assim, casos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada e fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar as bases fundamentais da sociedade, justificariam a adoção dessa forma especial de persecução criminal.

Essa nova forma de processo está ligada à uma cisão do processo penal, onde se vislumbram um “direito penal cidadão” e um “direito penal do inimigo”, em que este “... é um indivíduo que, mediante seu comportamento ou sua ocupação profissional, principalmente mediante sua vinculação a uma organização delitativa, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental”.

A transição do cidadão comum, sujeito a um direito penal eminentemente garantista, para o inimigo, para o qual seriam necessárias formas especiais de persecução criminal, em que a tônica é a flexibilização das garantias individuais, face às dificuldades adicionais de persecução e prova, ocorreria através de reincidência, da habitualidade, da delinquência profissional e, finalmente, em face de sua vinculação a organizações delitivas estruturadas. Nesse passo, mais do que o delito propriamente dito, a potencial periculosidade do agente é que justificaria a adoção de um combate pronto e eficaz, salvaguardando o interesse basilar da sociedade.

Mas alerta Silva Sánchez<sup>45</sup> que, a despeito da necessidade de existirem casos em que seja necessária a adoção de uma forma especial de persecução criminal, focada na flexibilização das garantias individuais, esta só deve ser adotada em situações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em caráter temporário e emergencial, de modo a não contaminar o “direito penal da normalidade”, justificando, em termos de proporcionalidade, a flexibilização de algumas garantias individuais em função da necessidade de fazer frente a um mal maior.

---

<sup>45</sup> Loc. cit.

## **5. CONSEQÜÊNCIAS DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO**

É sabido que existem quatro momentos da prova dentro do processo: o requerimento, a admissão ou juízo de admissibilidade feito pelo juiz, a produção da prova e, finalmente, sua

valorização, A Constituição de 1988, ao dizer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, está certamente se referindo ao momento da sua admissibilidade, impondo ao julgador que não admita a produção ou, se já produzida anteriormente, não admita sua introdução ao processo.

Mas a Constituição deixou de estabelecer a consequência para o descumprimento dessa vedação, ou seja, que sanção deverá ser imposta se, mesmo inadmissível, houver a introdução no processo e valorização, pelo magistrado, de uma prova ilícita.

Grinover<sup>46</sup>, a esse respeito, pontua que “as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por estas tidas como provas, tratando-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica”.

No entendimento de Avólio<sup>47</sup>, traçando considerações sobre a teoria da tipicidade do ato processual, segundo a qual este deve corresponder perfeitamente ao modelo previsto na norma processual, conclui que, por esse caminho, não se poderia impor qualquer pena de nulidade ao ato que admitisse uma prova ilícita no processo, já que a sanção de nulidade, no direito brasileiro, obedece a um sistema de expressa e taxativa previsão legal, prevista no art. 564 do CPP.

A resolução do problema vem da atipicidade constitucional, que corresponde à desconformidade do ato com preceitos da Lei Maior. Diferentemente do que ocorre no caso de falta de fundamentação da decisão judicial, onde o art. 93, X, da CF/88 impõe expressamente a pena de nulidade, a inobservância de princípios garantidores de direitos fundamentais do cidadão, como o caso da vedação às provas ilícitas, gera sempre a sanção processual, independentemente de cominação.

Como ressalta Avólio<sup>48</sup>, “alcançou-se, assim, pela via constitucional, uma consequência que não se poderia deduzir a partir do sistema processual vigente, que sequer

---

<sup>46</sup> GRINOVER, 1997. p. 141.

<sup>47</sup> AVÓLIO, p. 85.

<sup>48</sup> AVÓLIO, p. 85.

ensejaria, como resulta do tópico precedente, a cominação de nulidade absoluta para as provas consideradas inadmissíveis”.

Reconhecida a ilicitude da prova, deverá esta ser desentranhada do processo, não podendo o juiz nela fundamentar sua decisão. Em grau de recurso, deverá o tribunal desconsiderar as provas ilícitas que foram irregularmente admitidas e valoradas na sentença, julgando o processo como se elas não existissem.

O Supremo Tribunal Federal tem sido chamado inúmeras vezes para se pronunciar sobre o tema, tendo formulado jurisprudência pacífica no sentido de determinar o desentranhamento do processo das provas obtidas por meios ilícitos, bem como anular a sentença que nelas tenha indevidamente sido fundamentada.

Outro ponto relevante é que o Pretório Excelso tem entendido pela validade do processo e, por consequência, da sentença, mesmo que no processo tenha sido admitido prova ilícita, desde que haja outras provas suficientes para a fundamentar a decisão.

## **6. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO**

As provas ilícitas por derivação são aquelas provas obtidas de forma lícita, porém a que a ela se chegou por intermédio da informação extraída de prova ilicitamente colhida.

Este meio de prova é de vital importância e se encontra inserida no tratamento das provas ilícitas, que, conforme Grinover<sup>49</sup>, “...diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida”.

A polêmica gerada sobre se essas provas, obtidas lícitamente, mas que derivam de provas ilicitamente, podem produzir efeitos, ou se devem ter a mesma sorte das provas ilícitas, sendo banidas do processo.,

Essa questão, como assevera Avólio<sup>50</sup>, ainda não foi pacificada, seja no direito brasileiro, seja no direito comparado, suscitando amplas discussões, de modo a determinar os limites dessa vedação. A questão é delicada e tendo a Constituição deixado o espaço aberto a discussões, ficará a cargo doutrina e da jurisprudência brasileira fazer uma construção a esse respeito.

A prova ilícita por derivação fica, pois maculada pela prova ilícita da qual ela derivou. Este entendimento é o da teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

### **6.1 Teoria dos frutos da árvore venenosa**

Nascida das decisões da Suprema Corte Norte Americana, a doutrina dos frutos das árvores envenenadas ou *fruit of the poisonous tree*, como é conhecida na América do Norte, determina que os vícios da planta se transmitem para todos os seus frutos. Desta forma, seriam tidas como ilícitas todas as provas que, conquanto colhidas de forma lícita, sejam derivadas de provas ilícitas.

---

<sup>49</sup> GRINOVER, 1997, p. 135.

<sup>50</sup> AVÓLIO, p. 67.

Ressalta Danilo Knijnik<sup>51</sup>, que, no tocante à vedação às provas ilícitas, o sistema americano busca uma ajuda das proibições de valorização da prova, identificar os limites das atividades admissíveis por parte da investigação policial, visando, claramente, coibir atividades policiais em desconformidade com a Constituição. Diferentemente, o sistema alemão maneja postulados de direito material a fim de delimitar a extensão dos direitos fundamentais protegidos pela Constituição, com o fim precípuo de conjugá-los de forma harmônica dentro do sistema jurídico.

Mas mesmo no direito americano, a doutrina do *fruits of the poisonous tree* não tem caráter absoluto, sendo possível identificar na jurisprudência norte americana alguns temperamentos, que se configuram em exceções à dita doutrina de exclusão.

Danilo Knijnik<sup>52</sup>, analisando o tema, descreve quatro exceções à aplicabilidade da doutrina em comento. A primeira refere-se á chamada “Limitação da Fonte Independente” (*The Independent Source Limitation*), a qual determina que “os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessível ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provado por uma fonte independente”. Não se trata de mera possibilidade de se obter a prova por fonte independente, não conexa com a forma ilícita, mas elementos fáticos que possibilitem obter a prova sem a ilicitude.

A segunda exceção, chamada de “Limitação da Descoberta Inevitável” (*The Inevitable Discovery Limitation*), segundo a qual “a prova decorrente de uma violação constitucional poderia ser admitida, conquanto fosse ela, inevitavelmente, descoberta por meio jurídicos”. Estabelece o autor que “não se trata, aqui, de saber se a prova obtida foi adquirida com abstração ou não da árvore venenosa, como no caso anterior. Ao contrário, a prova a ser admitida nessa hipótese é inconstitucional (...). A questão é avaliar se, mesmo assim, essa prova seria hipoteticamente encontrada por meios jurídicos”. Incumbe à acusação o ônus de

---

<sup>51</sup> KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e o Discurso da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. Revista da Ajuris nº 66, ano XXIII. Março de 1996. P. 71 et seq.

<sup>52</sup> KNIJNIK, p. 76.

demonstrar, através de fatos concretos, que a prova seria, inevitavelmente, descoberta por meios legais.

A terceira exceção, denominada de “Limitação da Descontaminação” (*The Purged Taint Limitation*), refere-se aos casos em que embora haja uma prova ilícita “poderá intervir no processo de apropriação um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando assim os respectivos frutos obtidos”. Ocorre a intervenção de um fato independente, rompendo ou tornando secundários os vínculos da prova com a ilicitude original como, por exemplo, a posterior confissão do acusado ou de terceiro, com observância dos direitos fundamentais, colhidos licitamente, e a primeira, obtida de forma lícita.

A quarta e última exceção, se refere à “Limitação de Boa-Fé” (*The Good Faith Exception*), segundo a qual se exclui a prova ilícita nos casos em que a autoridade policial crê, sinceramente, que sua atuação está observando os direitos fundamentais do cidadão, como no caso de cumprimento de um mandado que, posteriormente, é invalidado.

Cumprido ressaltar que as duas últimas exceções à contaminação da prova derivada, especialmente a que se refere à “Limitação de Boa-Fé”, são menos comuns de serem encontradas na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana.

Constata-se que mesmo na jurisprudência norte americana a doutrina dos frutos da árvore venenosa comporta abrandamentos. Portanto, cabe determinar se a referida doutrina é compatível com o sistema jurídico brasileiro e se aqui, como lá, são aplicáveis as mesmas exceções da prova ilícita por derivação.

## **6.2 Posição brasileira**

No Brasil, Ada Pellegrini Grinover<sup>53</sup> manifesta-se no sentido de que "na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, banidas do processo".

No mesmo sentido é a posição de Avólio<sup>54</sup>, afirmando que "se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade

---

<sup>53</sup> GRINOVER, op. cit., 1990.

<sup>54</sup> AVÓLIO, 1995. p. 66.

física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tomando-a ilícita por derivação, e, portanto, inadmissível no processo". E conclui dizendo que:

[...]a questão de fundo não difere em se tratando de provas obtidas ilicitamente e provas ilícitas por derivação. Haverá sempre uma referência constitucional, cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas. Qualquer outra concepção da matéria, atrelada ao dogma da verdade real ou divorciado de uma visão político-constitucional do processo penal, é de se reputar superada.

Mirabete<sup>55</sup>, analisando o tema, dispõe que "tratando-se de prova ilícita e, na falta de regulamentação específica, tem-se defendido a tese de que o art. 573, 1º [154], do CPP, consagra a regra do direito americano *fruits of poisonous tree...*".

Tormaghi<sup>56</sup>, sobre o assunto, assume posição oposta, afirmando que devem ser levadas em consideração as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas.

Em decisão anterior à Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia sinalizado para a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, contrariando o voto do relator, determinando não só o desentranhamento dos autos das gravações clandestinas, como o trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos outros elementos não viciados que justificassem a continuidade da investigação criminal.

Após a promulgação da Constituição de 1988, destacam-se duas decisões do Supremo Tribunal Federal, de grande importância para o tratamento das provas ilícitas e daquelas que dela tenham derivado, as quais afastaram a incidência da doutrina dos frutos da árvore venenosa, declarando a incomunicabilidade da ilicitude da prova originária às provas dela derivadas.

---

<sup>55</sup> MIRABETE, op. cit., 2003.

<sup>56</sup> TORNAGUI, p. 267.

A primeira decisão refere-se ao HC 69.912-0/RS, na qual votaram pela licitude da prova decorrente da ilícita os Ministros Carlos Veloso, Paulo Brossard, Sydney Sanches, Nery da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves; votaram contrariamente a admissibilidade da prova derivada da ilícita os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão e Marco Aurélio de Mello. Pela maioria de seis votos a cinco declarou-se a licitude da prova derivada. A segunda decisão é referente à Ação Penal 307-3/DF, que também confirmou a posição anterior.

Ressalte-se que a decisão no HC 69.912-0/RS foi posteriormente anulada, face à participação no julgamento de ministro impedido. Em novo julgamento, houve empate, já que o ministro impedido era partidário da tese da licitude da prova derivada, o que acarretou a concessão do habeas corpus, já que o empate favorece o paciente.

Essa decisão não alterou a posição majoritária da Corte pela licitude da prova ilícita por derivação, o que foi confirmado na Ação Penal 307-3/DF. Entretanto, com a aposentadoria do Paulo Brossard, adepto da tese da admissibilidade, a questão ficou pendente de novo pronunciamento do Pretório Excelso, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa. Esse pronunciamento veio com decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, invertendo-se a posição anterior, passando a adotar a teoria do *fruits of poisonous tree*, reconhecendo a ilicitude das provas derivadas de provas obtidas por meios ilícitos, ainda que tenham sido colhidas licitamente.

Mas o que de mais importante emerge da decisão no HC 69.912-0/RS e das decisões subseqüentes versando sobre a teoria do *fruits of poisonous tree* não é o fato de a Suprema Corte ter firmado posição que repudia as provas derivadas de provas ilícitas, mas sim os fundamentos empregados pelos grupos de ministros. Knijnik<sup>57</sup>, a esse respeito afirma que:

---

<sup>57</sup> KNIJNIK, p. 74.

[...] percebendo-se, destarte, a concepção processual-formalística do Direito americano, fechado às concessões e comparações entre os bens jurídicos envolvidos, e, de outra, a perspectiva material, bem mais flexível, do Direito Alemão, sensível às circunstâncias do caso concreto, verifica-se que na decisão do Supremo Tribunal Federal sob exame, em verdade, a polêmica que se estabeleceu foi entre duas orientações jus filosóficas diversas, uma contenda entre dois discursos possíveis, mas dificilmente conciliáveis

O debate travado foi entre os adeptos da concepção americana de exclusão de provas ilícitas, ligada muito mais à determinação dos limites de atuação da autoridade policial do que propriamente à proteção a direitos fundamentais e sua adequada convivência dentro do sistema jurídico, e os adeptos do modelo alemão, preocupado em garantir a convivência dos direitos fundamentais que, irremediavelmente, entram em conflito, impondo ao julgador que, sopesando os bens jurídicos envolvidos, restrinja o mínimo possível um deles, de modo a dar a máxima efetividade ao outro.

Essas duas posições antagônicas e, a princípio, inconciliáveis, podem ser vistas, segundo Knijnik<sup>58</sup>, em trechos dos votos dos eminentes ministros. Do voto do Min. Sepúlveda Pertence pode-se extrair trecho que demonstra, claramente, sua inclinação para o modelo americano de exclusão de provas, nos seguintes termos:

[...] não é que, nestas bandas, a persecução penal, algum dia, tivesse sido imune à utilização de provas ilícitas. Pelo contrário. A tortura, desde tempos imemoriais, continua sendo a prática rotineira da investigação policial da criminalidade das classes marginalizadas, mas a evidência de sua realidade geralmente só choca as elites, quando, nos tempos da ditadura, de certo modo se democratiza e violenta os inimigos do regime, sem discriminação de classe (...). Nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha aos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas conseqüências garantia constitucional, ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida (...). De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais

---

<sup>58</sup> KNIJNIK, p. 82.

informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita de escuta e de gravação clandestina de conversas privadas.

Por outro lado, o discurso do Min. Paulo Brossard parte em direção oposta, tratando a matéria sob a ótica alemã da ponderação de valores e da flexibilização dos direitos fundamentais. Diz o Ministro:

[...]os direitos, via de regra, não são absolutos, e o seu exercício não exclui limitações e temperamentos mediante o denominado poder de polícia (...). A Constituição revela atenção particular em relação aos delitos relacionados com o tráfico de entorpecentes e drogas afins, a elas se referindo mais de uma vez (...) o comércio de drogas não conhece fronteiras, e sua força expansiva não encontra rival, tendo em vista a lucratividade que oferece.

No mesmo sentido é o discurso do Min. Sydney Sanches:

[...]ora, o processo criminal não é um ente abstrato, mas, sim, instrumento para apuração do crime, dos fatos, da autoria do ilícito (...). Cumpre, ademais, ter presente, no exercício da jurisdição, que se está a examinar um caso concreto e não a discutir, academicamente, uma tese, uma quaestio juris (...). Não é cabível, com a devida vênia, que o Supremo Tribunal Federal firme solução à tese dessa gravidade, no sentido de anular o processo condenatório, mesmo existindo outras provas, inclusive a apreensão da substância entorpecente em poder do traficante.

O precedente jurisprudencial apenas lançou o problema para a comunidade jurídica, e não analisou qual dos discursos é o mais adequado ao Direito brasileiro. Se a teoria dos frutos da árvore venenosa for adotada, não caberá qualquer flexibilização da vedação constitucional, ainda que seja para combater a criminalidade mais grave. Adotando-se o discurso do Direito alemão, será possível ponderar bens jurídicos, restringindo-se um em benefício de outro.

É de se ressaltar que o legislador constituinte, ao dispor que "são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos", parece ter adotado a doutrina americana, já que utilizou um termo indicativo de que não só as provas ilícitas, mas também aquelas provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis. Se alguém utiliza informações fornecidas por uma prova obtidas por meios ilícitos para conseguir outras provas, estas serão, ao menos indiretamente, ilícitas, já que a ilicitude cometida no processo de obtenção dessa prova satisfaz a previsão constitucional.

A posição do Supremo Tribunal Federal, conquanto tenha adotado a teoria dos frutos da árvore venenosa, não o fez por completo, já que em suas decisões deixou de analisar a questão da adequação desse meio de exclusão de provas ao sistema processual brasileiro, que se assemelha ao sistema alemão. Também não foi objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e nem da maioria da doutrina a questão das exceções à exclusão das prova derivadas de provas ilícitas, adotadas pela jurisprudência norte americana. Se o Brasil adotar a doutrina do *fruits of poisonous tree*, também terá que analisar, como consequência lógica, as regras de exceção que essa doutrina tem em sua origem. Devendo-se dar o mesmo tratamento às provas derivadas por afrontarem de igual forma a constituição.

### **6.3 Jurisprudência comentada sobre inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, as quais deram motivo a demissão por justa causa em processo da justiça do trabalho**

#### **13ª Vara do Trabalho do Distrito Federal**

*AUTOR : ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO*

*Advogado: Dr. José Oliveira Neto*

*RECLAMADO: HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A.*

*Advogado: Dr. Leonardo Santana Caldas*

*Processo n: 13.000613/2000*

*Vistos, etc.*

*ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO, com qualificação feita na inicial, julgou a presente Ação Trabalhista em que contende com HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A., alegando admissão e dispensa imotivada nas datas apontadas na exordial. Diz que manteve com o Reclamado contrato de emprego; que não recebeu as verbas rescisórias de direito; que trabalhava em regime de sobrejornada; que não foi integralmente remunerado pelas horas extraordinárias; que recebia ajuda alimentação; que não recebeu aviso prévio, férias, 13º salário, etc. Pede aviso prévio; horas extraordinárias, com dedução dos valores recebidos e com integração e reflexos nas parcelas que aponta; férias; adicional de férias; décimo terceiro salário; FGTS do período trabalhado para o Reclamado; multa de 40%; multa do art. 477, CLT; dobra do art. 467, CLT, etc.*

*Em contestação HSBC SEGUROS (BRASIL) S.A., através de procurador regularmente constituído, diz que não houve trabalho em sobrejornada além daquele anotado nos registros de frequência; que as parcelas pleiteadas e acaso devidas ao Autor foram devidamente pagas; suscita fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do Autor; afirma que o Autor foi demitido por justa causa, por ter utilizado indevidamente de correio eletrônico (e-mail) e distribuído através dele fotos pornográficas; que é descabido o aviso prévio; que não deu causa à mora por ocasião do pagamento das verbas rescisórias; que não correspondem à verdade as alegações apresentadas na inicial; que os documentos juntados comprovam o pagamento total dos pedidos formulados pela peça de ingresso a que o Autor fazia jus; requer a produção de todos os tipos de provas admitidas em direito, contesta demais pedidos e pede improcedência da ação.*

*Juntaram-se documentos.*

*Em réplica ELIELSON LOURENÇO DO NASCIMENTO refuta os termos da contestação (...). A final ratificou o Autor o pedido de procedência da ação.*

*Depoimento das partes e oitiva de testemunhas às f. 117, 252, 296-297, 317-318 e 351-354. Sem mais provas, instrução encerrada. Razões finais apresentadas em forma de memorial, pleitos reiterados (f. 386-388 e 390-401). Prejudicadas as propostas conciliatórias.*

*É o relatório.*

*DECIDE-SE:*

*A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência. (art. 51, XII)*

*A inviolabilidade da correspondência tutelada constitucionalmente é absoluta, pois a única exceção feita pelo próprio dispositivo constitucional é atinente à comunicações telefônicas, quando, por ordem judicial, se destinarem à investigação criminal ou instrução processual penal<sup>59</sup>.*

<sup>59</sup> Disponível em <http://www.trt10.gov.br>, acessado em abril de 2005.

O julgador, após citar a doutrina, legislação e a jurisprudência da Corte constitucional, conclui que a prova pretendida pelo reclamado, a fim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor. Segundo descreve a sentença, o contra-argumento da Reclamada é de que a conta de e-mail por ela fornecida ao reclamante foi na condição de que sua utilização se desse exclusivamente para tratar de assuntos e matérias afetas ao serviço, o que não teria observado o autor ao enviar correspondência eletrônica (e-mail) remetendo as noticiadas fotos.

A inviolabilidade da correspondência tem sido assegurada em todas as constituições brasileiras como *direito individual*, personalíssimo, inclusive aos estrangeiros aqui residentes. O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988, havia sinalizado para a adoção da *teoria dos frutos da árvore envenenada* quando, contra o voto do relator, concluía não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistirem nos autos elementos não-viciados pela contaminação da prova ilícita.

Não se diga que a correspondência eletrônica (*e-mail*) não está abrangida pelo termo "correspondência" de que trata o inciso XII, do art. 51 da CF, pois a lei nesse caso não fez discriminação, não cabendo ao intérprete fazê-lo. *A intimidade das pessoas é bem jurídico inviolável. (Constituição, art. 51, X).*

Com relação à inviolabilidade de correspondência, de comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII do mesmo art. 51), que vão remontar à *prova ilícita*, também a Constituição permite uma única exceção: a interceptação de comunicações telefônicas, desde que exista prévia autorização judicial. São, portanto, dois os requisitos para tornar lícita a interceptação: ordem judicial e existência de investigação ou processo penal.

Conclui-se, assim, estar, afastada a possibilidade de interceptação preventiva, pois é indispensável a prévia existência de investigação policial ou o processo penal, que só ocorre após o fato criminoso. A exceção permite apenas a interceptação telefônica. Portanto, seria ilícita a interceptação de cartas, de comunicação telegráfica e de dados.

Ficou, portanto, caracterizado, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (*e-mail*) - o que abrange o conhecimento das fotos a ele anexadas - foi feito *sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, o que, por si só, caracteriza a violação da correspondência* e a quebra da legalidade. A prova pretendida pelo Reclamado, a fim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo, em razão de flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do Autor.

**7. SÚMULA EMENTÁRIA DO VOTO DO SENHOR MINISTRO CELSO DE  
MELO:**

**INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS**

**AÇÃO PENAL N. 307-3 - DISTRITO FEDERAL**

**VOTO (preliminar sobre ilicitude da prova)**

O Senhor Ministro Celso de Mello: Tenho reiteradamente enfatizado, em diversas decisões proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado.

Impõe-se registrar, como expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, 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 promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, 1990, p. 60-82; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, *Rivista de 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).

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 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 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 – 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 evidências ilicitamente coligidas, 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.*).

Essa questão – até mesmo em função das razões subjacentes ao tema da inadmissibilidade, em nosso sistema constitucional, das provas ilícitas – assume, a meu ver, inegável relevo jurídico.

Estabelecidas essas premissas, analiso a primeira questão preliminar suscitada pela Defesa, que sustenta a inadmissibilidade da prova consistente no laudo de gravação de conversa telefônica registrada em fita magnética sem o conhecimento de um dos interlocutores.

Tenho para mim que a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio.

O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, a meu juízo, como causa obstativa desse meio de prova.

O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado.

A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

O em. Magistrado João Carlos Pestana de Aguiar Silva, após enfatizar a invulnerabilidade jurídica dos direitos da personalidade e destacar a crise da privacidade realçada pela indiscriminada utilização dos meios de prova, salienta que, dentre essas

prerrogativas jurídicas, uma há que vem sendo diretamente afetada, nos últimos tempos, em sua abrangência tutelar:

"Trata-se do direito à privacidade (...), intimidade ou recato. (...).

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil passou a ser dado por alguns um descomedido alcance a seu artigo 383. E talvez entre nós, nessa desmesurada interpretação, resida a crise da privacidade que se vem ultimamente projetando.

Por este dispositivo legal 'qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade'.

Em decorrência da interpretação elástica a que permite se submeter tem-se equivocadamente suposto que o artigo 383 do C. Pr. Civil autoriza irrestritamente a reprodução sub-reptícia de diálogos através de gravadores, (...).

Todavia, cremos ser essa interpretação, que já tem frutificado um atentado ao direito à intimidade do homem, individualizadamente considerada.

(...)" (RF 252/68-69)

Devo salientar, neste ponto, Senhor Presidente, que não questiono a possibilidade de utilização das gravações em fita magnética como meio de prova idônea em processo penal, desde que o registro da conversação tenha sido efetuado ostensivamente, com o conhecimento inequívoco desse fato por parte daqueles que intervieram no diálogo, sem prejuízo da comprovação pericial da integridade e da autenticidade da reprodução mecânica.

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. Por isso mesmo – observa Heleno Cláudio Fragoso (*Jurisprudência criminal*, 2. ed., Borsoi, 1973, v. 2, p. 407, item n. 391) "Desde que a gravação não seja ilegitimamente obtida, não nos parece possa ser excluída como meio de prova no processo penal".

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.

Tal é a situação a que se reduz a prova fundada em gravação clandestinamente realizada, como aquela que dá suporte à pretensão acusatória deduzida pelo Ministério Público nestes autos (gravação das conversações telefônicas registradas entre Bernardo Cabral/Sebastião Curió e entre Paulo César Farias/Sebastião Curió).

Não se pode deixar de ter presente, dentro desse contexto, a observação categórica de Heleno Cláudio Fragoso (op. cit., v. 2, p. 406, item n. 391), para quem a gravação ilegalmente obtida – "considerando-se como tal a gravação de comunicações privadas, sem o consentimento dos interessados" – 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". Esse saudoso penalista conclui a sua apreciação do tema externando viva "preocupação quanto ao emprego das gravações como meio de prova" (op. cit., v. 2, p. 408, item n. 392).

Dentro dessa linha de raciocínio, cumpre ter presente a advertência do em. Min Rafael Mayer, para quem a captação de um elemento probatório, feita "à socapa, para servir, com a inciência do declarante, como dado a comprometer a sua integridade pessoal, incorre na infringência dos mais elementares princípios da ética e do mínimo de lealdade que deve presidir as relações humanas. É uma prova desvestida, portanto, de legitimidade moral reclamada pelo artigo 332 do CPC, e considerá-la admissível é negar vigência a esse salutar preceito do nosso diploma processual" (RTJ 110/807).

É importante lembrar, neste passo, o magistério de Ada Pellegrini Grinover (*Liberdades públicas e processo penal*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 151 e 166), 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 poderá ser admitida no processo, por subsumir-se no conceito de inconstitucionalidade."

Assim sendo, e com estas considerações, tenho por ilícita – e conseqüentemente inadmissível em juízo – a prova obtida a partir da gravação clandestina de conversação telefônica efetivada à revelia de um dos interlocutores por outro dos sujeitos do diálogo, especialmente no que concerne ao registro feito das conversações mantidas com o co-réu Paulo César Farias.

De outro lado, e ainda no exame da preliminar suscitada, entendo que a apreensão dos registros constantes do microcomputador pertencente à empresa Verax, efetivada em seu escritório localizado na cidade de São Paulo/SP, decorreu de procedimento que, executado por agentes administrativos do Poder Público da União, vulnerou, de modo ostensivo e frontal, porque ausente o necessário mandado judicial, a garantia constitucional básica que dispõe sobre a tutela da inviolabilidade domiciliar.

A proteção constitucional ao domicílio emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no artigo 5º, XI, da Carta Política, que proclama, em norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, 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.

Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de "casa" revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (*RT 214/409 – RT 277/576 – RT 467/385 – RT 635/341*).

É por essa razão que a doutrina – ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico – adverte que o princípio da inviolabilidade domiciliar estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2. ed./2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 5, p. 187; José Cretella Júnior, *Comentários à Constituição de 1988*, item n. 150, *Forense Universitária*, 1989, v. 1, p. 261; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1989, v. 1, p. 82; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Saraiva, 1990, v. 1, p. 36-37; Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, Freitas Bastos, 1948, v. 3, p. 91; Dinorá Adelaide Musetti Grotti, *Inviolabilidade do domicílio na Constituição*, Malheiros, 1993, p. 70-78, v. g.).

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.

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.

Daí a observação de Ives Gandra Martins – reiterada por Sacha Calmon Navarro Coelho – 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, assinala Ives Gandra Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1990, v. 6, tomo I, p. 64):

"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 tinham com a Constituição pretérita." (grifei)

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.

Daí a advertência – **que cumpre ter presente** – feita por Celso Ribeiro 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" (*Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 1989, v. 2, p. 68) – grifei.

O que me parece indiscutível, Senhor Presidente, é que a prova em questão – apreensão, pelos agentes da Receita Federal, dos registros contidos em microcomputador pertencente à empresa Verax – qualifica-se como evidência absolutamente ilícita. E a prova ilícita, como sabemos, não constitui prova idônea, ainda que, a partir dos elementos de informação que eventualmente ministre aos órgãos da persecução penal, possa produzir, como no episódio Sebastião Curió, dados novos que eventualmente atestem a materialidade e/ou a autoria do fato delituoso. A ilicitude original da prova, nesse particular contexto, transmite-se, por repercussão, a outros dados probatórios que nela se apóiem, ou dela derivem ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.

Ada Pellegrini Grinover (A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, *RPGESE*, 1992, n. 37, p. 46-47), ao versar o tema das limitações que, fundadas em regra de exclusão, incidem sobre o direito à prova, analisa a questão da ilicitude – mesmo da ilicitude por derivação – dos elementos instrutórios produzidos em sede processual, *verbis*:

"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 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 (...).

(...)

A Constituição preocupa-se com o momento da admissibilidade, pretendendo claramente impedir os momentos sucessivos, de introdução e valoração da prova ilícita. Mas, suponhamos que a prova, embora considerada inadmissível pela Constituição, venha a ser admitida no processo. E que a prova ingresse no processo, vulnerando a regra constitucional.

De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta como conseqüência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida contra *constitutionem* será nula e nula será a sentença que nela se fundar; ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como ‘não prova’, como prova inexistente juridicamente. Nesse caso, ela será simplesmente desconsiderada.

O Código de Processo Penal Italiano de 88 fala, nesses casos, de proibição de utilizar a prova. Nosso ordenamento não prevê expressamente a conseqüência do ingresso, no processo, da prova ilícita, mas sua ineficácia como prova surge do sistema.

Incensurável a análise que, deste tema, fez o em. Ministro Sepúlveda Pertence quando salientou, no julgamento do HC n. 69.912, que, *verbis*:

"Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do *fruit of the poisonous tree* é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

(...)

Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos

também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subseqüentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial – sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada."

A absoluta ineficácia probatória dos elementos de convicção – cuja apuração decorreu, em sua própria origem, de comportamento ilícito dos agentes estatais – torna imprestável a prova penal em questão, subtraindo-lhe, assim, a possibilidade de fundamentar, com apoio exclusivamente nela, qualquer eventual condenação de índole penal.

## 8. CONCLUSÃO

O método probatório judicial constitui um conjunto de regras cuja função é garantir os direitos das partes e da própria legislação jurisdicional, implica limitações ao objeto da prova, seus meios de obtenção, e, ainda, estabelece os procedimentos adequados à colheita da prova. Com isso, existem provas vedadas e, entre elas, as provas ilícitas.

Quanto a aceitação ou não destas provas ilícitas no processo, não há um consenso doutrinário e entendo que a melhor ponderação é a que aponta no sentido de que a vedação constitucional à aceitação da prova ilícita deve ceder nos casos em que a sua observância intransigente leva à uma lesão de um direito fundamental ainda mais valorado.

Da mesma forma, quanto às provas ilícitas pór derivação, conforme demonstrado nesta exposição, devem ser avaliadas para que seja analisada a admissibilidade ou não no processo.

Da disposição do artigo 5º, LVI da Constituição da República de 1988, que veda, de forma expressa, o ingresso, no processo, das “provas obtidas por meios ilícitos” existe uma exceção, que vem determinado na própria Constituição e no mesmo artigo, no inciso XII, que trata da interceptação telefônica autorizada por ordem judicial, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim, no que concerne á escuta telefônica: prova lícitas se realizada conforme a Lei nº 9.296/96, prova ilícita se concretizada sem autorização judicial, além de configurar crime.

O objetivo principal dos envolvidos, Estado e Réu, no processo penal é convencer o julgador a respeito de suas afirmações, valendo-se das provas para atingir esse objetivo, concretizando os princípios do contraditório, da ampla defesa e do próprio direito de ação, já

que de nada valeria reconhecer que as partes têm o direito de levar suas pretensões ao judiciário se a elas não fosse dada à possibilidade de provar, através dos meios admitidos, todas as suas alegações.

Quanto à própria existência do processo penal pode-se afirmar que ele é mesmo indeclinável, pois não há possibilidade de, nesse ramo, a situação ser aclarada por outra forma que não essa.

Nesse contexto, a ampla liberdade probatória concedida às partes em juízo, a busca incessante para reconstruir o fato histórico da forma mais próxima possível à realidade, bem como a liberdade concedida ao julgador para que aprecie e valere as provas apresentadas, desde que fundamente os motivos do seu convencimento, consubstanciam-se nos pilares de um processo alinhado com a proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Entretanto, a busca da verdade material, a liberdade probatória e o livre convencimento do julgador, encontram limites, dentre eles a vedação às provas obtidas por meios ilícitos. Com efeito, a parte tem direito de provar suas alegações, de buscar a reconstrução do fato histórico com a maior fidelidade possível, desde que não o faça através de provas obtidas por meios ilícitos.

Da mesma forma o julgador está livre de preconceitos ou taxações na avaliação das provas produzidas e a produzir, podendo decidir conforme seu livre convencimento, desde que motive suas decisões. Mas ainda que esteja plenamente convencido a respeito de determinado fato, não poderá nele fundamentar sua decisão se houver sido provado através de uma prova ilícita. Assim, pode-se glosar o processo de convencimento em função da forma como a verdade foi provada, tornando a prova juridicamente inservível.

Como decorrência da adoção de um Estado Democrático de Direito, exaltam-se os direitos fundamentais do cidadão, em detrimento da busca da verdade. Não é que a verdade não tenha valor no processo, mas o respeito aos direitos fundamentais impõe que o Estado

observe determinados limites na busca dessa verdade.

Portanto, a vedação às provas ilícitas em nada confronta os princípios acima aludidos, mas apenas busca conciliar valores dentro do ordenamento jurídico, de forma que os bens jurídicos convivam de forma harmônica dentro do sistema. É nesse contexto que se situa a importância da vedação às provas ilícitas, inserida no art. 5º, LVI, da CF/88. Na esteira da ideia de convivência dos bens jurídicos dentro do sistema avulta-se um questionamento: a vedação constitucional deve ser interpretada de forma absoluta ou possibilita algum grau de abrandamento, possibilitando, em alguns casos, a admissão de uma prova no processo, ainda que obtida por meios ilícitos, desde que o bem jurídico a ser colocado sob proteção seja de maior relevância para o caso em análise.

Essa possibilidade de se admitir a prova ilícita, sopesando os bens jurídicos envolvidos, conhecida como teoria da proporcionalidade, desenvolvida pelo direito alemão, é passível de aplicação, segundo análise doutrinária e jurisprudencial, principalmente quando em favor do réu, vez que se estaria protegendo também um direito fundamental, qual seja a liberdade do réu, bem como porque a ilicitude do ato de coleta da prova estaria amparada por causa excludente de antijuridicidade.

Mas a questão que fica pendente de definição é se a teoria da proporcionalidade poderia fundamentar a admissão de uma prova ilícita em favor da sociedade e, conseqüentemente, em desfavor do réu. A doutrina é vacilante nesse sentido, já que os autores que se posicionam contra a prova ilícita pro societate não enfrentam a questão a ponto de oferecerem referenciais precisos, deixando sem respostas as várias situações levantadas hipoteticamente por alguns poucos doutrinadores que se arriscam a defender a flexibilização da vedação constitucional, até mesmo quando a prova ilícita seja contra o réu.

O que se pode seguramente afirmar é que, embora a vedação constitucional às provas ilícitas esteja a serviço da proteção de direitos fundamentais do cidadão' contra arbítrios do

Estado, casos há que essa vedação, tomada de forma absoluta, levará a situações conflitantes, protegendo-se um direito fundamental de alguém que ameaça solapar os fundamentos basilares da sociedade constituída.

Ainda que não se possa estabelecer uma graduação entre os direitos fundamentais, é possível e até necessário que sejam relativizados para atender à necessidade de convivência desses direitos dentro do sistema jurídico, possibilitando a defesa da sociedade em situações extremas, sempre tendo na idéia de proporcionalidade o vetor a orientar a flexibilização.

É nessa esteira de raciocínio que se alude a um "direito penal de terceira velocidade", no qual se poderia flexibilizar as garantias individuais em situações extremas, mas sempre de forma temporária e emergencial, como um "direito penal de guerra", necessário para defender a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, em função de ameaças como a delinqüência patrimonial profissional, a delinqüência sexual violenta e reiterada, a criminalidade organizada e o terrorismo.

O direito existe para resolver os problemas oriundos da vida em sociedade e configura-se, em grande parte, em uma tentativa de conciliar, no caso concreto, interesses antagônicos, sempre tendo no ideal de justiça a sua orientação. E é através da atribuição de valores aos bens jurídicos, de forma abstrata, que as normas jurídicas são colocadas. Por isso que a flexibilização da vedação constitucional, em casos extremos, faz-se necessária, visando proteger o próprio Estado de Direito.

Isso não implica, certamente, em uma banalização da idéia de situações extremas, tomando permanente uma conduta que, em tese, só poderia ser admitida em situações limite. Deve-se observar, ainda, que, mesmo nessas situações extremas, alguns direitos fundamentais do cidadão não são passíveis de flexibilização, haja vista a desproporcionalidade entre o bem jurídico restringido e o bem jurídico protegido. Assim, a título de exemplo, jamais se poderia admitir a tortura como meio probatório, vez que essa é a

forma mais desprezível de desrespeito aos direitos fundamentais do cidadão.

No que tange às provas ilícitas pôr derivação, não obstante o Supremo Tribunal Federal ter firmando entendimento pela inadmissibilidade dessas provas que, embora colhidas licitamente, decorreram de informações obtidas de forma ilícita, permanece a controvérsia sobre o tema, já que a Suprema Corte adotou a teoria americana do *fruits of poisonous tree*, mas deixou de enfrentar questões relevantes sobre as exceções à exclusão da prova derivada existente na jurisprudência norte americana, bem como sobre a adequação dessa teoria ao modelo de processo penal brasileiro que, tradicionalmente, procura resolver os conflitos entre direitos fundamentais através da ponderação de valores no caso concreto, como ocorre no direito alemão.

Embora possa se admitir que a dicção da vedação constitucional às provas ilícitas pode levar ao entendimento de que a prova ilícita pôr derivação também seria inadmissível no processo, vez que foi obtida pôr meios ilícitos, ou seja, pôr informações colhidas ilicitamente, e que a aceitação irrestrita da prova derivada da prova ilícita tomaria a vedação constitucional letra morta, já que seria uma forma de burlá-la, não se pode esquecer que aqui, a exemplo do que ocorre com as prova ilícitas propriamente ditas, casos existem em que a exclusão direta da prova derivada pode levar a situações de injustiça, razão pela qual impõe-se a adoção da teoria da proporcionalidade na análise do caso, admitindo, em caráter extraordinário, a prova derivada da ilícita.

Em relação às conseqüências da decretação da ilicitude da prova, os tribunais têm entendido que a presença de uma prova ilícita no inquérito policial ou no processo não enseja sua anulação, desde que existam outros elementos de prova suficiente para justificar a continuidade das investigações ou do processo. Da mesma forma, existindo provas suficientes fundamentando a sentença, esta será válida, ainda que no processo exista uma prova ilícita.

Finalmente, ainda que o processo ou o inquérito policial possa ter seguimento mesmo sendo verificada a existência de uma prova ilícita em seu bojo, o mais adequado seria que essa prova fosse desentranhada dos autos, já que sua permanência poderia contaminar o espírito do julgador, sobretudo quando se tratar do tribunal do júri, composto por juizes leigos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto Q. T. de Camargo. Da Prova no Processo Penal. 4. ed. atual. e ampla. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Disponível em: <http://www.forenses.com.br/AtualizaArtigos.htm>. (acesso em 15 Set 05).

BARROS, Aderbal de. A investigação criminosa da prova. RT 504/294.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 8. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários A Constituição Brasileira de 1988. vol 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Antônio. Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades do Processo Penal. 6. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FLORES LENS, Luis Alberto Thompson. Os meios moralmente legítimos de prova. RT 621/274.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso bastos, 1999.
- ILHA, André de Oliveira Godoy. A admissibilidade da prova ilícita no processo penal em face da teoria da proporcionalidade. <<http://www.ccj.ufsc.br>> acessando em 26.05.2005.
- KNIJNIK, Danilo. A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e o Discurso da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93. Revista da Ajuris nº 66. ano XXIII. Março de 1996.
- LIMA, Arnaldo Siqueira de. Provas lícitas e ilícitas. <<http://www.jus.com.br>>, acessando em 26.05.2001.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 10. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2000.
- . Código de Processo Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2.000.
- MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 10 a 50 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- MOREIA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual, 6 ed. Saraiva São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal. 10. ed. rev. ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1996.
- PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PEDROSO, Femando de Almeida. Prova Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RABONEZE, Ricardo. Provas obtidas por meios ilícitos. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova jurídica no civil e comercial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SÍLVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luis Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.

TOURINHO FILHO, Femando da Costa. Processo penal. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, 1994.