

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

RENATA MENDES ALBERONI

**AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Rio de Janeiro

2008

RENATA MENDES ALBERONI

**AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Geraldo Prado.

Rio de Janeiro

2008

Alberoni, Renata Mendes.

As provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro/ Renata Mendes Alberoni. – 2008.

69 f.

Orientador: Geraldo Prado

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 67 a 69

1. Provas ilícitas – Monografias. 2. Produção de provas ilícitas. I. Prado, Geraldo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341434

RENATA MENDES ALBERONI

**AS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

DATA DE APROVAÇÃO: ____ - ____ - 2008.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Orientador Geraldo Prado

Prof. Sylvio Ricart

Prof.^a Carolina Maria de Aquino Médici

NOTA: _____

Ao meu grande companheiro e amigo
Vinicius por ter me apoiado em todos os
momentos.

Agradeço ao meu orientador Geraldo Prado por suas sugestões precisas; ao professor Francisco Ramalho Ortigão por despertar em mim o interesse pelo estudo do Direito Processual Penal, e ao meu irmão pelo apoio incondicional dado em todas as horas.

“Como pode a voz que vem das casas
Ser a da justiça
Se nos pátios estão os desabrigados?
Como Pode não ser um embusteiro aquele
que
Ensina aos famintos outras coisas
Que não a maneira de abolir a fome?
Quem não dá pão ao faminto
Quer a violência
Quem na canoa não tem
Lugar para os que se afogam
Não tem compaixão.
Quem não sabe de ajuda
Que cale.”.

Bertolt Brecht.
(Quem não sabe de ajuda)

RESUMO

ALBERONI, Renata Mendes. *As provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro*. 2008. 69 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho trata da questão da produção e utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal brasileiro e suas conseqüências, abordando as hipóteses de obtenção ilegal de provas e abordadas as implicações dessa problemática contrapostas aos princípios constitucionais e garantias fundamentais, abrangendo a questão da prova ilícita por derivação, que envolve a teoria dos frutos da árvore envenenada e o chamado encontro fortuito; a ponderação de valores supostamente contrapostos e a utilização de provas ilícitas *pro reo* e *pro societate*. Serão apresentados alguns dos principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do direito à prova e dos limites impostos constitucionalmente à sua obtenção. Tais entendimentos relacionam-se às teorias decorrentes da interpretação de teorias e entendimento que defendem ou se opõe-se à mitigação do dispositivo constitucional que veda o uso de provas consideradas ilícitas na instrução do processo (art. 5º, LVI) através da aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-chaves: prova; ilícita; árvore; fortuito; garantias; mitigação; razoabilidade; proporcionalidade; *pro- réu*; *pro-societate*.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DA PROVA.....	11
2.1 A prova: conceito e classificação.....	11
2.2 O direito à prova.....	12
2.3 Restrições do direito à prova.....	15
3 A PROVA ILÍCITA.....	18
3.1 A experiência americana (<i>exclusionary rules</i>) e germânica (<i>Beweisverbote</i>) relacionada à inadmissão da prova ilícita.....	18
3.2 Inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito face ao direito brasileiro....	22
3.3 A consequência da admissão da prova ilícita: sua ineficácia.....	26
3.4 Sobre os meios de produção de prova ilícita em geral.....	29
4 A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO.....	36
4.1 A teoria dos frutos da árvore envenenada.....	36
4.2 A teoria do encontro fortuito de provas.....	41
5 A ATENUAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILICITAS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	44
5.1 A aplicação do princípio da proporcionalidade na inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.....	44
5.2 As provas obtidas por meio ilícito no âmbito da administração pública.....	49
5.3 A teoria da proporcionalidade na prova ilícita <i>pro-reu</i> e <i>pro societate</i>	51
6 CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	67

1

INTRODUÇÃO

É recente a discussão a cerca das provas obtidas por meios ilícitos, já que tal fato foi normatizado pelo constituinte de 1988, que proscreveu a inadmissibilidade do uso de qualquer prova ilícita através do artigo 5º, inciso LVI, da Lei Maior.

Muito embora tal proibição tenha sido explicitada na atual Constituição, observamos que a doutrina e a jurisprudência já se inclinavam no sentido da inadmissibilidade das provas adquiridas através de fins ilícitos, com base no que havia sido determinado na Constituição norte- americana pela “*exclusionary rule*” e na Constituição Alemã pela “*Beweisverbote*”.

Com o passar do tempo, faz mister analisar, que a discussão pela admissibilidade dessas provas, não se tornou um tema pacificado pelos doutrinadores no processo penal brasileiro, já que a realidade social brasileira, foi atingida pelo recrudescimento da violência e da criminalidade.

Nesse sentido, tornou-se importante a busca pelo equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais consagrados pelo constituinte de 1988 e certas diretrizes de proteção social que tem levado alguns doutrinadores a defender uma flexibilização da interpretação da rígida cláusula constitucional proibitória da prova ilícita.

Alguns estudiosos do tema propõem a valoração do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 baseando-se na análise do caso concreto e em outros interesses constitucionais, como o do princípio da proporcionalidade, o que permitiria ao magistrado tornar relativa a aplicação da norma constitucional que veda as provas produzidas por meios ilícitos.

Enquanto para alguns juristas o regramento previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal não seria literalmente aplicado, já que nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais; para outros, essa teoria revela-se imperativa por não ter sido prevista em lei, a flexibilização pelo constituinte da clausula proibitória da utilização da prova ilícita, sendo a sua possibilidade de admissão, uma forma de ferir um direito fundamental

assegurado.

Neste esteio, surge a discussão se em certos casos é possível, dentro da ordem constitucional vigente, a admissão de provas obtidas ilicitamente, após a devida ponderação, em função da necessidade se proteger o chamado “bem social”.

Dessa forma, tenta-se compreender se podemos proteger o direito a intimidade e, ao mesmo tempo, impedir que tal direito seja um obstáculo á aplicação da verdade material, ensejando, pois a condenação de um inocente.

Assim sendo, o presente trabalho acadêmico, além de analisar a proposição da admissão de ponderações contrárias relacionadas à vedação da prova ilícita, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, destacará também, as diversas divergências sobre o direito a prova e sua limitação, bem como a polemica concernente à admissibilidade da prova ilícita por derivação, levando-se em conta o determinado pela a teoria dos frutos da árvore envenenada e o chamado encontro fortuito. Possibilitando assim, que esta monografia, torne-se fonte de informação e reflexão para aqueles que desejam analisar esta norma constitucional a luz da realidade social.

2

DA PROVA**2.1 A prova: conceito e classificação.**

Ao longo dos séculos, os estudiosos do direito, vêm tentando definir a melhor forma de construção da verdade. Para isso, foram experimentados diversos meios de obtenção da verdade, desde o juízo dos Deuses, aplicados na Idade Média¹, até a produção da verdade a partir de uma prova racional, em que há a presença do contraditório e até mesmo a produção das provas pelas partes, já que o acusado passa a ocupar a posição de sujeito de direito, e não mais a de objeto do processo.

Observa-se hoje, que a discussão do tema “obtenção da verdade” continua legítima, pois a finalidade do Direito Processual Penal, traduz-se pela constituição de uma verdade jurídica, que só poderá ser atingida, por meio das provas, que são produzidas e valoradas segundo as normas previstas em lei.

Dessa forma, podemos classificar a prova como “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”², ou seja, como “o instrumento de que se valem o autor, o juiz e o réu para comprovar os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”³. Assim, as provas seriam os elementos produzidos pelas partes ou até mesmo pelo juiz visando a obtenção, dentro do processo, de fatos que possam estabelecer a verdade ou a maior verossimilhança possível com a realidade histórica, como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

A prova, nesse sentido, é o instrumento de verificação do *thema probandum*, e tem por finalidade o convencimento do juiz de que os fatos alegados pelas partes são verídicos, sendo o destinatário principal das provas o juiz, e as partes as chamadas destinatárias indiretas, que tem como função, além do convencimento do juiz, a aceitação ou não da decisão final como correta.

¹ “[...] o acusado submetia-se a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão [...] Tourinho Filho cita os seguintes exemplos do sistema ordálico: ‘Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado’” Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 285.

² Malestra, Nicola Framarino Dei *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p.15. *apud* PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 1.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 381

Todavia, a interpretação do termo prova, como acima explicitado, não é uníssono, pois verifica-se, que em um primeiro momento, há a ocorrência de uma atividade probatória indicando o conjunto de atos processuais para buscar a verdade e formar a convicção do juiz sobre os fatos alegados. Em um segundo momento, a prova é analisada como resultado, é formada a convicção do juiz sobre a ocorrência ou não, de determinado fato. E por fim, em um terceiro momento, o termo prova aponta como meio (meios de prova), sendo este, o instrumento probatório para formar a convicção do juiz.

Dessa forma, a doutrina atual nos permite fazer a distinção entre fonte de prova (fatos percebidos pelo juiz), meio de prova (tudo que possa servir para comprovação da verdade, como testemunhas, documentos, perícias...) e objeto da prova (são os fatos que dão lugar a dúvida, que necessitam ser provados, estes são retirados da fonte e entram no processo pelo meio de prova).

Com relação aos critérios de classificação, podemos definir a prova quanto ao seu objeto, sujeito e forma:

Quanto ao seu objeto a prova pode ser direta ou indireta, a direta refere-se ao próprio fato a ser provado (objeto da prova), já a indireta é o fato (indício) que através de um raciocínio lógico que se desenvolve, permite-se chegar ao fato que se quer provar. Já com relação ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. A primeira refere-se a toda afirmação feita por uma pessoa que se destina a provar a veracidade dos fatos alegados, como por exemplo o testemunho, a segunda, por sua vez, é originada dos vestígios deixados pelo crime. Finalmente, quanto a forma, ela pode ser testemunhal, que é aquela feita por uma pessoa (testemunha) oralmente ou podendo em certos casos, ser feita por escrito de acordo como parágrafo 1º do artigo 221 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), também poderá ser documental, a prova produzida por afirmação escrita ou gravada, e por último a prova material “ consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando”⁴.

2.2 O direito à prova

O direito a prova vem sendo objeto de inúmeros estudos realizados pelos doutrinadores estrangeiros e brasileiros, este direito está inserido no quadro das garantias do devido processo legal, sendo visto como garantia do acusado.

“Nos Estados Unidos da América fala-se de um verdadeiro right to evidence em favor de quem age e se defende em juízo, garantido pela clausula do due

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 385

process of law. Na Itália, a Corte Constitucional afirmou que a garantia constitucional fica prejudicada quando se limita o direito à prova. Na então Alemanha Federal sempre se reconheceu o direito à prova, que não se esgota na faculdade de produzi-la, mas compreende uma verdadeira pretensão a vê-la admitida. Entre nós, a doutrina não se afasta dessas posições.”⁵

Todavia, a consagração do direito a prova no Brasil só ocorreu a partir da incorporação ao nosso ordenamento jurídico das garantias preceituadas no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁶, de 16 de dezembro de 1966 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷, também denominada Pacto de São José da Costa Rica de 1969, já que esta não era a determinação presente no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Neste código, permitia-se a iniciativa acusatória ao próprio juiz, com amplos poderes probatórios, inclusive como atividade substitutiva do Ministério Público. Entretanto, a integração dos diversos documentos internacionais afirmativos de direitos, com as garantias individuais instituídas pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, permitiu um redimensionamento do modelo previsto no Código de Processo Penal.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos determina como uma das garantias para a pessoa acusada de crime, o direito de inquirir as testemunhas de acusação, assim como de obter o comparecimento de testemunhas de defesa, nas mesmas condições de acusação.

Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, parágrafo 2º, alínea g, assegurou a qualquer acusado o direito a não-auto-incriminação, ao afirmar que ninguém é obrigado a depor contra a si próprio ou a declarar-se culpado.

Nesse sentido, observamos que o direito a prova liga-se aos direitos de ação e de defesa, pois de nada serviria para o autor e o réu o direito de ingressar em juízo se não lhes fosse possível demonstrar suas afirmações e aproveitar as suas provas. Contudo, isto só se torna realidade com a figura do juiz que tem por objetivo proferir uma decisão justa e que reflita a verdade processual. O juiz, também tem como função, garantir ao autor e ao réu o direito a apreciação das provas produzidas, e até mesmo, de acordo com o artigo 156 do

⁵ GRINOVER; Ada Pelegri; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 144.

⁶ O Brasil depositou a carta de adesão a este tratado em 24 de janeiro de 1992, após sua promulgação pelo Decreto Legislativo 226 de 12 de dezembro de 1991, sendo seu cumprimento determinado pelo Decreto 592 de 6 de julho de 1992.

⁷ O texto foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 27 de 26 de maio de 1992, em 25 de setembro o Brasil depositou a Carta de Adesão e então pelo Decreto 678 de 6 de novembro, foi determinado o seu cumprimento.

Código de Processo Penal, determinar de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre questões relevantes.

Em resumo, o juiz objetivando formar a sua concepção, percorre todo o caminho da persecução penal até expor o seu posicionamento através de sua decisão, que deverá ser fundamentada e ter por objetivo a resolução do conflito existente entre o direito a liberdade do acusado e o interesse de toda a sociedade.

Dessa forma, a decisão judicial não poderá ser imposta de forma arbitrária, devendo, como dito, ser motivada (artigo 93, IX, Constituição Federal) e, ainda, encontrar apoio em provas apresentadas nos autos do processo (artigo 5, LV, Constituição Federal), uma vez que visam estabelecer uma verdade judicial⁸. Todavia, a eventual desconsideração da prova na decisão, permitirá não a anulação da decisão, mas, provavelmente, a sua reforma.

Em nosso ordenamento, o sistema acusatório prevê a liberdade para o magistrado valorar as provas conforme sua consciência ou convencimento (artigo 157 do Código de Processo Penal), sendo adotado o princípio do livre convencimento motivado e não mais o da prova legal ou tarifada. Assim, o juiz não se encontra limitado por valores previamente determinados por lei, ou seja, pelo legislador, que pelo sistema da prova tarifada, procedia uma valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.

Nesse sentido, caberá ao magistrado verificar se a produção da prova é admissível⁹, possível e pertinente, permitindo-a ou não, já que a parte tem o direito de exigir do juiz que não aceite o ingresso ou a permanência nos autos de prova ilícita produzida pela parte contrária¹⁰. Isto porque a prova terá que estar de acordo com o Direito, ao mesmo tempo em que deve ser relevante para o processo no qual será admitida, e passível de ser produzida, pois deve haver a exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes.

⁸ Segundo Pacelli, “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”. Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 287.

⁹ Para Antônio Magalhães Gomes Filho, **Proibição das provas ilícitas na constituição de 1988**. In: **Moraes, Alexandre, p.252**: “A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos, daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova “exclusionary rules”.

¹⁰ Antonio Scarance Fernandes, **Processo Penal Constitucional**. In: **Rogério Lauria Tucci, Direitos e Garantias Individuais, p. 226-38**, “Afirmou o STF: o poder de acusar pressupõe o dever estatal de provar, lícitamente, a imputação penal” (TJ 161/264-5) Com isso, assegura a Corte Suprema o direito do acusado a que as provas contra si produzidas tenham sido obtidas de forma ilícita” .

Em relação a admissão e a aquisição de provas no processo penal, o Brasil adota o sistema exemplificativo. Nossa lei processual apenas indica aqueles mais usuais, podendo, contudo, a parte utilizar-se de outros meios probatórios, desde que não sejam imorais ou ilegais. Deste modo, as provas poderão ser nominadas¹¹, ou seja, contidas na legislação processual, ou inominadas, que deverão enfrentar um juízo de admissibilidade.

2.3 Restrições do direito à prova

Como decorrência do princípio do contraditório¹² e em consequência do exercício da ampla defesa¹³ (artigo 5º, LIV e LV), podemos afirmar, que o réu tem direito a prova, bem como o órgão da acusação, “já que o direito do réu a prova tem como pressupostos a existência e o exercício do direito de acusação”.¹⁴

O direito a prova, possui grande representação no quadro do contraditório, uma vez que este princípio possibilita as partes a produção probatória em idênticas condições. Além disso, a necessidade do contraditório na formação e produção das provas se desdobra em diversos aspectos, quais sejam:

- a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes;
- b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes;
- c) a obrigação do juiz quando determine a produção de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes as quais devem participar de sua produção e poder oferecer a contraprova¹⁵

¹¹ O Código de Processo Penal traz como exemplo de provas nominadas: o indício (artigo 239), exame de corpo de delito e outras perícias (artigo 158 a 184), o interrogatório do acusado (artigos 185 a 196), as perguntas ao ofendido (artigo 201), os depoimentos das testemunhas (artigo 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (artigo 226 a 228), as acareações (artigos 229 e 230), os documentos (art 231 a 238) e a busca e apreensão (artigo 240 a 250).

¹² O princípio do contraditório é consagrado pela Lei Maior, este é inerente ao direito de defesa. Não se pode conceber um procedimento no qual não se pode desdizer o afirmado pela outra parte, assim, este princípio permitiu a inclusão do critério de igualdade ou da *par conditio* (paridade de armas), no sentido de que a participação, então garantida pelas partes, se fizesse em simétrica paridade.

¹³ Com o princípio da ampla defesa, a participação no processo penal completa-se, pois passa a ser exigida não só a garantia de participação, mas a efetiva participação, assegurando que o réu tenha uma contribuição no resultado final do processo. Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 297

¹⁴ Loc. Cit.

¹⁵ GRINOVER; Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 146

Assim, o exercício desse direito, se expandirá para todas as fases que objetivam a produção da prova, desde a obtenção, passando pela introdução e produção no processo e por fim a da valoração da prova na fase final.

Entretanto, o direito das partes de introduzir as provas nos autos, mesmo sendo constitucionalmente assegurado devido as garantias previstas no contraditório, não é ilimitado. É necessário observar que todo o limite imposto a alguns meios de prova, está nitidamente ligado ao meio de obtenção da prova, no momento em que este implica a violação de direitos e garantias fundamentais e quando se refere ao grau de convencimento resultante do meio de prova usado.

Com relação a primeira violação, temos como exemplo, o não cumprimento de normas de proteção constitucional, dentre as quais cumpre ressaltar os direitos inerentes à personalidade, como o direito à dignidade, à honra, à imagem e à intimidade (artigo 1º, III e 5º, X da Constituição da República Federativa do Brasil) e a vedação a admissibilidade de provas obtidas ilicitamente (artigo 5º, LVI Constituição da República Federativa do Brasil). Em relação a segunda, de acordo com o previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal, observamos as mesmas restrições à prova estabelecidas na lei civil ao tratar-se da matéria relacionada ao estado das pessoas.¹⁶

Nesse contexto, verifica-se que as restrições apontadas acima, acabam por se tornar verdadeiras garantias do acusado, na medida em que formam critérios para estabelecer o convencimento do juiz ou do júri (nesse caso, não há a exigência da motivação das decisões, já que no Tribunal do Júri há a prevalência da regra da íntima convicção, por esse motivo, que o contato com qualquer prova ilicitamente produzida poderia trazer graves consequências quanto o convencimento do jurado).

¹⁶ Pode ocorrer exclusão de provas devido a aspectos processuais ou extraprocessuais. A primeira hipótese de exclusão dá-se porque interessa a correta apuração da verdade jurídica dentro do processo. São exemplos de regras que tutelam a busca pela verdade jurídica as enunciadas nos artigos 62 (que exige certidão de óbito para o reconhecimento da extinção da punibilidade do condenado); 155 (que remete à lei civil as limitações à apresentação de provas ligadas ao estado das pessoas); 158 (que trata da obrigatoriedade do exame de corpo de delito para determinar a materialidade do crime, quando este deixar vestígios- observada a ressalva trazida pelo artigo 167); 208 (que cuida das restrições impostas ao compromisso de determinadas testemunhas) e no parágrafo único do 232 (que prevê a possibilidade de utilização de cópia de documento, desde que autenticada), todos do Código de Processo Penal. A segunda hipótese de exclusão liga-se ao dever do Estado de garantir o respeito às normas materiais que asseguram as integridades física e psíquica, a liberdade e a dignidade das pessoas, assim como a estabilidade das relações sociais e de suas instituições. Tais valores encontram-se tutelados, por exemplo, nos incisos III (que veda a tortura ou qualquer tratamento desumano ou degradante); X (que afirma serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas); XI (que tutela a inviolabilidade da casa do indivíduo) e XII (que garante o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados telefônicos), todos do artigo 5º da Constituição da República, devendo, então, ser considerada ilícita a prova que deixe de observá-los.

Por fim, observamos que tais restrições assumem um papel grandioso quando tratamos da liberdade do indivíduo, pois é nessa situação que a necessidade de haver limites a atividade instrutória coloca-se evidente, na medida que a defesa social e o direito a liberdade assumem conotações dramáticas no juízo penal e na sociedade, cabendo dessa maneira, ao Estado solucionar tal questão, sem que para isso ocorra o sacrifício dos direitos de personalidade do acusado ou a possibilidade de utilização de provas ilícitas objetivando a condenação do réu.

Assim, caso fosse permitido a utilização de tais provas ou a supressão desses direitos, o Estado cairia em contradição normativa, comprometendo a legitimação da própria pena a ser imposta aquele que cometeu o ilícito, pois nesse caso, ele próprio recorreria ao ilícito criminal, violando dessa maneira, o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Enfatizando desta maneira, o argumento utilizado por Amelung, que “o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais”.¹⁷

Conforme exposto acima, caso não ocorressem limitações ao direito, todo e qualquer material probatório, mesmo que produzido á custa de violações a direitos, poderia ser introduzido no processo e valorado, o que conduziria a um modelo de processo autoritário e distante da ética.

¹⁷ Amelung, *Informationsbeherrschungsrecht*, pág.22. Sobre a relevância da qualificação do facto como ilícito penal no contexto das proibições de prova *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 15.

3

A PROVA ILÍCITA**3.1 A experiência americana (*Exclusionary Rules*) e germânica (*Beweisverbote*) relacionada à inadmissão da prova ilícita.**

O estudo do direito brasileiro quanto a não admissão de provas obtidas por meio ilícito nos permite estabelecer uma análise face ao direito comparado das doutrinas americana e alemã, já que estas vêm influenciando o direito brasileiro quanto a esta questão.

O direito americano ao tratar das questões de proibição de prova adota o sistema das *exclusionary rules*, que caracterizam um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais. Esse sistema, por ser originado da *common law*, “é o produto da resposta dos tribunais aos conflitos concretos segregados pela própria vida”¹⁸.

É necessário para entendermos o sistema das *exclusionary rules*, uma análise da Magna Carta Americana que privilegia a dimensão processual como meio de proclamação e tutela. Nesta, os direitos e garantias fundamentais surgiram como forma de fazer frente a intervenção abusiva das instâncias de perseguição penal, para só depois ganhar, de forma derivada, significado material. Não vemos assim, na Constituição Americana, enunciados substantivos de direitos a personalidade, e sim, uma estrutura processual, como sucede, por exemplo, na proteção do *privilege against self incrimination* (introduzido pela Emenda n° V), nos preceitos relativos a busca e apreensão (Emenda n° IV) e sobretudo na cláusula do *due process of law* (Emenda n° XIV).

Nesse sentido, observa-se que o processo americano adota o sistema acusatório puro, já que se baseia em um processo de partes, pois cabe a estas a responsabilidade de investigar e reunir as provas necessárias para a decisão da causa, sendo o juiz, nesse caso, um mero árbitro sem iniciativa de investigação, que se limita a pronunciar-se sobre as objeções suscitadas pelas partes. Ocorrendo assim, no processo americano, um respeito a uma contraditoriedade total, já que a defesa e a acusação encenam um verdadeiro duelo, como por exemplo, no interrogatório das testemunhas em que prevalece a máxima *the witness is yours*, que permite um interrogatório e contra-interrogatório das testemunhas pela acusação e defesa, como também ocorre com o réu.

Dessa forma, chegamos a conclusão que as *exclusionary rules* são produzidas em termos jurídico-processuais, contudo elas sempre limitaram as tomadas de decisões sobre a

¹⁸ Andrade; Manoel da Costa; Sobre as proibições de prova em processo penal pg 138

dimensão material dos direitos e garantias, “como sucede com os *suppression hearings* promovidos em nome da inviolabilidade do domicílio e da fruição dos bens, ou, em geral, com todos os que contendem com o *right to privacy*.”¹⁹ Assim, segundo Herrmann,:

Supreme Court não tentou em nenhuma das suas decisões recortar com mais rigor o conteúdo e alcance deste direito. O que para o Tribunal tem estado, sempre e acima de tudo, em causa é, com a ajuda das proibições de valoração de prova, identificar da forma mais precisa possível, as fronteiras da actividade admissível de investigação policial. mas como mera consequência derivada das proibições de valoração.²⁰

Em resumo, as *exclusionary rules*, surgem com o objetivo normativo próprio que devido a necessidade de prevenir o dano a sociedade, seria de reprimir as manifestações de ilegalidade da polícia criminal na relação com os cidadãos e suas garantias constitucionais. Devendo-se concluir, que a admissibilidade dos meios de prova no processo americano visa determinação da ocorrência ou não de uma violação da lei pela polícia, pois aos olhos da Suprema Corte Americana proibir as provas adquiridas ilicitamente configura o único meio efetivo de garantir a disciplina da atividade policial²¹.

Com relação ao direito germânico, observamos uma profunda diferença de pensamento do direito americano quanto a relação de produção de provas por meios ilícitos, pois o primeiro em termos teóricos e doutrinários tenta oferecer resposta aos mais diversos questionamentos sobre esse tema e a sua possibilidade de ocorrência na sociedade, considerando até a possível valoração dessas provas para permitir ou não a sua utilização.

Podemos dizer que tais questionamentos são possíveis pela experiência histórico-cultural germânica em que os direitos e garantias fundamentais defendidas pelas normas constitucionais que integram o regime das *Beweisverbote*, sempre tiveram significado material substantivo de direitos da personalidade, como o da intangibilidade da dignidade humana (art.1º), o livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º), a inviolabilidade do segredo de correspondência e das telecomunicações (art. 10º) ou a inviolabilidade do domicílio (art.13º).

²⁰ Jescheck-Fs, pág.1298; ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006.p. 143

²¹ O direito americano impõe a polícia, para a prática do *privilege against self-incrimination*, deveres conhecidos como *Mirand-warnings* (estabelecidos pela Suprema Corte Americana no pronunciamento do caso *Miranda v. State of Arizona*). A análise desse caso determinou como prática, que não poderá ser utilizado como prova, nenhuma declaração do requerido no interrogatório policial, se não tiver este sido informado ao mesmo: 1) que tem o direito de não responder, 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele, 3) que tem direito à assistência de defensor escolhido ou 4) oficiosamente nomeado. Dessa forma, a violação desses deveres estabelecidos no *Miranda-warnings* será suficiente para considerar inadmissível qualquer declaração do argüido, até mesmo a sua confissão.

O processo alemão é caracterizado por um sistema acusatório integrado por um princípio de investigação, ou seja, quando se adentra na fase de acusação, o juiz passa deter o domínio do processo, assumindo a responsabilidade pela investigação das provas que sucederá na condenação ou absolvição do réu. Nesse caso, estabelece-se uma das principais antípodas do processo alemão para o americano, pois no processo penal alemão o tribunal funciona como um sistema autônomo de subjetivação da produção de prova, sendo através do juiz que ocorre o interrogatório cruzado das testemunhas.

Podemos concluir assim, que as *exclusionary rules* e as *Beweisverbote* são institutos distintos, já que no direito alemão as proibições de prova visam a prevenção do dano social, mas garantindo-se sempre a integridade das garantias pessoais. Neste esteio Herrmann defende que no “direito alemão a limitação da actividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova”²².

Todavia, para Bradley “o mero facto de uma ação violar a StPO não é decisivo. O mais importante é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infracção que lhe é imputada”²³. É esta questão, a principal fonte de discussão da doutrina e jurisprudência alemã, que acabou por tomar forma nas famosas decisões sobre o caso do gravador (1960) e o primeiro caso do diário (1964).

No caso do gravador, o BGH (Tribunal Federal Alemão) já se manifestou no sentido de que:

A dignidade humana é inviolável (art. 1º da Lei Fundamental). Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade enquanto não lesem os direitos ou não violem a ordenação constitucional ou a lei moral (art.2º da Lei Fundamental). De igual modo, o artigo 8º da Convenção Européia dos Direitos do Homem garante a todos a exigência de respeito da sua vida familiar e privada. Diferentemente do que antes sucedia, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é hoje reconhecido como um valor fundamental da ordenação jurídica. O direito da pessoa à sua própria palavra falada (...) pertence também ao conteúdo deste direito geral de personalidade (...) Quem registra ocultamente num gravador a conversa que mantém com outra pessoa, lesa o direito de personalidade do interlocutor e o seu direito à própria palavra falada. Como o faz, em termos não menos relevantes, aquele que, sem consentimento do autor da palavra, permite que outrem a ela tenha acesso através do gravador.²⁴

²² Herrmann, Jescheck-Fs.,pág. 1292, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006. p.139

²³ Bradley, GA 1985,pág. 105, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006. p.140

²⁴ Cfr. NJW 1960, pág.1580, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006. p.141

Com relação ao primeiro caso diário o BGH trata da dicotomia dos direitos de personalidade e a invocação da ponderação de interesses para legitimar o possível sacrifício deste. O entendimento primordial desse julgado foi reconhecer que o conteúdo do diário exprimia “o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação”. O que permitiu a possibilidade de leitura e valoração do mesmo, já que estes continham os registros dos crimes e das vítimas do autor. Dessa forma, esse julgado ao tentar evitar um dano à sociedade permitiu o sacrifício aos direitos fundamentais, sustentando o princípio da ponderação para os casos de criminalidade grave, conforme observa-se ao analisar parte do texto do aresto de 1964:

Uma proibição de valoração só pode ser reconhecida no contexto de uma ponderação entre o interesse na tutela da esfera de segredo, garantido como direito pessoal e fundamental, e o interesse do Estado na perseguição penal. Os esforços compreensíveis na conformação racional-funcional do processo penal comportam seguramente o perigo de menor atenção ou mesmo do sacrifício desnecessário dos direitos irrenunciáveis de liberdade do argüido (...). Só que a isso se contrapõe um perigo não menos perturbador: a preocupação pela garantia sem limites dos direitos de liberdade no processo penal induz uma acentuação doutrinariamente extremada destes direitos e, por essa via, impede ou paralisa a conformação e funcionamento de uma ordenação do processo penal racional-teleológica e adequada a uma eficaz realização da justiça penal.²⁵

A jurisprudência sobre a possibilidade de valoração de diários pessoais foi confirmada com a ocorrência do segundo caso do diário (1989), em que o Tribunal Constitucional alemão admitiu a valoração de qualquer diário, mesmo que extremamente íntimo o seu conteúdo, desde que este seja utilizado para punir aquele que cometeu a criminalidade mais grave.

Em suma, pode-se dizer que a análise do caso do diário alemão expõe claramente a diferença entre o direito alemão e o americano quanto à possibilidade de admissão de prova, já que para o direito americano o que deve ser considerado é a licitude ou ilicitude do acesso ao diário, ou seja, o que importa é saber se a polícia violou ou não os dispositivos legais quando adquiriu o diário, pois se este foi apreendido de modo ilegal não poderá ser de forma alguma valorado como prova. Já para o direito alemão, não há interesse em se saber como o diário chegou ao conhecimento das autoridades, não importando se foi lícita ou ilicitamente obtido, sendo nesse caso, considerado importante, os direitos ligados à intimidade e a sua possibilidade ou não de valoração durante o processo, sendo relevante apenas a ponderação a ser feita entre o sacrifício do bem jurídico e o interesse concreto da perseguição penal.

²⁵ NJW 1964, pág. 1143; *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006. p.141.

Nesse sentido, verifica-se que é proibida a valoração das provas obtidas por meio de erro fraudulentamente induzido²⁶, ou seja, por meio do erro provocado pelos responsáveis pelas formas de controle. Entretanto, tal norma não é aplicada aos particulares, pois estes não atraem a proibição de valoração para as provas que produziram, mesmo que estas sejam originadas por meios de prova indevidos, onde até mesmo possa ocorrer dolo ou coação.²⁷ Todavia, esse posicionamento vem sendo largamente discutido e abandonado pela jurisprudência e doutrina alemã, para estes os meios de prova adquiridos por particulares, “não representam qualquer caso especial, antes devendo ter rigorosamente o mesmo tratamento dos meios de prova resultantes de acto da autoridade pública”²⁸.

Por fim, para o direito americano, as provas obtidas ilicitamente por particulares não são obstáculos a valoração processual, pois de acordo com as *exclusionary rules* as normas de obtenção de provas são dirigidas a polícia e não aos particulares. Sendo possível assim, a admissão de provas obtidas por particulares à custa da violação do direito a privacidade, ou seja, são bem-vindas devido ao seu valor probatório, as provas como fotografia, gravações, diários, entre outros, apresentados por particulares, desde que estes não estejam agindo sob as ordens da polícia, na qual as provas estarão sujeitas a mesma norma aplicada a polícia.

3.2 Inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito face ao Direito Brasileiro

A vedação da utilização de prova obtida de forma ilegal já era previsto no art. 233 do Código de Processo Penal²⁹ e no art. 332 do Código de Processo Civil³⁰ (aplicado supletivamente àquele)³¹, mas ganhou maior amplitude com a Constituição da República de

²⁶ Deve-se levar em conta, o enunciado do § 136 a da StPO “ A liberdade de formação e declaração da vontade do arguido não pode ser prejudicada através de maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios, tortura, meios enganosos (Ta`schung) ou hipnose”.

²⁷ Não é permitida a valoração de provas indevidas obtidas por particulares, pois a norma alemã prevista no § 136 a é restrita, atingindo apenas aos interrogatórios promovidos pelos responsáveis legais pelo controle da criminalidade.

²⁸ Rogal, ZStW 1979, pág.41. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006. p.155

²⁹ Dispõe o art. 233 do Código de Processo Penal: “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”.

³⁰ Prevê o art. 332 do Código de Processo Civil: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

³¹ O espaço probatório no Processo Penal é bem mais amplo que o do Processo Civil, em razão da relevância dos interesses que delimitam o seu conteúdo, contudo, essa amplitude não significa a admissibilidade de todos os meios de prova.

1988 que, em seu art. 5º, inciso LVI, afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”³².

A Constituição ao incluir este inciso no art. 5º, elevou a vedação da utilização da prova ilícita no processo ao status de direito e garantia fundamental, permitindo assim, a criação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Este princípio atua no controle da atividade persecutória do Estado Democrático de Direito, não admitindo práticas probatórias ilegais por aqueles que são responsáveis pela a sua produção, ou seja, não permite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço. Não obstante que a busca da verdade em defesa da sociedade, sobreponha-se ao respeito aos direitos fundamentais do argüido.

Dessa forma, pode-se afirmar que a prova ilícita ou obtida por meio ilícito é conceituada como uma prova vedada, já que a prova vedada é aquela contrária a uma norma legal específica. A vedação é estabelecida quer por lei processual, quer pela norma material (por exemplo constitucional ou penal) e pode ainda estar expressa ou implícita nos princípios gerais.

Além disso, acompanhando esse conceito, observa-se que em determinadas situações uma prova pode ser considerada ilícita e em outras ilegítimas. Será considerada ilícita aquela obtida por violação a um direito material e ilegítima quando afrontar direito processual. A produção de uma prova ilegítima acarreta uma sanção prevista na própria lei processual, já as obtidas com violação ao direito material são inadmissíveis no processo, pois são produzidas externamente e com sanções específicas previstas no direito material.

Cabe também ressaltar, outra diferença entre as provas ilícitas e ilegítimas, no caso da primeira ocorre a violação à lei no momento de sua produção, de sua colheita, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou no curso deste. Com relação as provas ilegítimas, a ilegalidade se consuma no momento de sua produção dentro do processo, sempre de forma concomitante. Todavia, é necessário ressaltar que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies das chamadas provas ilegais (gênero), já que se configuram de uma violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.

³² Entre as propostas de reforma do Código de Processo Penal, elaboradas por Comissão de Juristas constituída pelo Ministério da Justiça pela Portaria 61/2000, presidida por Ada Pellegrini Grinover, insere-se a nova redação do art. 157, *caput*, do CPP, assim formulada: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais”. GRINOVER; Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 159

Em resumo, a regra é pela vedação da inserção de provas ilícitas, e a Constituição ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual dessas, “considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material”³³. Conforme verifica-se da análise da ementa abaixo transcrita:

Habeas Corpus. 2. *Notitia criminis* originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. **Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade.** 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados, na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. **Hábeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elementos da prova ilícita.**³⁴

Assim, a condenação lastreada exclusivamente em prova ilicitamente obtida não pode prosperar, além disso, para que seja declarada inutilizável alguma prova inserta no processo, deve ser adequadamente individualizada, com indicação precisa da ilicitude apontada pela parte:

Prova: obtenção ilícita, mediante prisão ilegal do indiciado- sem flagrante nem ordem judicial- e em razão dela: alta de justa causa para a condenação que se alicerçou exclusivamente na prova ilicitamente colhida.³⁵

HABEAS CORPUS. PROVAS ILÍCIAS. INEXISTÊNCIA. (...) 8. O Impetrante, em sua confusa petição inicial, não esclarece quais seriam as provas ilícitas existentes no processo ou quais os meios ilícitos utilizados para sua obtenção, o que não permite compreender sua impetração.³⁶

Conclui-se assim, que a prova ilícita é a prova colhida desrespeitando normas e princípios, colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para a proteção dos direitos da personalidade, da intimidade e das liberdades públicas. Com isso, constitui provas ilícitas as obtidas através de violação ao domicílio (art. 5º, XI, da CF), ou das comunicações

³³ GRINOVER; Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p. 158.

³⁴ STF, HC 80.948/ES, relator Ministro Néri da Silveira, publicação DJ 19/12/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

³⁵ STF, HC 70.277/MG, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 18/03/1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

³⁶ STJ, HC 35.256/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, publicação DJ 20/03/2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

(art. 5º, XII, da CF), as obtidas mediante tortura (art. 5º, III, da CF); as colhidas não respeitando o direito a intimidade (art. 5º,X, da CF), etc.

Com relação a prova ilícita, faz-se mister analisar ainda, o artigo 11 da Convenção Americana sobre Direito Humanos³⁷, que integra o sistema constitucional brasileiro:

“Art. 11. Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

A vedação constitucional a prova ilícita em face dos direitos e garantias individuais, imprime dimensão ética ao processo, que não pode permitir a perseguição da verdade material a qualquer custo. Sob esta visão, o respeito aos direitos fundamentais das partes passa a impor limites a instrução processual, resultando na não utilização das provas colhidas. Como previu o Supremo Tribunal Federal:

“A prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação e convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana”.³⁸

Para a doutrina e jurisprudência de diversos países, inclusive o Brasil, nem sempre considerou-se a inadmissão das provas ilícitas, antes propunha-se a admissão da prova no processo e a posterior punição (penal ou administrativa) do responsável pelo ato ilícito, ou seja, daquele que havia colhido a prova ilegalmente. Contudo, com o passar do tempo, os doutrinadores, acompanhados da jurisprudência dos tribunais, convenceram-se que a prova obtida por meio ilícito, por mais relevante que sejam os fatos por ela apurados, deveria ser banida do processo, uma vez que esta liga-se ao conceito de inconstitucionalidade, por violar normas e preceitos constitucionais.

³⁷ A Convenção Européia não só declara o direito ao respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência (art. 8º, n.1), mas ainda veda expressamente ingerências da autoridade pública no exercício desses direitos, salvo previsão legal e necessidade para a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros (art. 8º, n.2). GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10º edição. São Paulo: RT, 2007, pp 160.

³⁸ Ação Penal 307-3 DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, cf. Moraes, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.258; *apud* SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 177.

Com efeito, a posição dominante hoje, como previsto acima, é a defendida pelo artigo 5º, LVI da Constituição Federal, entretanto, dois pontos ainda dividem a doutrina e a jurisprudência, quais sejam a chamada teoria da proporcionalidade e a questão das provas ilícitas por derivação, que serão exaustivamente examinadas nos posteriores capítulos deste trabalho acadêmico.

3.3 A consequência da admissão da prova ilícita: sua ineficácia.

Durante algum tempo a doutrina brasileira dividiu-se a respeito da admissão ou não das provas ilícitas no processo. Uma parte sustentava que as provas ilícitas deviam ser admitidas e valoradas normalmente no processo, cabendo sanção penal, administrativa ou civil apenas para aquele que infringiu o ordenamento jurídico para a produção da prova. A outra parte da doutrina defendia que as provas ilícitas não podiam ser admitidas no processo, pois para estes, as sanções impostas para aqueles que infringiam o ordenamento jurídico não seriam eficazes, pois raramente seriam aplicadas, já que no processo penal as violações mais frequentes seriam as cometidas pela polícia. Além disso, mesmo que fossem punidos os autores da infração, não seria adequado que o Estado se beneficiasse de uma prova ilícita se o seu objetivo principal é combater os ilícitos.

Assim, a doutrina dominante foi se colocando na posição contrária à admissibilidade processual das provas ilícitas, como também a jurisprudência, pois ocorreu a evolução da admissibilidade para a inadmissibilidade das provas ilícitas. Conforme antigos julgados, eram admitidas provas até mesmo obtidas mediante confissão extorquida ou gravações telefônicas clandestinas, contudo houve um aprofundamento do tema nos tribunais e acabou por ser consolidada jurisprudência contrária a determinada nos antigos julgados.

Com relação ao direito penal as normas de proibição de prova, anteriormente a Constituição de 1988, eram estabelecidas pelo Código de Processo Penal. Assim, já não se admitia o testemunho daqueles que tinham o dever de sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão; bem como, também não se permitia as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos. Além disso, não se permitia a busca domiciliar sem que fosse respeitada as formalidades legais e também era vedada a apreensão de documentos em poder do defensor, salvo se constituíssem elementos de corpo de delito (art. 243,§2º).

Com a Constituição de 1988 a discussão em torno da admissão ou não das provas obtidas ilicitamente chegou ao fim, pois a Constituição dentre os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu-se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. No

entanto, a Constituição não estabeleceu diretamente as conseqüências que ocorrem caso a prova ilícita venha a ser admitida no processo.

Chegou-se a questionar se o ingresso de uma prova ilícita no processo ocasionaria a sua nulidade absoluta, contudo o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não deve ser decretada a nulidade do processo, mesmo havendo prova ilícita, se existem outros elementos probatórios, independentes, que dão suporte à condenação, como também se a denuncia se basear em outros elementos e não somente na prova ilícita.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as provas ilícitas de acordo com o estabelecido pela Constituição são consideradas inadmissíveis e não são reconhecidas como prova, “elas simplesmente não existem como provas, não tem aptidão para surgirem como provas. Daí a sua total ineficácia”³⁹, para que não venham a influenciar o convencimento do julgador.

Assim, em grau de recurso o tribunal deverá desconsiderar as provas ilícitas que tiverem sido aceitas de forma irregular e levadas em consideração pela sentença. Ressalta-se que a simples presença de uma prova ilícita ou ilegítima no processo não o vicia de nulidade. Nesse caso, o que é nula é a prova, e esta deve ser desentranhada dos autos, devendo o restante do processo continuar válido, desde que não tenha sido contaminado pela prova ilícita. Para que o processo continue em andamento é necessário que as provas lícitas restantes não tenham sido contaminadas pela prova ilícita, e que estas sejam provas autônomas e independentes, permitindo assim, a validade de uma eventual condenação. Assim, já se manifestou o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS. BUSCA DOMICILIAR. PROVA ÍLCITA. 1. A condenação não se apóia apenas na “busca domiciliar”. É dizer, há nos autos da ação penal, outras provas. II.- Exame aprofundado da prova: impossibilidade em recurso especial. III.- H.C. indeferido*⁴⁰.

*HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. (...) Se a sentença se fundou em outros elementos do conjunto probatório, independentes e lícitos, não se reconhece a apontada imprestabilidade da interceptação telefônica para embasar a condenação, em especial quando tal prova não se mostra ilícita.*⁴¹

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RESPONSABILIDADE DE PREFEITOS E VEREADORES. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. PROVA ÍLCITA. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10ª edição. São Paulo: RT, 2007, pp 171.

⁴⁰ STF, RHC 85.254/RJ, relator Ministro Carlos Velloso, publicação DJ 04/03/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁴¹ STJ, HC 43.234/SP, relator Ministro Gilson Dipp, publicação DJ 21/11/2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

TRANCAMENO DA AÇÃO PENAL. INADMISSÍVEL. ORDEM DENEGADA. 1. Inviável o trancamento de ação penal ao argumento de utilização de prova ilícita, quando o convencimento do Juiz advém de outros elementos que compõem o conjunto probatório. 2. A argumentação acerca da prova ilícita é insuficiente a fragilizar a denúncia e a persecução penal se outros elementos de prova compõem o conjunto probatório e, por si mesmos, atestam a viabilidade da exordial acusatória, apta a dar prosseguimento à ação penal. 3. Ordem denegada.⁴²

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES. REAPRECIÇÃO FÁTICA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. Inviável na via estreita do *habeas corpus* o exame fático de forma a perquirir ausência de provas suficientes a corroborar a condenação, tendo em vista que tais circunstâncias não se afiguram flagrantes nos autos. Não se admite a anulação do processo, sob a alegação de provas ilícitas, se os autos demonstram que o provimento condenatório exprimiu à exaustão a autoria do evento delituoso, fora inclusive da linha probatória indicada pela defesa como supostamente indevida. Ordem denegada.⁴³

Com relação a denúncia, se esta for baseada na prova ilícita, será nula, devendo outra ser oferecida, após o desentranhamento daquela, desde que haja a utilização de outros elementos probatórios, caso não haja a existência de outros elementos o inquérito será arquivado. Caso a prova ilícita permaneça nos autos durante a instrução, não poderá ser valorada na sentença ou em qualquer outro provimento.

Ressalta-se que as provas ilícitas constantes no inquérito não viciam o processo, pois este é apenas uma peça informativa da denúncia ou da queixa sendo que qualquer condenação do réu deve ser feita baseando-se nas provas colhidas durante o processo, onde é garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, inexistentes na fase inquisitorial.

Os vícios existentes no inquérito policial não repercutem na ação penal, que tem instrução própria. Decisão fundada em outras provas constantes dos autos, e não somente na prova que se alega obtida por meio ilícito”.⁴⁴
“Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito policial não implicam nulidade da ação penal em razão de ser peça meramente informativa e não probatória.”⁴⁵

Em grau de recurso, caso a prova ilícita tenha favorecido a defesa, somente poderá ser examinada se a acusação oferecer apelação, evitando-se assim, a ocorrência de *reformatio in pejus*. Ao contrário, se a prova ilícita favoreceu a acusação, deverá haver o desentranhamento

⁴² STJ, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, publicação DJ 28/02/2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁴³ STJ, HC 35.650/RJ, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicação DJ 18/10/2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

⁴⁴ STF, RHC 85.286/SP, relator Ministro Joaquim Barbosa, publicação DJ 24/03/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁴⁵ STJ, HC 35.256/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, publicação DJ 20/03/2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

desta dos autos e a realização do julgamento pelo tribunal desconsiderando-a, e podendo assim, ocorrer a absolvição do réu, se possível. Mesmo se com a supressão da prova ilícita, existirem elementos que permitam a condenação, a melhor solução será a decretação de nulidade da sentença pelo Tribunal, para que outra seja proferida, todavia, se o desentranhamento não tiver ocorrido e a sentença estiver toda baseada na prova ilícita, considera-se que houve um erro de julgamento, o que acarreta a reforma da decisão e não sua nulidade.

Com o trânsito em julgado de uma sentença que tenha sido baseada em uma prova ilícita, duas possibilidades surgem, uma através da propositura de revisão criminal, já que a decisão proferida será nula e o Tribunal julgando a revisão poderá absolver o condenado. A segunda solução é através da impetração de *habeas corpus*, em que haverá a anulação da sentença, determinando-se o desentranhamento da prova ilícita pelo Tribunal, devendo ser proferida nessa hipótese, nova sentença.

A ocorrência da prova ilícita no Tribunal do Júri é uma questão que merece atenção, uma vez que o veredicto é proferido por leigos, que por não compreender ou até mesmo desconhecer a legislação, sofrem maior influência da prova ilícita em seu convencimento. Assim, ocorrendo esta situação, ou seja, uma decisão de pronúncia baseada em uma prova ilícita, possível será a reforma da decisão com a impetração de um recurso ou a anulação da decisão mediante *habeas corpus*. Entretanto se ocorrer a preclusão sem a impetração do recurso ou do *habeas corpus*, o veredicto proferido pelos jurados será nulo. Por fim, se as provas ilícitas não servirem de suporte para a pronúncia, deverá o juiz determinar que esta seja desentranhada antes que os jurados delas tomem conhecimento. Caso as provas ilícitas forem citadas em plenário, deverá o Conselho de Segurança ser dissolvido e se este não for, o julgamento será nulo.

3.4 Sobre os meios de produção de prova ilícita em geral

A Constituição da República afirma serem inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícitos, podendo ser assim consideradas as obtidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5, III), com violação ao domicílio (art. 5º, XI), às comunicações do indivíduo (art. 5º, XII), bem como a sua intimidade (art. 5º, X). Temos também como exemplo, as provas ilegítimas que são obtidas em desacordo com o disposto no artigo 207, em interpretação conjunta com os artigos 210 e 226, todos do Código de Processo Penal, que tratam, respectivamente, do procedimento a ser observado no depoimento de testemunhas e no reconhecimento de pessoas

e objetos, inclui-se também, os artigos 186 que dispõe sobre o interrogatório do acusado, 206 que trata dos depoimentos das testemunhas, 233 que cuida da apresentação de documentos como meios de prova, 241, 243 §2º e 244 que prevêem o procedimento de busca e apreensão, além da chamada prova emprestada⁴⁶, que caso seja transportada para o segundo processo, sem que para isso seja respeitado o princípio do contraditório, configurará prova ilegítima.

Faz-se mister analisar as chamadas gravações ambientais, que são aquelas realizadas no meio ambiente, estas podem ser autorizadas (quando a gravação é feita com a ciência e concordância dos interlocutores ou quando decorrente de ordem judicial) ou clandestinas (quando desconhecida por todos os interlocutores), a última espécie de gravação é evidentemente ilegal, pois viola o direito a intimidade e/ ou privacidade⁴⁷ (art. 5º, X, CF) dos interlocutores. As gravações por sua vez, podem ser feitas por meio de gravadores, de câmeras de vídeo, entre outros, e caso seja feita sem o conhecimento de um dos interlocutores será caracterizada a clandestinidade e assim, a violação do direito.

Em algumas decisões dos Tribunais que tem por escopo distinguir as gravações clandestinas realizadas por terceiros daquelas feitas por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, há afirmação que apenas as primeiras seriam consideradas ilícitas.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERRE O SENSO COMUM FLAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQUESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANGISTA. ORDEM INDEFIRIDA.⁴⁸

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta- a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime-, é ela, por via de

⁴⁶ “Entende-se por prova emprestada aquela que é produzida num processo, sendo depois transportada documentalmente para outro, visando a gerar efeitos neste; u ainda, na definição clássica, aquela que já foi produzida juridicamente, mas em outra causa da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão (Bentham).” GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10º edição. São Paulo: RT, 2007, p 149.

⁴⁷ “A noção de intimidade está ligada ao conjunto de convicções, sensações e estados de ânimo pessoais (íntimos) de seu titular, enquanto a privacidade seria o espaço mais adequado ou mais utilizado para a manifestação da intimidade.” Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴⁸ STF, Rel. Ministro Nelson Jobim. Habeas Corpus nº 75.338-RJ. DJ 25/09/1998. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

consequência, lícita e, também conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da carta Magna). Habeas Corpus indeferido.⁴⁹

EMENTA: HABEAS CORPUS: CABIMENTO DE PROVA ILÍCITA. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privada de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas Ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade- à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira- para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. licitude decorrente- quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” subreptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. Pr. Pen., art 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – nemo tenetur se detegere-, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informa” gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência da quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação, aproveita-lhe, no entanto se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válida. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da

⁴⁹ STF, Rel. Ministro Moreira Alves. Habeas Corpus nº 74.678. DJ 15/08/97. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição d tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova Ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.⁵⁰

Da análise dos julgados, observa-se que a gravação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, não terá a ilicitude caracterizada na gravação, porque o conteúdo da conversa era de conhecimento daquele que realizou a gravação. Contudo, deve-se ter atenção para que o conteúdo da gravação não afete o direito à intimidade do interlocutor, pois mesmo a gravação sendo lícita, a revelação do diálogo poderia não ser, já que o que foi dito era direcionado apenas aos interlocutores. Conclui-se assim, que o que irá determinar a ilicitude, não é se a forma como a gravação foi realizada, por um dos interlocutores ou por terceiro, e sim, o seu conteúdo que se revelado, pode afetar a intimidade daquele que fez parte do diálogo.

A gravação clandestina feita por terceiro, por si só, já é ilícita, não só a gravação, como a escuta⁵¹ da conversa sem a autorização dos interlocutores. Assim, só terá validade a gravação feita por um dos participantes da conversa, sem que o outro tenha conhecimento, se houver a presença de justa causa, ou seja, quando a revelação do conteúdo se destinar a provar fato cuja existência seja relevante para a defesa de direito daquele que promoveu a gravação.

Em suma, a gravação de conversa sem o conhecimento de um dos interlocutores, em que se tenha como conteúdo a confissão da prática de um crime é inadmissível no processo, devido o direito ao silêncio e a proibição de violação do mesmo.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 233, prevê que as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Todavia, o

⁵⁰ STF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Habeas Corpus nº 80.949. DJ 14/12/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁵¹ Torna-se relevante a diferenciação entre interceptação e escuta:

Interceptar significa interromper o curso, assim, interceptação telefônica em sentido estrito ou grampeamento seria a interrupção do curso de comunicação realizada por terceiro, sem o consentimento dos interlocutores. Ou melhor, definido por Alexandre de MORAES. *Direito Constitucional*, p. 85: “Interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o consentimento de qualquer dos interlocutores”.

Escuta ambiental é a interceptação realizada por terceiro de conversa entre presentes, com ciência ao menos um dos interlocutores.

Por fim, a interceptação difere-se da escuta tão somente pelo fato de que aquele que conversa com seu interlocutor tem conhecimento da presença e identidade de terceiro, que efetua a captação da comunicação, por meio do telefone, ou em algum ambiente.

mesmo diploma legal, previsto no artigo 240, parágrafo 1º, alínea “f”, permite a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.

No entanto, a Constituição de 1988 parece não ter excepcionado o sigilo da correspondência ao dispor, no artigo 5º, XII que:

é inviolável sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Conclui-se da análise acima que a alínea “f”, do parágrafo 1º, do artigo 240 do Código de Processo Penal é inconstitucional, ao menos que a expressão “no último caso” seja compreendida, em uma circunstância emergencial, como equivalente a “em último caso”, possibilidade que tornaria mais lógico o dispositivo em questão.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* nº 69.912 segundo-RS⁵², em 16 de dezembro de 1993, que, até a edição da lei que regulamentasse a previsão constitucional em questão, não seria admitida qualquer forma de interceptação de comunicação telefônica, ainda que com autorização judicial, sob pena de ser declarada ilícita. Compreendeu-se que não foi recepcionado o artigo 57, II, da Lei nº 4.117-62 (Código Brasileiro de Telecomunicações)⁵³, posicionamento que foi mantido até a publicação da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 que não possui efeito retroativo, conforme decidiu a Corte Suprema, no julgamento do *habeas corpus* nº 74.116-SP⁵⁴, em 05 de novembro de 1996, cuja transcrição da ementa segue abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA.

1. É lícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o artigo 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos “frutos da árvore venenosa”.
2. Inexistência de prova autônoma.
3. Precedente do Plenário: HC nº 72.588-1-PB.

⁵² STF,Pleno, Re.: Ministro Sepúlveda Pertence. *Habeas Corpus* nº 69.912-RS. DJ data 25/03/1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁵³ O artigo 57 da Lei nº 4.117-62 dispõe: ‘Não constitui violação de telecomunicações: I- A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado; II- O conhecimento dado: a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal; b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação; ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo; d) aos fiscais do governo junto aos concessionários ou permissionários; e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

⁵⁴ STF, Rel: Ministro Néri da Silveira, Redator do Acórdão: Ministro Maurício Corrêa. *Habeas Corpus* nº 74.116. DJ 14/03/1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

4. Habeas Corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI- STF, art. 150, parágrafo 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

A Lei nº 9.296-96 regulamentou a disposição constitucional de que trata o inciso XII, do artigo 5º, admitindo a interceptação de comunicações em sistema de informática e telemática, mediante: autorização judicial, sob sigilo de justiça, de ofício ou a partir de solicitação do Ministério Público ou autoridade policial; demonstração de existência de indícios razoáveis de autoria ou participação no fato sob investigação ou a ser investigado; investigação, em tese, de crime apenado com reclusão; impossibilidade de se obter a prova por outros meios. A inobservância de tais requisitos resulta na consubstanciação da prova ilícita, que não poderá ser utilizada na instrução do processo.

Consoante dispõe a lei em questão, a decisão que autorizar a interceptação de comunicações, seja por sistema de informática ou telemática, será fundamentada, sob pena de nulidade, e indicará o modo pelo qual serão realizadas as diligências, que não poderão exceder o prazo de 15 dias, renovado por igual período, se demonstrada a indispensabilidade desse meio de prova. A autoridade policial realizará os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. Para que sejam cumpridas as diligências, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Verifica-se ainda, que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296-96 prevê que suas disposições serão aplicadas em relação à interpretação do fluxo de comunicação em sistema de informática e telemática, ampliando, então, o exposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, que dispõe: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”. Daí advém a polêmica sobre sua constitucionalidade.

É possível a alegação de inconstitucionalidade de tal dispositivo, caso seja entendido que a Constituição garantiu de maneira absoluta a inviolabilidade das comunicações telegráficas e de dados, bem como o sigilo de correspondências. Ademais, pode-se considerar

que a comunicação telefônica pressupõe que o contato entre os interlocutores ocorre por meio de voz.⁵⁵

Em sentido contrário, é possível defender a constitucionalidade, afirmando-se que comunicações em sistema de informática e telemática são espécies do gênero comunicação telefônica, que abrangeria a transmissão de voz, imagens, dados, sinais, entre outros.

Uma vez obtida a prova e já existindo ação penal, deverá ser possibilitada sua análise pelo defensor do réu, em observância aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Obviamente, tal oportunidade terá que ser concedida depois de colhida a prova, pois, caso contrário, o investigado não realizaria comunicação comprometedora.⁵⁶

Ressalta ainda, Alexandre de Moraes⁵⁷ que não pode ocorrer interceptação de comunicação realizada entre o réu e seu defensor, uma vez que o sigilo profissional do advogado é garantia do devido processo legal. Exceto, é claro, se o próprio advogado for também objeto de investigação, por suspeitar-se de seu envolvimento em atividade ilegal.

Relevante é a observação feita pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro⁵⁸, em relação à necessidade de prévia autorização judicial para se realizar interceptação de comunicação:

Melhor seria se a lei houvesse optado, como exceção, pelo sistema de verificação posterior da legalidade. Em outras palavras, a autoridade policial e o representante do Ministério Público poderiam tomar a iniciativa; concluída a diligência encaminharam-na ao magistrado; se não contivesse vício e fosse pertinente, seria anexada aos autos. Caso contrário, destruída, implicando eventual responsabilidade criminal. Nessa direção, o moderno Código Processo Penal da Itália (art. 267.2). Com efeito a prova é caracterizada de um fato; poderá ser passageiro. O crime não tem hora marcada. Acontece a qualquer momento mesmo fora do expediente do judiciário. Se não for tomada medida imediata, perderá importância. Não creio que a autorização verbal (art. 4, parágrafo 2º) possa cobrir todas as hipóteses.

⁵⁵ Nesse sentido, Vicente GRECO FILHO. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei n. 9.296-96, de 24 de julho de 1996, p.11-13.* apud FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.85.

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004., p. 87

⁵⁷ *Ibid* p. 88

⁵⁸ *Ibid*. p.87

4

A PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO**4.1 A teoria dos frutos da árvore envenenada.**

As provas ilícitas por derivação referem-se aquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida.⁵⁹ A Constituição de 1988 nada esclareceu sobre tal questão, tampouco o fez o legislador infraconstitucional. Mesmo com a instrução do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, que encerrou a discussão sobre a possibilidade ou não de utilização das provas ilicitamente obtida, persistiram as controvérsias sobre as provas obtidas por derivação.

Objetivando uma melhor compreensão das provas ilícitas por derivação, vale a citação de alguns exemplos: a apreensão de produto de crime, em busca domiciliar realizada sem mandato; a apreensão de fruto de prática delituosa, que se tornou possível a partir de informações colhidas em confissão obtida mediante tortura; ou, ainda, a hipótese em que há confirmação de informações que incriminem o réu, advinda de depoimento de testemunha, cuja identidade tornou-se conhecida devido à interceptação telefônica produzida sem autorização judicial.⁶⁰

A discussão gira em torno da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree ou fruit doctrine*), desenvolvida no direito norte-americano, que trata do fato de que o vício de origem que compromete uma determinada prova, transmite-se às subseqüentes, daquela derivadas, tendo por conseqüência a ampliação da inadmissibilidade de sua apreciação. A idéia é que o veneno da árvore transmite-se para os seus frutos, como bem expressa Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart, que “da mesma forma que uma árvore envenenada contamina seus frutos, a prova ilícita contamina as provas que dela decorressem”⁶¹.

A referida teoria tem origem no caso *Silverthorne Lumber Co.v. United States*, julgado em 1920 pela Suprema Corte americana. Nele houve a decisão de que o Estado não podia

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10º edição. São Paulo: RT, 2007, p 163.

⁶⁰ Exemplos de Sérgio Demoro retirado de “As provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. HAMILTON; Sérgio Demoro. **Processo Penal Reflexões**, pg. 71.

⁶¹ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**, 1º edição, SP, Editora Atlas, 2002, p.112.

intimar certa pessoa a entregar documentos porque a existência destes haviam sido apuradas em uma diligência policial ilegal, concluindo-se assim, que a acusação não poderia usar as provas obtidas em buscas que ferissem a Constituição.

Outro julgado importante sobre a questão foi em 1939, caso *Nardone v. United States* em que pela primeira vez foi utilizada a expressão *fruit of the poisonous tree*, em que se determinou que fosse excluída não só a gravação realizada de forma ilícita, mas também as provas conseguidas através de informações contidas na gravação. Dessa forma, chegou-se a conclusão que:

quando o procedimento inicial viola garantias constitucionais, a ilegalidade se estende para os outros atos que dele decorrem. Desse modo, é inadmissível como prova o resultado do procedimento inicial violador, bem como as outras provas que são fruto da ilegalidade originária.⁶²

Em resumo, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim igualmente banidas do processo⁶³, como a prova ilícita que foi responsável pela a origem das demais.

Nos Estados Unidos, observa-se que a adoção dessa teoria não ocorre em termos absolutos, já que ao longo dos anos foram reconhecidas algumas exceções a essa teoria.

A primeira delas é conhecida como a da fonte independente ou *independent source*, que também originou-se do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. Foi entendido pela Suprema Corte que as provas obtidas ilegalmente poderiam ser admitidas em juízo, caso o seu conhecimento derivasse de uma fonte independente e autônoma.⁶⁴

Outra exceção refere-se ao chamado testemunhos dotados de vontade autônoma, que surgiu no julgado de *United States v. Ceccolini*, em 1978, no qual se decidiu pela admissibilidade do testemunho do empregado de um comércio, no qual haviam sido

⁶² Conforme CARRIO, Alejandro D., Garantias constitucionales em el processo penal, cit.,pg. 164. *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra a si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se dtegere* e suas decorrências no processo penal, p.385.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10º edição. São Paulo: RT, 2007, p 163.

⁶⁴ Também em decisão proferida em *Bynum v. U.S. (1960)*, a Suprema Corte firmou a exceção da fonte independente. No primeiro julgamento de *Bynum*, foram excluída como prova as impressões digitais obtidas do acusado após prisão ilegal. Posteriormente, Bynum foi processado novamente. Foram comparadas as impressões digitais antigas, colhidas pelo FBI, e aquelas encontradas no local do crime. Considerou-se que a polícia tinha razões para suspeitar que o acusado tinha envolvimento em crime de roubo, o que justificou a comparação das impressões digitais. Além disso, as impressões colhidas estavam relacionadas a fato diverso daquele que motivou a prisão ilegal. As impressões digitais foram admitidas como provas obtidas de fonte independente. ISRAEL, Jerold H. e La Fave, Wayne R., *Criminal procedure. Constitutional limmitations*, cit., p. 288-289. *apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra a si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se dtegere* e suas decorrências no processo penal, p.386.

apreendidos ilegalmente registros de apostas ali realizadas. A polícia questionou ao empregado de quem seriam os registros e ele afirmou que seria do acusado e que este era cliente do estabelecimento. A Corte concluiu pela exclusão do registro, como prova, mas não excluiu o testemunho, por ser este autônomo.

Três limites ainda devem ser mencionados: admite-se a prova quando a polícia atuou de boa-fé em cumprimento a ordem judicial (*good faith exception*), quando vício anterior for purgado por ato voluntário do acusado (*purged taint*)⁶⁵, quando a prova obtida ilegalmente seria encontrada de qualquer modo, mesmo que mais tardiamente (*inevitable discovery exception*). Nesse caso, a Suprema Corte para admitir a prova necessita que a polícia não tenha atuado de má-fé, com o propósito de acelerar as investigações, fazendo uso de meios ilegais e que a prova não pudesse permanecer oculta.

A última exceção refere-se ao resguardo à segurança pública que requer imediata intervenção por parte da polícia, conforme ocorrência prevista no caso *New York v. Quarles*, em 1984, em que um suspeito de roubo localizado em um supermercado ao tentar fugir, foi preso e revistado, não tendo sido encontrada a arma, mas uma cartucheira vazia. O suspeito foi interrogado, sem que a polícia o advertisse quanto aos seus direitos, este foi questionado sobre a localização da arma e informou o local onde a mesma se encontrava. No julgamento, foi solicitada a exclusão de sua declaração auto-incriminatória e da arma encontrada a partir dela. A Corte americana, em votação, bem dividida, admitiu o uso de tais provas, considerando que a segurança pública justificava essa exceção, aos princípios de exclusão da prova obtida com violação aos direitos do acusado. Além disso, tal admissibilidade só foi possível, porque a polícia não coagiu o acusado à auto-incriminação.⁶⁶

Em síntese, embora estruturada pela jurisprudência norte-americana, as exceções acima apresentadas tem sido também aplicadas em outros ordenamentos jurídicos, o que acaba por enfraquecer de certa maneira, a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação.

No Brasil, a teoria em questão vem sendo aplicada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, para afastar da instrução processual prova ilícita por derivação, caso seja o

⁶⁵ Em *Wong Sun v. U.S.* (1963), a Suprema Corte decidiu que não deve haver exclusão da prova se a subsequentemente obtida for autônoma e remover a ilegalidade da primeira. No caso, após prisão ilegal, houve confissão espontânea. A mácula da ilegalidade inicial foi purgada por ato interveniente independente, rompendo o nexos entre a ilegalidade inicial e a prova obtida. (conforme ISRAEL. Jerold H. e La Fave, Wayne R., *Criminal procedure. Constitutional limitations*, cit., p. 294 e 295). *Apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra a si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se dtegere* e suas decorrências no processo penal, p.385.

⁶⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra a si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se dtegere* e suas decorrências no processo penal, p.387.

único ou principal elemento a embasar a decisão do magistrado. Vale a transcrição das seguintes ementas:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA.

1. É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos ‘frutos da árvore venenosa’.

2. Inexistência de prova autônoma.

3. Precedente do Plenário: HC nº 72. 588-1-PB.

4. Habeas-corporis conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art. 150, parágrafo 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.⁶⁷

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.⁶⁸

EMENTA: Habeas corpus. 2. Não cabe, em habeas corpus, reapreciar fatos e provas. 3. A prova decorrente da escuta telefônica, sem apoio constitucional, não constituiu o único elemento a basear o juízo condenatório, em ambos os graus. Certo, no caso, houve um conjunto de provas, referidas nas decisões condenatórias em causa, que levou os julgadores, em ambos os graus, de maneira uniforme, à condenação do paciente. 4. Habeas corpus indeferido.⁶⁹

Também cabe ressaltar, que a teoria dos frutos da árvore envenenada, não incide na fase inquisitorial, ou seja, no inquérito. Conforme consta do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, proferido no HC 80.949/RJ:

“só a partir de eventual denúncia ou sentença condenatória e do aproveitamento relevante numa ou outra de elementos derivados das provas ilícitas é que poderá reacender-se oportunamente a questão dos *fruits of poisonous tree*”

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: ministro Néri da Silveira. Redator do acórdão: ministro Maurício Corrêa. *Habeas Corpus* nº 74.116-SP. DJ data: 14-03-1997, p. 06903. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: ministro Ilmar Galvão. *Habeas Corpus* nº 74.599-SP. DJ data: 07-02-1997, p. 01340. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator: ministro Néri da Silveira. DJ data: 06-04-01, p. 00068. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

Ainda sobre o referendado remédio constitucional, impõe-se a observação da ementa, produzida nos seguintes termos (*in verbis*):

HABEAS CORPUS: cabimento prova ilícita.(...) V. **Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of poisonous tree*)**.⁹ A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.⁷⁰

Nesse sentido, não deve ser determinado o trancamento do inquérito, pois mesmo uma prova sendo ilícita, não significa que todas as provas autônomas e subseqüentes a esta, estariam contaminadas. Sendo assim, necessário um exame da situação concreta para verificar a ocorrência ou não da derivação da ilicitude.

Conclui-se, todavia, que a possibilidade de aplicação dessa teoria, pretende prevenir, mesmo que por via indireta, a violação de um direito fundamental, pois a prova ilícita por derivação não pode ser utilizada quando for a única ou fundamental motivação para uma decisão judicial, já que neste caso, mesmo que indiretamente, estaria sendo caracterizado, o desrespeito ao disposto no inciso LVI, do artigo 5º da Constituição da República. Assim, caso os elementos probatórios fossem admitidos, consistiria em um incentivo para a continuidade da colheita dessas provas e um estímulo a violação dos direitos fundamentais no processo⁷¹.

Entretanto, não são todos os doutrinadores que corroboram desta opinião, entre eles, encontra-se o ilustríssimo Professor José Carlos Barbosa Moreira, que critica a adoção pela doutrina brasileira da teoria americana do *fruits of poisonous tree* de maneira tão precipitada e acrítica. Para o mesmo, esta teoria é “nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem”⁷², já que até mesmo nos Estados Unidos da América ela permite mitigação, conforme analisado nos parágrafos anteriores.

O prezado professor ainda argumenta que tal teoria mostra-se inadequada a nossa realidade envolta em práticas delituosas, como a da criminalidade organizada. Segundo o mesmo, não é admissível a adesão a “uma escala de valores que coloca a preservação da

⁷⁰ STF, HC 80.949/RJ, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação DJ 14/12/2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.179.

⁷² Exemplos de Sérgio Demoro retirado de “As provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p.77.

intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico”⁷³.

Nesse mesmo sentido, Sergio Demoro Hamilton⁷⁴ expressa seu descontentamento, ao afirmar que a adoção de posicionamentos rígidos, ainda que motivados pelas mais nobres intenções de respeito à Constituição, “podem contribuir para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, à impunidade geral”.

Para o mesmo, a solução para tal discórdia estaria da “não adoção da Teoria da Proporcionalidade no exame das provas obtidas por meio ilícito”, permitindo assim, a aceitação da possibilidade da teoria da árvore venenosa. Contudo, para outros autores, a solução estaria ligada à possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, possibilitando assim, a ponderação de valores no sentido da aplicação ou não da prova ilícita.⁷⁵

4.2 A teoria do encontro fortuito de provas.

A teoria do encontro fortuito ou causal de provas é uma hipótese ligada as questões da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Pode-se dizer que ocorre o chamado encontro fortuito, “quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime”⁷⁶.

Essa teoria já encontra-se legislada em alguns países, como a Alemanha, em que o Código de Processo Penal (StPO) tratou da teoria do encontro fortuito ou *Zufallsfunden* no seu §100, b, V. No Brasil podemos dizer, que a adoção dessa teoria pelos doutrinadores, seria uma forma de estabelecer uma função de controle ou de pedagogia da atividade policial persecutória.

Podemos citar como exemplo, que em uma investigação contra a fauna os policiais obtenham mandado judicial de busca e apreensão de animais silvestres e ao adentrarem em

⁷³ Exemplos de Sérgio Demoro retirado de “As provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito. HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 77.

⁷⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 77.

⁷⁵ Os fundamentos da ponderação de valores supostamente contrapostos, por meio da aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, bem como os argumentos daqueles que a defendem ou a repelem, serão abordados no capítulo 4.

⁷⁶ Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 316.

determinada residência, passam a examinar gavetas e armários, ou seja, locais e que não poderiam estar nenhuma espécie de animal. Nesse caso, o local em que está sendo procurado, não se relaciona com o mandado judicial, configurando assim, uma ilegalidade e a consideração de uma violação do domicílio, pois o mandado não permitia esta finalidade.⁷⁷ Nesse caso, a teoria presta-se a coibir um abuso de autoridade, utilizando-se de medidas que garantam o direito a privacidade e/ou intimidade.

Vale ressaltar, contudo, que a determinação acima não pode ser considerada absoluta, pois poderia acarretar uma prática de não coibição a criminalidade, ou seja, poderia ser um porto seguro aos criminosos, que tentariam alegar essa prática para permanecer na impunidade. Sendo assim, faz-se necessária a análise do caso concreto para permitir ou não a utilização de prova caracterizadora de novo crime, obtida através de busca autorizada para investigação de outra infração.

Nesse sentido, cabe a análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a licitude da prova de outro crime, diverso daquele investigado, obtido por meio de interceptação telefônica autorizada.⁷⁸ Conforme observa-se da análise de parte do voto do ilustríssimo relator, abaixo transcrita:

“a interceptação teria sido realizada de forma legal e legítima para apuração de crimes puníveis com reclusão. Dessa forma, os elementos probatórios levantados a partir desse procedimento em relação a outros crimes conexos puníveis com detenção poderiam e deveriam ser levados em consideração para fundamentar denúncia quanto a estes, sob pena de se inviabilizar a interceptação telefônica para a investigação de crimes apenados com reclusão quando estes forem conexos com crimes punidos com detenção”⁷⁹.

Tal reconhecimento foi possível, pois a interceptação telefônica havia sido autorizada, permitindo que fosse conhecido os diálogos mais íntimos e pessoais dos investigados não obstando assim, a descoberta de um novo crime por acaso. Além disso, vale ressaltar, que a autorização judicial para interceptação telefônica é permitida sempre de modo excepcional, e apenas quando existirem os indícios de autoria e/ ou participação e a não possibilidade de obtenção da prova de outro modo, desde que para crimes apenados com reclusão. Assim, não se justificaria alegar, que os encarregados da investigação agiram com abuso de autoridade.

⁷⁷ Oliveira, Eugênio Pacelli de. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.316

⁷⁸ STF. HABEAS CORPUS n° 83.515/RS, Rel Min. Nelson Jobim. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁷⁹ Informativo n° 361 do STF de 13 a 17 de setembro de 2004; Interceptação Telefônica. Prazo. Renovação. Crimes Punidos com Detenção. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

Em apertada síntese sobre a teoria do encontro fortuito, pode-se definir um entendimento mais impregnado por ideais de proteção das garantias e direitos fundamentais, que prevê duas possibilidades: a de não utilização, na instrução processual, de prova advinda de um encontro fortuito; ou, então, a de aproveitamento da prova de um novo delito, para apresentar *notitia criminis* ou realizar prisão em flagrante. Tudo isso, obviamente, alisando as hipóteses em questão com base no caso concreto.

5

A ATENUAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

5.1 A aplicação do Princípio da Proporcionalidade na inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

Prevalece no ordenamento brasileiro, a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas na instrução processual, devido a interpretação dada ao artigo 5º, LVI, da Magna Carta⁸⁰. A inteligência deste inciso tem repudiado qualquer elemento de informação, desautorizando-lhe o valor, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar em violação ao ordenamento positivo.

De acordo com Sérgio Demoro Hamilton, a Constituição “ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, fê-lo de forma absoluta e peremptória”⁸¹, já que o legislador poderia ao final deste inciso ter incluindo a ressalva “na forma de lei”, o que permitiria uma regulamentação legal sobre tal questão; o que de certa forma solucionaria inúmeros questionamentos apontados pela doutrina e pela sociedade. Entretanto, assim não dispôs a Constituição da República atualmente em vigor, permanecendo dessa forma, a interpretação dada ao inciso LVI do artigo 5º da Constituição.

Argumenta-se que, dentro da ótica de um Estado Democrático de Direito, optou-se pelo controle da persecução penal, respeitando-se a individualidade e mantendo-se distância de um sistema inquisitório e arbitrário.

Ademais, ressalta-se que os direitos e garantias individuais, previstos no artigo 5º da Constituição da República, encontram-se protegidos de quaisquer dispositivos que tenham por objetivo abolir esses direitos, em razão do disposto no parágrafo 4º, do artigo 60, também da Constituição.

Assim, pode-se verificar, que estes são muitos dos argumentos daqueles que não aceitam quaisquer tentativas de flexibilização do artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República. Todavia, a teoria hoje dominante e acima defendida, vem sendo atenuada por uma outra corrente de pensamento, que tem por objetivo corrigir certas distorções a que a

⁸⁰ Segundo o inciso LVI, do artigo 5º da Constituição da República: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

⁸¹ HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p. 79

inadmissibilidade absoluta da prova ilícita poderia acarretar em casos de excepcional gravidade, qual seja, o denominado princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, objetivando entender essa tendência contrária a teoria dominante, faz-se mister rápido estudo do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional.

Segundo este princípio, cabe ao Poder Judiciário, no âmbito da análise de certas restrições de direitos, apreciar até que ponto são elas justificadas pelo interesse público, aceitando-as como legítimas ou não. Esse princípio terá aplicação, conforme síntese de Willis Santiago Guerra Filho quando “as vantagens que trará superarem as desvantagens...”⁸². Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, torna-se essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, já que o seu raciocínio é o mesmo que deve ser utilizado na ponderação, sendo estes, proporcionalidade e ponderação, instrumentos recíprocos.

O princípio da proporcionalidade, em face da utilização de provas ilícitas, apresenta aplicação no direito americano e em países como a Alemanha e Itália, contudo no Brasil, ele ainda é visto com certas ressalvas em relação aos atos do Poder Legislativo, pois conforme argumenta Barroso, este princípio “confronta-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes”⁸³, já que não há grande aceitação na possibilidade do juiz sobrepor-se ao legislador, fornecendo a norma uma valoração subjetiva à aquela que o legislador desejou.

Todavia, tal questão pode ser resolvida pelo próprio legislador, que não concordando com a interpretação dada pelo judiciário a determinada norma, pode emendá-la para dar-lhe o sentido que assim desejar.

No que respeita este entendimento, cabe ressaltar, que a Constituição Federal de 1998, não faz referência direta ao princípio da proporcionalidade, contudo para Barroso, este princípio integra o direito constitucional brasileiro de forma implícita⁸⁴, sendo um princípio

⁸² Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*, pág. 75. *apud* HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

⁸³ Luis Roberto Barroso, *O princípios da razoabilidade e da Proporcionalidade do Direito Constitucional*, *apud* HAMILTON, Sergio Demoro. *Processo Penal Reflexões*, pg 79, Lúmen júris.

⁸⁴ “O ordenamento jurídico constitucional não se resume ao somatório de todos os dispositivos inscritos no texto da Constituição. Muito mais do que isso, a Constituição representa um sistema aberto, onde devem se refletir os valores fundamentais partilhados por determinada comunidade, ao lado das decisões políticas capitais da Nação. Assim, beira o truísmo a afirmação de que o intérprete está autorizado a inferir, a partir do sistema e dos valores agasalhados na Lei Maior, normas implícitas, que não perdem a estatura constitucional apenas por não se encontrarem enunciadas no texto magno. (...) O reconhecimento de um princípio implícito resulta de um trabalho de descoberta e não de pura invenção. Neste trabalho, tem importância a atuação da jurisprudência que, sensível às necessidades práticas postas pela comunidade, vai revelando princípios latentes no ordenamento e conferindo-lhes, com o passar do tempo, o necessário “polimento”, até que eles adquiram uma compostura mais precisa.” SARMENTO, Daniel. Pg 92. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1º edição, 3º Tiragem. Editora LúmenJuris.

não escrito, que poderá ser retirado da cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), integrando assim o texto constitucional de forma implícita, atingindo, pois, o status de princípio constitucional.

Ressalta-se que não há hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos. Estes podem concorrer com aqueles em caso concreto, no qual é imposto uma ponderação de interesses para uma resolução eficiente da controvérsia.

Vale também lembrar, que o princípio da proporcionalidade nada mais é que um desdobramento do princípio da razoabilidade e que esse, encontra aplicação no critério utilizado para saber se o meio necessário e adequado é proporcional ao fim perseguido. Ou seja, resulta da análise do custo-benefício, pois a solução encontrada deve trazer uma vantagem que justifique a interferência no direito fundamental do indivíduo.⁸⁵

No caso concreto, ao aplicar-se o princípio da proporcionalidade, entende Barbosa Moreira⁸⁶, haver necessidade de serem considerados as diversas questões envolvidas:

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 por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido realmente o menor.

Assim a idéia de flexibilização da aplicação do artigo 5º, LVI, da Constituição, com base no princípio da proporcionalidade, só seria possível em casos de extrema gravidade, com o fim de impedir a concretização da injustiça que ocorreria, se apenas os dispositivos legais fossem observados. Nesse caso, permitiria-se uma exceção, com o escopo de se proteger um outro valor fundamental que, eventualmente, possa estar em conflito se aplicado a determinação do inciso LVI, do art. 5º da Magna Carta.

Em suma, conforme preleciona Willis Santiago Guerra Filo, o princípio da proporcionalidade permite:

“fazer o “sopesamento” (Abwägung, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que máxime o respeito de todos os envolvidos no conflito.”

⁸⁵ Ressalta-se que o inciso nº LVI do artigo 5º da Constituição Federal está inserido no Título II que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, cujo Capítulo I cogita dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

⁸⁶ A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: Revista do Ministério Público, nº 4, jul./dez. 1996, p. 103. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral de Justiça. 1995-. Semestral.

Assim, a ponderação de uma norma com outros interesses constitucionais, utilizada a luz do princípio da proporcionalidade, também é aceita por doutrinadores como José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior e Vicente Greco Filho, sendo conforme este último:

“O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito”⁸⁷.

A partir dessa análise, surgem inúmeras dúvidas aos estudiosos deste tema, como: se seria razoável deixar de lado o direito à vida, a liberdade, entre outros, quando confrontam-se com a barreira imposta pelo artigo 5º, inciso LVI da Constituição? Deveria-se ficar impune um criminoso ou mesmo, preso um inocente, para que assim não pudesse ser aplicado o princípio da proporcionalidade pelo juiz, já que por uma visão positivista pura, não seria permitido ao julgador colocar na balança a norma e os valores colocados em combate?

Esse embate ocorre, pela objeção que é gerada, muitas vezes pelos legisladores, de não querer permitir ao juiz um poder de apreciação e decisão que possibilitará a determinação de qual valor contraposto preponderará. É claro, que existirá risco na conferência de poderes, ou ampliação dos já existentes ao magistrado, e o mesmo não souber agir com equilíbrio no âmbito do exercício de sua discricionariedade, atuando de forma contrária à vontade primária do próprio legislador, a que se confere a legitimidade para a “produção” legislativa, o que possibilitaria, em tese, o manejo de arbitrariedades, o que, obviamente, colidiria com o próprio fim de direito almejado.

Para isso, faz-se necessário a utilização de critérios, que não permitiriam a aplicação do princípio da proporcionalidade indiscriminadamente, sendo esse passível de utilização somente em casos excepcionais e de extrema gravidade quando a utilização da prova ilícita seria o único meio, por exemplo, de comprovar a inocência de um acusado.⁸⁸

São raras as decisões que fazem alusão de forma expressa à possibilidade de mitigação da garantia constitucional prevista no inciso LVI, do art. 5º da Constituição, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade. Uma delas foi prolatada no julgamento do

⁸⁷ Greco Filho, Vicente. Manual de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p.178 apud SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 179

⁸⁸ A análise concreta sobre a possibilidade de valoração e utilização do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, será melhor discutida no próximo item, quando será tratada a possibilidade de aplicação da prova obtida ilicitamente a favor do réu e a favor da sociedade.

habeas corpus n° 3.982-RJ⁸⁹, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi relator o ministro Adhemar Maciel, cuja ementa vale transcrever:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (Verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilícitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.

No mencionado julgamento, o também ministro, William Patterson, ao fazer declaração do seu voto, deixou claro que:

Escrever sem compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de colher uma prova desta ordem, até em favor do inocente⁹⁰.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) aplicou de forma mais amena o princípio da razoabilidade, no julgamento da questão de ordem na reclamação n° 2040 QO / DF⁹¹, em 21 de fevereiro de 2002, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: - Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte – HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n° 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspenda, em parte, na liminar

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator: ministro Adhemar Maciel. *Habeas Corpus* n° 3.982. DJ data: 26-02-1996, p.04084. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

⁹⁰ É passível na doutrina a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro réu*.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Relator: ministro Néri da Silveira. Rcl 2040 QO/DF – Distrito Federal. DJ data: 27-06-2003, p. 00031. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como 'moralidade administrativa', 'persecução penal pública' e 'segurança pública' que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do 'prontuário médico' da reclamante.

Conclui-se dessa maneira, que a adoção da teoria da proporcionalidade em face da produção de provas por meio ilícito possui divergências sobre até que ponto esta teoria poderia ser adotada, sem que para isso fosse assumida uma posição radical que pudesse violar os preceitos fundamentais da Constituição e toda a ética que reveste o direito.

Para isso deve ser seguida a lição de Carlos Maximiliano conforme a qual:

dentro da letra expressa, procura-se a interpretação que conduza a melhor consequência para a coletividade. Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis.

Assim, a busca pelo que supõe justo e o ônus do Estado de provar o que foi alegado na persecução penal, de acordo com o que foi determinado em disposição legal, desenvolvem discussões que tentam estabelecer o equilíbrio entre as garantias individuais e o bem comum, não significando que para garantir tal equilíbrio, deva ser aceito sempre pelo o Estado o que for solicitado pelo clamor social em detrimento as normas constitucionais.

5.2 As provas obtidas por meio ilícito no âmbito da administração pública

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro decorre da elevação dos valores constitucionais, em especial, *in casu*, a garantia à inviolabilidade da intimidade e da privacidade sobre o princípio da proporcionalidade.

A nítida desproporção entre os preceitos contrapostos impõe que se opte pela aplicação das determinações constitucionais, sob pena mesmo de ter-se uma subversão dos valores sociais e uma violação do próprio sistema jurídico como um todo.

Todavia, no âmbito da administração pública, a avaliação destes critérios deve ser feita à luz do artigo 37 da Constituição, que define os parâmetros em que deve se pautar a administração pública, que, de acordo com tal comando, deve agir atendendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Repita-se que se tratam de valores constitucionalmente estabelecidos.

A necessidade de impor-se a publicidade dos atos da administração pública se justifica pela possibilidade de controle social da utilização da máquina pública, o que somente pode ocorrer se a população puder ter acesso amplo e irrestrito a toda ação dos agentes no âmbito de suas atribuições, enquanto que a moralidade que se impõe às atividades Estatais, sendo a forma de garantia do desempenho das atividades que competem ao poder público.

Decorre de simples exercício exegético a percepção de que é dever do agente público demonstrar publicamente a moralidade de seus atos. Os Agentes públicos não apenas tem o dever de agir de acordo com os ditames da moral e da ética, mas também de externar que o faz, e somente assim, se pode caracterizar o atendimento aos princípios da moralidade e da publicidade a estes imposto pela inteligência do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pronunciando-se sobre o tema, o Ministro Marco Aurélio, ao ensejo do julgamento do Recurso Extraordinário nº 160.381-SP, do qual foi relator, aduziu que “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”⁹².

Evidentemente, a privacidade e a intimidade dos agentes públicos, por determinação constitucional deve ser analisada de forma distinta. Não há que se falar em preservação do homem público enquanto a própria constituição lhe impõe a publicidade de seus atos, e a demonstração da moralidade neles contida.

Na esteira deste entendimento, é premente a flexibilização da regra de proibição da prova ilícita no âmbito da administração pública, impondo-se a permissão da utilização de gravações ocultas realizada por um dos interlocutores, ainda que promovidas ao arrepio do agente público, desde que se tenha por fim a investigação e a comprovação da prática de ato ilícito pelo agente no âmbito de suas prerrogativas, as quais, a propósito, são conferidas pelo cargo ou função pública que exerce.

⁹² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 160.381-SP. Relator: Relator Ministro Marco Aurélio. Segunda Turma. Publicação: publicado no DJ em 12/08/94. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

Tal entendimento decorre da própria necessidade de imposição ao agente público da observância aos princípios que devem nortear sua conduta, e se baseia na idéia de evitar que os agentes públicos, escudados na garantia de inviolabilidade da vida privada, cometa ilícitos contra a administração pública. Alcança-se assim, o entendimento de que na administração não vigora a preservação à intimidade, posto que esta colide diametralmente com o princípio da publicidade, que deve vigorar sob pena de impedir-se a fiscalização dos atos públicos pelos administrados.

Mister, todavia, esclarecer-se que a mitigação ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas deve se dar exclusivamente no âmbito da administração pública, não se admitindo que, a qualquer pretexto, se busque a produção ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos para a fundamentação de acusação contra particulares, ou mesmo contra agentes da administração pública que venham a cometer ilícito sem o fazer no âmbito de suas prerrogativas funcionais.

Vale dizer, ainda que o ilícito seja cometido por agente público, e esse ilícito seja praticado contra a administração pública, se o fizer independente do uso de suas prerrogativas funcionais, não se pode admitir a utilização de provas ilícitas para lastrear a justa causa necessária à denúncia.

Isto se deve ao fato de que o artigo 37 da Constituição não impôs a publicidade dos atos dos indivíduos ocupantes de cargos ou empregos públicos, mas sim, impôs a publicidade e a moralidade dos atos dos agentes da administração pública, que, agindo nesta qualidade, devem ser transparentes.

Admitir-se a violação da privacidade e da intimidade de um indivíduo pelo simples fato deste ser funcionário público seria desviar a função de publicidade e desvirtuar o sentido lógico do citado Artigo 37 que não pode ser imposto ao indivíduo privado. Não tem o agente, no gozo de sua vida privada, o dever de tornar públicos os seus atos.

5.3 A Teoria da proporcionalidade na prova ilícita *pro réu e pro societate*.

É possível a delimitação dos diferentes posicionamentos acerca da possibilidade de utilização de provas consideradas ilícitas na instrução processual, em contrário ao que está determinado na letra fria do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988.

Essa corrente de pensamento defende a flexibilização constitucional que impõe ineficácia às provas produzidas ilicitamente, utilizando-se o princípio da proporcionalidade. Tal mitigação defende que será admitida a prova obtida ilicitamente se for em benefício do

réu, também há doutrinadores que sustentam que esta prova em determinadas circunstâncias poderia ser utilizada em prol da sociedade, ou seja, em favor da acusação.

Encontra-se pacificada na doutrina, a flexibilização da norma constitucional supra citada, quando a prova ilícita produzida no processo penal representar a única forma disponível para comprovar a inocência do acusado, ou seja, desde que a prova ilícita venha a ser utilizada *pro-reu*.

Nesse caso, adota-se o princípio da proporcionalidade para que a prova favorável ao acusado, ainda que colhida ao arrepio de direitos fundamentais deste ou de terceiros, possa ser utilizada no processo penal.⁹³

Os argumentos que sustentam a admissão da prova ilícita *pro reu* podem ser retirados do direito à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de inocência. Empresta-se assim, um valor maior ao bem jurídico representado pela liberdade do réu, do que a proibição de utilizar-se no processo a prova ilícita, já que vai contra a consciência de qualquer juiz condenar alguém que saiba ser inocente.⁹⁴

Como observa Sergio Demoro Hamilton e Ada Pellegrini Grinover, a prova ilícita quando utilizada a favor do réu tem sido admitida tendo em vista o direito de defesa e o princípio *favor rei*.⁹⁵

Admite-se a utilização da prova ilícita *pro-reu*, já que não interessa ao Estado a condenação de um inocente enquanto o verdadeiro culpado continua livre, sem responder pelos ilícitos cometidos e podendo ainda praticar novos. Ademais, não se pode deixar de examinar em uma sociedade o direito a liberdade e a dignidade do ser humano (direitos indisponíveis), que se encontrariam devassados, caso um inocente fosse considerado culpado pela não possibilidade de utilizar uma prova ilícita.

Verifica-se ainda, que a admissão da prova ilícita *pro-reu* não se encontra definida em lei, cabendo apenas ao juiz utilizá-la para fundamentar a sua decisão de absolvição do réu que

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 10º edição. São Paulo: RT, 2007, pg. 162.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel ., **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1º Edição, 3º Tiragem. Editora Lumem Juris. p. 180

⁹⁵ O princípio em questão, segundo Rangel consiste na necessidade de se interpretar uma norma ambígua de modo a favorecer o acusado. Assim, impõe-se ao magistrado o acolhimento da tese que melhor atenda ao direito de liberdade do réu, sempre que a instrução probatória mostrar-se insuficiente para caracterizar sua responsabilidade penal. Deve-se ter em mente que o ônus probatório no processo penal cabe à acusação. É também esse princípio que autoriza seja o réu absolvido diante da ocorrência de prescrição, ou, ainda, a declaração de invalidade do processo, em razão de algum vício. O autor esclarece que no Código de Processo Penal, pode-se vislumbrar a aplicação do princípio *favor rei* nos artigos 386, VI; 607; 609, parágrafo único; 615, parágrafo primeiro e 621. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

se enquadra nestas circunstâncias, decidindo assim, em conformidade com que foi estabelecido nas Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (*in verbis*):

Súmula 48- Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula 49- São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula 50- Podem ser utilizados no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa⁹⁶

Além disso, também deve ser levado em conta, a eliminação da ilicitude da prova, quando esta for colhida pelo próprio acusado, que ao tentar se defender e comprovar a sua inocência utiliza-se de meios considerados ilícitos para obtê-la. Tal conduta é justificada, pois ele atua em legítima defesa de seus direitos fundamentais, sendo afastada assim a antijuridicidade.⁹⁷

Nesta mesma esteira de pensamento, aduz Daniel Sarmiento, corroborando com o entendimento de que se permitem as provas colhidas pelo próprio acusado em prol de sua defesa a medida em que, este o faz como medida de defesa própria e, nitidamente imbuído do impulso gerado pela necessidade do estágio em que se encontra, fator este que é considerado pelo próprio ordenamento como excludente de ilicitude, e o exime, neste diapasão da observância de critérios técnicos a fim de validar a consecução de determinada prova de que necessite para a comprovação de sua inocência senão vejamos:

Nesse caso, porém, não chega haver propriamente uma ponderação de interesses, já que a colheita da prova pelo réu, ainda que com violação de normas substantivas, dá-se em estado de necessidade ou legítima defesa, que excluem a ilicitude da conduta.

Dessa forma, tal prática só é possível, pois aqueles que praticaram nessa situação o ato ilícito, observaram as suas liberdades públicas, as de terceira pessoa e da própria sociedade, o que lhes permite assim, invocar a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Exemplificando, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de um crime de extorsão, pois, o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-la e coagi-la. Essa, por sua vez, em legítima defesa de suas liberdades públicas, obteve uma prova

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10ª edição. São Paulo: RT, 2007, p. 165.

⁹⁷ *Ibid* p.162.

necessária para responsabilizar o agente. Poderíamos, também, apontar a hipótese de utilização de uma gravação de vídeo realizada pelo filho, de forma clandestina e sem conhecimento de seu pai, agressor, para comprovação de maus-tratos e sevícias. Não se poderia argumentar que houve desrespeito à inviolabilidade à intimidade e à imagem do pai-agressor, pois sua conduta inicial desrespeitou a incolumidade física e a dignidade de seu filho que, em legítima defesa, acabou por produzir a referida prova. Ainda, poderíamos apontar a possibilidade de utilização de uma "carta confidencial" remetida pelo seqüestrador aos familiares do seqüestrado. Certamente essa carta poderia ser utilizada em juízo, sem que se falasse em desrespeito ao sigilo das correspondências, pois o seqüestrador foi quem, primeiramente, desrespeitou os direitos fundamentais do seqüestrado e de seus familiares que, em legítima defesa, produziram tal prova.⁹⁸

Observa-se que não se trata de acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, LVI, da Constituição Federal. O que ocorre é a ausência de ilicitude dessa prova, pois quem a produziu agiu em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que se encontravam lesados e coagido em razão de condutas ilícitas.

Conforme voto dado pelo Ministro Moreira Alves no Habeas Corpus nº 74.678/ SP, *in verbis*:

evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.⁹⁹

Ainda sobre o tema, a ensejo do mesmo julgamento, pronuncio-se o ministro Sepúlveda Pertence:

a existência de exclusão de ilicitude da gravação obtida por um dos interlocutores, vítima de corrupção passiva ou concussão já consumada, apesar do desconhecimento do outro interlocutor, e, conseqüentemente, a possibilidade de sua utilização.

Assim, conclui-se, que em regra geral não serão admitidas as provas colhidas com desrespeito ao inc. LVI, do art. 5º, da Constituição Federal. Excepcionalmente, serão aceitas

⁹⁸ MORAES, Alexandre de. Provas ilícitas e proteção aos direitos humanos fundamentais. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, nº 63, p.13-14, fev. 1998.

⁹⁹ STF, 1ª T., HC nº 74.678-1/SP, Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, Diário da Justiça, Seção I, 15.08.97, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ementário nº 1.878-02. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

provas ilícitas obtidas pela vítima contra seu agressor, que em face de sua anterior conduta criminosa tenha profanado a esfera de liberdades públicas daquela, pois presente a legítima defesa, excluí-se a ilicitude da obtenção da prova¹⁰⁰.

Resta porém, a necessidade de saber se em outros casos será possível a utilização do princípio da proporcionalidade, bem como a ponderação de interesses, para ser utilizada a prova ilícita de outras formas que não sejam *pro-reu*.

Para alguns autores como Sergio Demoro Hamilton, José Carlos Barbosa Moreira e Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça, seria possível a utilização do princípio da proporcionalidade em favor da acusação, ou seja, *pro-societate*.

Segundo os mesmos, a sociedade, assim como o indivíduo, se faz igualmente merecedora de proteção, não sendo possível fazer prevalecer uma forma de individualismo absoluto em detrimento do bem comum. Assim, permitiria-se a valoração de um crime e a ponderação de interesses, ou em outras palavras, de acordo com o clamor social, o juiz poderia valorar se o crime cometido pelo acusado seria grave o suficiente para aceitar a utilização da prova ilícita, dando prevalência ao interesse público na punição dos delitos, em detrimento aos direitos fundamentais.

Esse entendimento ganha campo à medida que cresce a violência e se estrutura, de forma mais concreta, o chamado crime organizado. Nesse contexto, clama-se para que não haja uma aplicação “cega” da lei, para que não haja decisões “injustas”.

Também acompanha esse entendimento, ressalvada as devidas proporções, Barbosa Moreira¹⁰¹, ao afirmar que:

Devemos confessar, de resto, com absoluta franqueza, a enorme dificuldade que sentimos em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal), em dar combate eficiente à praga do tráfico – combate que, diga-se de passagem, é também um valor constitucional, conforme ressalta da inclusão do ‘tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins’ entre os ‘crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia’ (art. 5º, nº XLIII).

Para esse autor, parece sensato que seja permitido ao magistrado flexibilizar a vedação constitucional prevista no inciso LVI, do art. 5º da Constituição da República, através da valoração do crime e da ponderação de interesses, baseando-se assim, na análise dos diversos aspectos envolvidos em determinada situação, como: a gravidade do caso; o conteúdo da

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. Provas ilícitas e proteção aos direitos humanos fundamentais. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, nº 63, p.13-14, fev. 1998.

¹⁰¹ A constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: Revista do Ministério Público, nº 4, jul./dez. 1996, p. 114. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral de Justiça, 1995-. Semestral.

relação jurídica controvertida; a dificuldade da parte em provar o alegado; e os eventuais danos causados ao se sacrificar um dos interesses em conflito¹⁰².

A adoção desse raciocínio indica que para a prova ilícita ser aceita *pro societate* e utilizada na fundamentação do juiz, é necessário que aquele que a colheu esteja de boa-fé, que o motivo para a adoção da prova seja relevante, o valor preponderante ou o fato de que o elemento probatório seria inevitavelmente descoberto por meios legais.

A Constituição veda a produção e, conseqüentemente, a utilização de provas obtidas por meios ilícitos e garante, no mesmo dispositivo (art. 5º, *caput*) outros direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, os quais deveriam, então, ser contrapostos à inadmissão de provas ilícitas, para que, no caso concreto, se opte pelo interesse que deva prevalecer e assim possa ser adotada a teoria da proporcionalidade, admitindo a prova *pro societate*.¹⁰³

São raras as decisões que fazem alusão de forma expressa à possibilidade de mitigação da garantia constitucional prevista no inciso LVI, do art. 5º da Constituição, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade. Uma delas foi prolatada no julgamento do *habeas corpus* nº 3.982¹⁰⁴, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi relator o ministro Adhemar Maciel, cuja ementa vale transcrever:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (Verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.

¹⁰² José Carlos Barbosa MOREIRA. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In: Revista do Ministério Público nº 4, jul./dez. 1996, p. 103. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral de Justiça, 1995-. Semestral.

¹⁰³ Também nesse sentido é o pensamento de HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 77.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Relator: ministro Adhemar Maciel. *Habeas Corpus* nº 3.982. DJ data: 26-02-1996, p.04084. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

De acordo com esse julgado, poder-se-ia dizer que nenhuma liberdade individual é absoluta, fazendo-se mister seu confronto com as demais regras constitucionais. Deste modo, seria possível, observados determinados limites, proceder à interceptação de comunicações sempre que as liberdades públicas forem utilizadas como meio de salvaguarda de práticas ilícitas¹⁰⁵. Seria o caso de dar prevalência ao interesse público na punição do delito, em detrimento do direito à intimidade, utilizado de forma deturpada, como escudo para o criminoso.

Outro julgado que se refere a admissão de prova ilícita *pro- societate* foi o proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF):

HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO. – A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. – A eficácia probante das cópias xerográficas resulta em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. – A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. – O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.¹⁰⁶

Entretanto para a maioria dos doutrinadores e para a jurisprudência dominante a aplicação do princípio da proporcionalidade não será admitida para a aceitação das provas ilícitas *pro societate*.

Nas palavras de Daniel Sarmento¹⁰⁷, não é possível a utilização de prova obtida por meio ilícito em favor da acusação, uma vez que “os valores constitucionais que regem o

¹⁰⁵ Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 84; e Vicente GRECO FILHO. *Manual de processo penal*, p. 178. apud SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator: ministro Celso de Mello. *Habeas Corpus* nº 70.814-SP. DJ data: 24-06-94, p. 16649. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>

¹⁰⁷ *ibid.* p. 182.

direito penal e processual penal são de evidente teor garantista¹⁰⁸. Ademais, trata-se de norma cogente, que une a persecução penal desenvolvida pelo Estado ao cumprimento dos direitos fundamentais do acusado.

Além disso, não se pode olvidar que, no momento em que se desenvolve a persecução penal, se está na verdade, diante do direito de liberdade do réu, em contrapartida ao direito de punir do Estado. Assim, não pode se falar, como defendido na aplicação da prova ilícita *pro societate*, em direito à intimidade do acusado *versus* bem jurídico tutelado da vítima.

Poderá, todavia, ser considerada a possibilidade de que o direito de punir do Estado visa, também, à garantia dos direitos fundamentais (como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade), e que sua atuação ocorre em função da salvaguarda dos interesses da sociedade. Ou, então, poderá ser levado em conta o eventual risco que representaria o fato de se ter um suposto criminoso livre, prestes a delinquir novamente. Mas daí, ter-se-ia que refletir sobre as conseqüências que a longo prazo advirão da escolha em combater a impunidade por meio da flexibilização de norma constitucional que garante o direito à exclusão de prova ilegal da instrução processual.

A admissão da ponderação ligada à vedação da prova ilícita enfraquece esta garantia constitucional, aumentando a dose de insegurança inerente ao processo¹⁰⁹, pois ao permitir

¹⁰⁸ Cabe aqui um breve esclarecimento sobre o modelo penal garantista de Luigi FERRAJOLI (Direito e razão: teoria do garantismo penal. p. 684-685): “Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estreita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

(...)

Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou ‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente anti-garantistas), interpretando-a como a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

(...)

Segundo um terceiro significado, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.”

que o Estado viole o princípio da dignidade da pessoa humana em prol de uma sensação passageira de segurança, o cidadão não se encontra mais protegido, muito pelo contrário, reduz suas defesas contra ingerências do poder público. Assim, pune-se o acusado e desprotege-se o cidadão.

A adoção da prova ilícita *pro societate*, não só gera descrença na administração pública, como produz um paradoxo, pois caso o Estado puna um indivíduo com a prova ilícita valorada através do princípio da proporcionalidade, estará combatendo um ilícito através da utilização de uma prova ilícita, ou seja, combate-se um ilícito com outro.

Muitas vezes os doutrinadores pretendem justificar a adoção da prova ilícita *pro societate* quando ocorre uma infração penal largamente divulgada pelos meios de telecomunicação, que causa imensa discussão na sociedade e um clamor social para que a prova ilícita possa ser utilizada no processo e auxilie na condenação do réu. Contudo, não pode o magistrado ser influenciado por tal cobrança social, devendo o mesmo agir com ética e respeitar direito a liberdade e a dignidade humana, que são invioláveis.

Dessa maneira, a maior crítica que se faz a adoção da prova ilícita *pro societate* é que esta ensejaria a aplicação excessiva de fatores subjetivos e, conseqüentemente, ao arbítrio judicial e, ainda à insegurança jurídica.

Contudo, ainda afirmam os que sustentam a flexibilização da regra expressa no inciso LVI, do art. 5º da Constituição da República, que há uma equivocada compreensão do alcance do princípio do livre convencimento do juiz, que não poderia jamais significar ampla liberdade na condução do procedimento probatório, tampouco, julgamento desvinculado de normas legais. Alega-se que não se busca a admissão irrestrita de provas ilícitas, pois isso incentivaria a prática de atos contrários ao direito, principalmente por parte das autoridades públicas¹¹⁰.

Segundo Sergio Demoro Hamilton¹¹¹, haveria critérios limitadores da atuação do juiz. Cita como possível balizamento a restrição da aplicação do princípio da proporcionalidade aos chamados crimes hediondos. Entende ser justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para não deixá-lo impune. Tampouco poder-se-ia afirmar que tal solução daria margem a

¹⁰⁹ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Pg 183, 1º edição, 3º Tiragem. Lúmen Júris.

¹¹⁰ Alexander Araújo de SOUZA. O promotor de justiça investigador e a teoria das provas ilícitas. In: Revista do Ministério Público nº 17, jan./jun. 2003, p. 49-50. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral de Justiça, 1995-. Semestral.

¹¹¹ HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p. 259.

arbitrariedades, porque a sentença tem que ser motivada, consoante o texto do art. 93, X, da Constituição e , além disso, existe o duplo grau de jurisdição.

Alega-se também que seria possível controlar eventual excesso do magistrado, por meio da participação do Ministério Público, tanto na qualidade de parte, quanto de fiscal da lei (*custos legis*).

A tais conclusões se contrapõe de forma correta e pontual, o ilustríssimo professor Antonio Magalhães Gomes Filho¹¹², afirmando que ao se permitirem violações aos direitos e garantias individuais, chegar-se-á ao ponto de que só serão observados os direitos fundamentais em delitos de menor gravidade, o que poderia até mesmo comprometer o princípio da presunção de inocência dos acusados de terem cometido infrações consideradas mais graves.

Não menos eloqüente é a afirmação do aclamado professor, no sentido de que a vedação da admissão de provas obtidas ilegalmente (*pro societate*) faz-se necessária, porque o Estado tutela, por meio de suas normas e sanções, um mínimo ético, não podendo, durante o processo que se estabelece contra o suposto criminoso, deixar de observar as mesmas regras que pretende que o argüido respeite. *In verbis*:

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em conseqüência, a legitimação de todo o sistema punitivo¹¹³.

Também é necessário questionar se a admissão da prova ilícita *pro societate*, que tem por objeto maior, proteger a sociedade de criminosos capazes de cometer crimes bárbaros, será eficaz de realizar esta proteção, já que não se pode afirmar que aplicando uma “violência” autorizada pelo Estado, sobre um violento, será possível solucionar ou até mesmo estacionar o recrudescimento da violência.

Seguindo a mesma idéia, deve ser também indagado se a pessoa punida através da utilização dessa prova ilícita, sairá do presídio convencido de que de fato “o crime não compensa”? Além disso, será justificável que se gaste tanto dinheiro na repressão do crime, sem nos determos em suas causas?

Acredita-se que a através da análise feita na sociedade, a resposta para todas as essas questões seria negativa, pois para que ocorresse uma maior defesa dos direitos da sociedade, não seria necessário a aplicação da prova ilícita, mas sim, um ataque direto nas causas da

¹¹² O direito à prova no processo penal, p. 105-106.

¹¹³ *Loc. cit.*

criminalidade, bem como uma atuação da autoridade coatora (polícia) de maneira ética e lícita, que não daria margem a possibilidade de utilização da prova ilícita, que é vedada pela Constituição.

A aplicação da lei deve ser realizada em respeito aos princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana. Conforme preleciona Flavia Piovesan¹¹⁴:

“Considerando-se que toda a constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”¹¹⁵.

Além disso, caberá ao Ministério Público ser o fiscal da aplicação dessa lei, ou seja, exercer a função de *custos legis*. Todavia, muitos membros do Ministério Público têm hoje esquecido dessa função e vêm comportando-se como membros da Santa Inquisição, que tomados por uma “ira santa”, encontram-se reclamando a qualquer custo o lançamento ao fogo eterno aqueles que lhes parecem “hereges”¹¹⁶.

O desembargador Aduino Suannes, ainda vai além, declarando:

“Justamente por isso, quando chamados a indicar os meios de prova das acusações que fazem, esses “iluminados” admitem “não ter provas da acusação feita, como registra a imprensa. (...) Pois esse Ministério Público, “uno e indivisível”, queiram ou não os membros respeitáveis da instituição, acaba por contaminar-se pelos desmandos desses Torquemadas que nossa ingenuidade imaginava dormirem nas profundezas do inferno. Em nome do “bem comum”, afronta-se a lei para demonstrar que a lei deve ser respeitada.”

Por fim, pode-se concluir que a utilização de meios de prova obtido ilicitamente não permite ao Estado a realização da persecução penal de forma ética, o que obsta mesmo a consecução do fim socialmente almejado de satisfação dos anseios de coerção criminal ou da própria noção de justiça social, a medida que, o Estado, a quem incumbia a imposição de sanção se vê, por seus próprios atos, inquinados de antiéticos, impedido de concretizar tal sanção.

¹¹⁴ Piovesan, Flávia. Tese de graduação. *Apud* SUANNES, Aduino Alonso S. Por falar em provas ilícitas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.8, n.95 esp., p.7, out. 2000.

¹¹⁵ “A Constituição é um sistema, porque as normas e princípios que a compõe não estão soltos e desvinculados, mas sim, presos a uma acomodação harmônica, determinada por uma precisa gradação das denominadas normas fundamentais”. Carmem Lucia Antunes Rocha o Princípio Constitucional da igualdade *apud* Sistema Acusatório, Gealdo Prado, pág 62, Lúmen Júris, Rio de Janeiro 1999. *apud* HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 81.

¹¹⁶ SUANNES, Aduino Alonso S. Por falar em provas ilícitas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.8, n.95 esp., p.7, out. 2000.

Assim, afastar a incidência no âmbito processual das provas ilicitamente obtidas é forma de assegurar a transparência e a objetividade, além da subsequente segurança jurídica que não existem ou existindo, sujeitam-se a mitigações nas hipóteses de ponderação a cerca da gravidade do ilícito ou de sua suspeita, como fundamento de admissibilidade de valoração das provas ilicitamente obtidas.¹¹⁷

Em suma, é cediço no ordenamento jurídico pátrio a aceitação da aplicação do princípio do contraditório exclusivamente *pro-reu*, ou seja, caso o acusado se utilize de meios que, em tese, colidam com o sistema lógico do ordenamento, especialmente no que pertine à aplicação da vedação à utilização de meios que não se coadunem com o respeito à inviolabilidade do direito à intimidade de disposto no artigo LVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em prol da comprovação de sua inocência, a este não se poderia opor a ilicitude do ato como meio de invalidação o substrato *probandi* dele gerado, haja vista que as circunstâncias em que se encontra o autorizam à prática deste, entre outros, atos escudado no fundamento do estado de necessidade, que afigura-se como excludente de ilicitude, e, por esta razão, logicamente, não se poderia inquirir de ilegal, ou ilegítima as provas produzidas nestas circunstâncias.

Assim, repita-se, a regra, em nome da harmonia das garantias fundamentais, deve ser a da não aceitação das provas produzidas ilicitamente, podendo, a título absolutamente excepcional, aceitar-se que, contemplando-se a excludente de ilicitude (estado de necessidade), se permita a produção de provas pelo acusado, que, em situação diversa seria, e não poderia ser diferente, tida por ilícita.

¹¹⁷ ANDRADE, Manoel da Costa. Sobre as proibições de prova no processo penal. Coimbra Editora. Coimbra. 2006.p. 43.

CONCLUSÃO

Em suma, é a prova, o meio de que se vale o juiz para a construção de um juízo de valores que apontam no sentido da consecução da verdade, que deve ser buscada inexoravelmente, todavia, não se pode permitir o sobrepujo de toda a ordem jurídica, e a subversão de seus institutos em nome desta busca, sob pena de condenar-se a evolução das garantias fundamentais, e fadar-se a sociedade a uma regressão do processo evolutivo das relações humanas.

Outrossim, pelo simples processo exegético do ordenamento jurídico, e a partir da percepção de que é a própria constituição de 1988 que, inovando, traz à baila a garantia à privacidade com a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, conclui-se pela não aceitação da atividade *probandi* que, em nome da busca pela verdade, macula preceitos e garantias constitucionalmente assegurados, basilares da dignidade humana, o que dirige a interpretação legal rumo ao intangível entendimento de que são inaceitáveis as provas promanadas de atividade que desconsidere estas garantias, o que, a propósito, tem encontrado respaldo na jurisprudência, que, de forma geral, nega mesmo a aceitação das provas produzidas através de violação de lei material, as inválidas processualmente, as ilícitas por derivação, e, até mesmo os indícios obtidos no inquérito.

Cabe ressaltar o entendimento doutrinário de classificação das provas tidas como proibidas em ilegítimas e ilícitas, que se distinguem na medida em que seriam as provas ilegítimas aquelas obtidas a despeito de preceitos de direito instrumental, e ilícitas aquelas que sejam fruto de violação de norma de direito material ou constitucional.

Tal entendimento, amplamente difundido no ordenamento jurídico atual, tem base na teoria desenvolvida nos Estados Unidos da América no ano de 1920, quando, ao ensejo do julgamento, pela Suprema Corte daquele país, do *leading case* *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, a teoria *fruit of the poisonous tree*, ou, teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual, as provas obtidas com base em uma prova ilícita contamina as provas dela defluentes.

O tema, todavia, apesar de sua aparente singeleza, encontra dificuldades interpretativas a media em que, em que pese a vontade externada do legislador constituinte em promover a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos relativos à sua intimidade e dignidade humana de forma ampla através do art. 5º, LVI, da Constituição da República Federativa do

Brasil/1988, diante de determinados casos concretos, tem-se a falsa impressão de que tal preceito seria injusto, o que dá azo a opiniões divergentes sobre o tema.

Dita divergência encontra seu apogeu com o advento da lei 9.296/1996, que veio a regulamentar a aplicação do dispositivo do artigo 5º, XII, da Constituição da República, mitigando-o de modo a permitir a violação do sigilo de comunicações telefônicas mediante prévia autorização judicial, concebida para investigação criminal ou instrução processual, sendo silente no que pertine às escutas e gravações.

Outra fonte de controvérsia é o fato de a lei em evidência haver se restringido às hipóteses de interceptação de comunicações nos crimes apenados com reclusão, sendo omissa quanto aos crimes de ameaça bem como nos crimes contra a honra, onde se percebe uma maior incidência de utilização da via telefônica para sua execução.

Predomina o entendimento da absoluta inadmissibilidade, na instrução processual, de utilização de provas obtidas por meios ilícitos, cujo intento traz como conseqüência a impossibilidade de sua utilização na instrução processual, e, na hipótese de admissão de tais provas, impõe-se o seu desentranhamento por aplicação analógica do artigo 145, IV, do Código de Processo Penal, que impõe o desentranhamento de documento falso mediante requerimento da parte ou por determinação *ex-officio* do magistrado.

Vale dizer, a fundamentação exclusiva ou predominante de sentença, ainda que transitada em julgado, em prova produzida por meio ilícito, enseja a anulação da sentença, que deverá ser desconstituída por meio de revisão criminal que poderá, até mesmo, proporcionar a absolvição do réu.

A mesma sistemática é aplicada ao procedimento do Tribunal do Júri, onde, constatada a existência de prova ilícita, deverá o presidente determinar seu desentranhamento evitando a influência de tal prova no convencimento dos jurados. Entretanto, após realizado o julgamento, cria-se um óbice a análise da aplicação daquela prova como base para convencimento dos jurados, qual seja, a ausência de motivação da decisão do júri, cuja anulação somente poderá ser pleiteada através de *habeas corpus*, ou recurso em sentido estrito, que requeira o desentranhamento da prova e a subsequente anulação do julgamento, que deverá ser realizado novamente. Todavia, proferindo-se decisão de pronúncia baseada em prova ilegal, permite-se sua reforma mediante interposição de recurso, ou mesmo sua anulação por via de *habeas corpus* que deverá observar o prazo prescricional sob pena de, não o fazendo o acusado, convalidar a utilização de tal prova, posto que não mais poderá o juiz-presidente proceder à anulação.

Estende-se a garantia ao inquérito policial, onde as informações colhidas de forma

ilegal que sirvam como único sustentáculo, ou como pilar fundamental da denúncia pelo Ministério Público são passíveis de impugnação por meio de impetração de *habeas corpus*, visando à declaração da ilicitude destes elementos com conseqüente desentranhamento do destes e trancamento do inquérito, posto que não mais haveria justa causa a lastrear a ação penal, o que cabe não apenas ao indiciado, mas também é função do Ministério Público, que deverá requerer o arquivamento do inquérito caso não possua outro meio de sustentação da persecução criminal.

Tais medidas consideradas estão fulcradas na inflexibilização do preceito constitucional em comento, que encontra, a contrário senso, defensores da admissão de uma mitigação em determinados aspectos de sua aplicação baseada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na tentativa de justificar a obtenção de prova ilícita *pro societate*, o que se respaldaria, segundo estes, no aumento da criminalidade e da relativa sensação de impunidade gerada no seio da consciência social, o que não deve prevalecer.

Vale ressaltar que não está sendo discutida a aplicação do princípio da proporcionalidade para a obtenção de prova ilícita *pro-reu*, já que tal possibilidade, já se encontra pacificada na doutrina e jurisprudência.

É de se notar, em contrário senso, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando utilizados na obtenção da prova ilícita *pro societate*, têm aplicação subjetiva, o que dá margem à insegurança processual e destoa diametralmente da concreitude firmada constitucionalmente quanto à proteção da inviolabilidade das garantias individuais, e abre uma perigosa fronteira pragmática de justificação da atividade ilícita pelo fim supostamente justo socialmente, o que, em si, se revela contraditório, e inaceitável num Estado Democrático de Direito, e compromete o próprio sistema punitivo como um todo.

O contra-senso se evidencia com o fato de que as garantias constitucionalmente asseguradas não se estendem apenas aos que comentem ilícitos, mas a toda a coletividade, e seu desrespeito afeta à sociedade de forma geral. Assim, não cabe o argumento de que, visa-se proteger à coletividade ao proceder-se ao desrespeito de suas garantias fundamentais, que, a propósito, são normas cogentes de direito, e portanto intangíveis.

Nem se diga que a subjetividade é caráter imanente da atividade jurisdicional, e, portanto se permitiria sua aplicação também no que se refere à extenuação daquele preceito contido no artigo 5^a, LVI da Constituição, haja vista que a possibilidade de aplicação de critérios subjetivos pelo magistrado se limita à aplicação da norma nos moldes de sua possibilidade hermenêutica, sob pena de se permitir a supressão do legislativo pelo judiciário.

Por fim, a aplicação do princípio da razoabilidade, aplicado como parâmetro de

aplicação ou não do preceito fundamental no caso em tela, seria uma forma avaliação da gravidade de determinados delitos, que não cabe ao aplicador do direito, e cria uma falsa impressão de que determinados criminosos devem ser punidos e outros não, sempre em virtude de uma interpretação subjetiva da periculosidade da atuação deste ou daquele agente, aplicando-se a norma fundamental apenas em alguns casos, o que se afigura absurdo jurídico.

É imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito que se detenha a atividade jurisdicional aos limites da norma legitimamente estabelecida, de maneira a não se permitir que através de vias transversas se utilizem os operadores do direito de meios que fujam mesmo da esfera de alcance da norma, a fim de obter-se um resultado que atenda a um determinado e efêmero anseio de “justiça social” aparente, do qual adviria a maior das injustiças: a parcialidade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.**

Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**, in Temas de Direito Processual, 6. série, São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Código de processo penal.** Organização de Yussef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Constituição da republica federativa do Brasil.** Organização de Antonio Luiz de Toledo Pinto. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** *Habeas Corpus* nº 3.982-RJ. Paciente: Waldemir Paes Garcia. Impetrante: Waldemir Paes Garcia. Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: ministro Adhemar Maciel. Sexta Turma. Publicação: DJ data: 26-02-1996, p. 04084. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 6.9912 segundo - RS. Paciente: Lourival Mucilo Trajano. Impetrante: Aluisio Martins. Coator: Tribunal Federal Regional da 4ª Região. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Publicação: DJ data: 25-03-1994, p. 06012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 35.256-SP. Relatora: ministra Laurita Vaz. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 19-12-2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 35.256-SP. Relatora: ministra Laurita Vaz. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 20-03-2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** *Habeas Corpus* nº 35.650-RJ. Relator: ministro José Arnaldo da Fonseca. Sexta Turma. Publicação: DJ data: 18-10-2004, p. 04084. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 43.234-RJ. Relator: ministro Gilson Dipp. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 21-11-2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 70.277-MG. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 18-03-1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus* nº 70.814-SP. Paciente: Ulisses Azevedo Soares. Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 24-06-1994, p. 16649. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 74.116-SP. Paciente: Nuno dos Santos Fernandes. Impetrante: Antonio Roberto Barbosa. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: ministro Néri da Silveira. Redator do acórdão: ministro Maurício Corrêa. Segunda Turma. Publicação: DJ data: 05-11-1996, p. 06903. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 74.599-SP. Paciente: Durvalino Lima Vale. Impetrante: Eduardo Munhoz Torres e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 07-02-1997, p. 01340. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 74.678-SP. Paciente: Luiz Marcos Klein. Impetrante: Miguel Reale Júnior e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Moreira Alves. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 15-08-1997, p. 37036. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 75.338-RJ. Paciente: Ademir Afonso Guimarães. Impetrante: José Mauro Couto de Assis. Coator: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: ministro Nelson Jobim. Segunda Turma. Publicação: DJ data: 25-09-98, p. 00011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 80.949-RJ. Paciente: Francisco Agathos Trivelas. Impetrante: Fernando Augusto Fernandes e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 14-12-2001, p. 00026. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 80.948-ES. Relator: ministro Néri da Silveira. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 19-12-2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 80.948-RJ. Relator: ministro Néri da Silveira. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 19-12-2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 83.515-RS. Relator: ministro Nelson Jobim. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 19-12-2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 85.254-RJ. Relator: ministro Carlos Velloso. Primeira Turma. Publicação: DJ data: 04-03-2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Questão de Ordem na Reclamação nº 2.040-DF. Reclamante: Glória de Los Angeles Treviño Ruiz. Reclamado: Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: ministro Néri da Silveira. Tribunal Pleno. Publicação: DJ data: 27-06-2003, p. 00031. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 160.381-SP. Relator: Relator Ministro Marco Aurélio. Segunda Turma. Publicação: publicado no DJ em 12/08/94. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 25-04-2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER; Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOULART, Valéria Diez Scrance Fernandes. **Tortura e Prova no Processo Penal**, 1º edição, SP, Editora Atlas, 2002.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo penal reflexões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MEDONÇA, Rachel Pinheiro Andrade. **Provas ilícitas: limites á ilicitude probatória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Provas ilícitas e proteção aos direitos humanos fundamentais. Boletim **IBCCRIM**. São Paulo, n.63, p. 13-14, fev. 1998

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. 1.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ROELSER, Átila da Rold. A questão da prova proibida. **IBCCRIM**. São Paulo. Disponível em: <[http:// www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em 25 abril 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22. ed. rev. e atualizada por SLAIBI FILHO, Nagib; Carvalho, Gláucia. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição- Cidadania- Violência**. 2. ed. ver. e ampliada. Porto Alegre: Livraria o Advogado, 2001.

SUANNES, Adauto Alonso S. Por falar em provas ilícitas. Boletim **IBCCRIM**. São Paulo, v.8, n.95 esp., p 7, out. 2000

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.3.