

MARINELI DE SAMPAIO

**JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

CURITIBA

2004

MARINELI DE SAMPAIO

**JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito de conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, desenvolvida pela acadêmica Marineli de Sampaio, do 5º ano diurno, sob orientação do

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda
Coutinho

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARINELI DE SAMPAIO

**“JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E PROVA ILÍCITA
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO”**

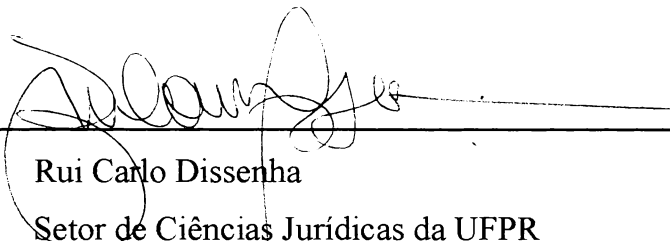
Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora:

ORIENTADOR: _____.

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Juliano Breda
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR



Rui Carlo Dissenha
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Curitiba, 07 de outubro de 2004.

Agradecimentos:

Aos meus pais pelo carinho, esforço e dedicação, pois sem eles absolutamente nada em minha vida seria possível.

Ao meu orientador pela atenção durante todo o desenvolvimento deste trabalho, certamente o melhor mestre que poderia ter.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1. RESUMO | v |
| 2. INTRODUÇÃO | 1 |
| 3. TERMINOLOGIA ADOTADA | 4 |
| 4. CONSIDERAÇÕES INICIAIS | 6 |
| 5. CORRENTES DOUTRINÁRIAS | 8 |
| 5.1. Admissibilidade processual das provas ilícitas | 10 |
| 5.2. Inadmissibilidade processual das provas ilícitas | 15 |
| 5.2.1. Inadmissibilidade com vistas à unidade do ordenamento jurídico | 15 |
| 5.2.2. Inadmissibilidade numa visão constitucional | 16 |
| 5.2.3. Inadmissibilidade das provas ilícitas, por uma visão constitucional: critério da proporcionalidade | 18 |
| 5.2.4. Teoria das provas ilícitas por derivação | 23 |
| 6. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA | 25 |
| 7. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA | 31 |
| 8. A INEFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS ADMITIDAS | 35 |
| 9. JURISPRUDÊNCIA: A POSIÇÃO DO STF E STJ | 38 |
| 10. CONCLUSÃO | 52 |
| 11. BIBLIOGRAFIA | 56 |

1. RESUMO

As provas ilícitas são aquelas obtidas mediante a devassa física e moral, num sentido jurídico vêm da investigação da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório; já sob o ponto de vista da política legislativa, está entre a busca da “verdade” em defesa da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais que podem ser afetados por essa investigação. As provas obtidas ilicitamente são inadmissíveis perante o atual contexto constitucional brasileiro. A Constituição da República dispõe expressamente em seu art. 5º, LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Esta disposição constitucional visa proteger os direitos e garantias fundamentais e intransponíveis dos indivíduos. E para que se possa chegar a esta conclusão, as diversas correntes doutrinárias que tratam do assunto serão examinadas e analisadas, quais sejam, a que defende a admissibilidade processual das provas ilícitas; a que sustenta a inadmissibilidade com vistas à unidade do ordenamento jurídico; outra que, também, sustenta a inadmissibilidade, porém por uma visão constitucional; e, por fim, dentro dessa corrente doutrinária que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas, na perspectiva constitucional, aquela que tende ao estudo do critério da proporcionalidade. E, por fim, analisar-se-á a posição jurisprudencial dos nossos tribunais superiores.

2. INTRODUÇÃO

A discussão sobre o tema referente às provas ilícitas não é uma problemática nova, mas nos dias atuais a questão toma, entre os juristas, estudiosos e doutrinadores, nova dimensão, diante da preocupante tendência de se ampliarem os meios probatórios, bem como as técnicas utilizadas, facilitando, dessa forma, a comprovação de fatos através da infiltração na esfera reservada da pessoa, sobretudo colocando em perigo seus direitos invioláveis.

As provas obtidas mediante a devassa física e moral, denominadas “provas ilícitas”, num sentido jurídico vêm da investigação da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório; já sob o ponto de vista da política legislativa, está entre a busca da “verdade” em defesa da sociedade e o respeito aos direitos fundamentais que podem ser afetados por essa investigação.

Assim, a prova não pode ser entendida somente pela indicação de sua finalidade, qual seja, obter a certeza judicial através de meio destinado a convencer o juiz sobre a verdade dos fatos, mas também diz respeito aos meios que serão utilizados na busca de seus resultados. Observa-se que a prova é uma atividade processual realizada com o auxílio de mecanismos previstos ou autorizados por lei, sendo patente e superada a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas, que tem como finalidade a formação da convicção judicial. Trata-se, como se sabe, de opção política.

Está estampada a relevância do tema, que nunca deixará de ser ultrapassado, devendo sempre ser observado e atualizado pelos operadores do direito pois os avanços probatórios, bem como os avanços tecnológico podem vir a violar os direitos indisponíveis e invioláveis do homem, diante da utilização de meios não lícitos para se alcançar a “verdade”.

Objetiva-se, neste estudo, analisar a problemática das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Sua inadmissibilidade e inefetividade perante a Constituição, bem como o que toca aos direitos fundamentais inerentes à pessoa, proteção das liberdades e dignidade da pessoa humana. Buscar-se-á analisar, também, a posição jurisprudencial dos tribunais superiores, bem como o entendimento doutrinário sobre o tema, através das várias correntes que existem.

Pretende-se, ainda, analisar as situações em que se poderia sustentar a admissibilidade deste tipo de prova, problemas concernentes aos limites da admissão das provas ilícitas, aquelas produzidas infringindo-se direitos fundamentais impostergáveis do homem, nos termos da Constituição e leis promulgadas, visando a proteção das liberdades públicas, bem como os direitos de personalidade e direito à intimidade das pessoas. Verificar-se-á, assim, a questão da relativização do princípio que exclui a prova considerada ilícita na Constituição e sua procedência.

Não se falará aqui quanto ao princípio do livre convencimento do juiz sem embargo da importância derivada que possa ter, inclusive quanto ao juízo de admissibilidade, em face da ampla possibilidade da antecipação daquele, reserva do juízo de valoração, pois é completamente estranho à questão da admissibilidade deste tipo de prova produzida de forma ilícita. Não se pode confundir liberdade de valoração com liberdade de produção da prova, pois tal confusão conflua naquilo que se define como liberdade de admissão de prova. O juiz deverá valorar as provas, a ele apresentadas, mas, acima de tudo, obedecendo a determinadas regras e limites preestabelecidos, pois será sempre um ato regulado pelo direito.

O direito à prova é um dos temas mais importantes dentro do campo processual, pois ela visa reconstruir fatos passados para a formação do convencimento do julgador competente, bem como para a prestação segura do provimento jurisdicional. Está, assim, vinculada à observação das relações existentes entre o processo e as estruturas sociais.

Este direito é assegurado constitucionalmente, inserido dentre as garantias do devido processo e, também da defesa e do contraditório. Porém, tal direito não é absoluto, segundo a doutrina constitucional atual, primeiramente pela natural restrição resultante da convivência das liberdades, não se permitindo que sejam exercidas de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Ainda, necessário se faz tal limitação tendo em vista regras de moral, dentro das quais o processo deve ser inserido.

A questão da admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos quebra os limites da interpretação incondicional do texto legal sobre as atividades probatórias do Estado e cria verdadeiros “freios” às arbitrariedades estatais através da adoção de limites objetivos impostos pela razão.

Atualmente, as regras probatórias devem ser vistas como formas de tutela da esfera pessoal de liberdade, tendo como valor o de garantia e vedando, assim, a admissão, em juízo, daquelas provas colhidas que venham a violar os direitos e garantias constitucionais.

Estudar a problemática das provas ilícitas é uma árdua missão, pois se está diante de um assunto complexo e relevante para o direito. A questão atinente à utilização das provas ilícitas no processo penal, ainda hoje, é bastante discutida, pois inúmeros são os juízes e estudiosos que defendem as mais diferentes vertentes

sobre o assunto. Ademais, novas técnicas e mecanismos vêm surgindo, com a inovação tecnológica no campo da investigação, em muitas das vezes, de forma absolutamente perigosa, trazendo ameaça aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

A questão atinente às provas ilícitas toma hoje, portanto, novas dimensões, diante da tendência de se ampliarem os meios de provas, do ponto de vista jurídico e técnico, tornando fácil a descoberta de fatos novos através da penetração na esfera reservada da pessoa e certamente, colocando em perigo seus direitos indevassáveis.

3. TERMINOLOGIA ADOTADA

Primeiramente, necessário se faz determinar e entender a terminologia que será adotada e utilizada no presente trabalho, para que sua imprecisão não seja causa de confusões de natureza conceitual.

Seguir-se-á a linguagem adotada na obra de ADA PELLEGRINI GRINOVER, trazida pelos ensinamentos de PIETRO NUVOLONE, que, para evitar confusões terminológicas, trata as provas de acordo com diferentes modalidades. Para ele, “a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (‘rectius’, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (‘rectius’ a fonte de prova será ilicitamente colhida)”.¹

¹ GRINOVER, A. P.. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª ed. atual., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 98. Sendo este mesmo conceito encontrado em GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M.. **As Nulidades no Processo Penal**. 6ª ed. rev., ampl. e atual, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 131.

Observe-se que determinadas provas podem ser, sem prejuízo algum, ao mesmo tempo, ilícitas e ilegítimas. Ambas as espécies podem conviver, se a lei processual for violada.

Ainda, para NUVOLONE, a vedação da prova é determinada pela sua natureza processual, quando destinada aos interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo, ou substancial, quando em função dos direitos reconhecidos aos indivíduos, embora também sirva para os interesses processuais. Verifica-se, em ambos os casos, uma ilegalidade, mas o primeiro caso será um ato ilegítimo, inadmissível, enquanto o segundo será um ato ilícito.

Também, ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA adota uma classificação terminológica inspirada em NUVOLONE, porém sem muitas minúcias. Utiliza um conceito amplo, qual seja, o de “prova proibida”, expressão que julga empregada com muita felicidade. Para ele, prova proibida, num conceito genérico, “é toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito”. Estabelece, por fim, a mesma distinção que adota ADA PELLEGRINI, a partir das considerações de NUVOLONE, entendendo que quando a prova proibida afronta uma norma de direito material será chamada “prova ilícita”, e quando aquela afrontar direito instrumental será denominada “prova ilegítima”.²

Assim, prova ilícita, em sentido estrito, será entendida como sendo “a fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”.³

Mesmo optando pela terminologia utilizada por NUVOLONE, faz-se interessante ressaltar outros doutrinadores que merecem destaque, entre eles VESCOVI, que usa a expressão prova ilícita para designar prova ilegitimamente admitida, entendendo que o conceito de ilicitude da prova é mais extenso,

² ARANHA, A. J. Q. T. de C.. **Da Prova no Processo Penal**. 5ª ed. atual., e ampl. São Paulo : Saraiva, 1999. p.47/49.

³ GRINOVER, **Liberdades públicas e...**, op. cit., p.99. Sendo este mesmo conceito encontrado em GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, **As Nulidades no...**, op. cit., p.131.

abrangendo tanto o caso de violação de uma norma de direito processual, como a hipótese de violação de uma norma material.

Por sua vez, para CAPPELLETTI⁴ as provas introduzidas com base em um ato ilegítimo agrupam dois aspectos, quais sejam, o das provas admissíveis em juízo, pelo fato de serem relevantes e eficazes, que podem ter sido criadas, ou chegado à parte que as produziu através de um ato ilegítimo, e o das provas que a admissão em juízo é proibida pela própria lei.

4. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema sobre provas ilícitas oferece duas feições que devem ser observadas para que seja possível sua limitação, quais sejam, uma de direito substancial, concernente à individualização do ato ilícito, e outra de direito processual, que diz respeito à admissibilidade e/ou utilização. A questão fundamental está na verificação das provas que, embora admissíveis, não vetadas por regra processual própria, são obtidas através de um ilícito material. Nesse momento surge a problemática, buscando-se saber se a obtenção ilícita da prova influi, ou não, no momento sucessivo de sua admissão em juízo, estendendo sua ilegalidade também a esse momento.

Por outro lado, de acordo com o já estabelecido, não será analisada aqui questão atinente ao livre convencimento do juiz, por ser estranha à questão da admissibilidade processual da prova ilícita, porém faz-se necessária algumas ponderações. Segundo ADA PELLEGRINI “por ‘liberdade de convencimento’ deve-se indicar o sistema pelo qual o juiz aprecia as provas segundo sua própria experiência, recusando a prova legal, no sentido da valoração vinculada a determinadas regras preestabelecidas; mas a prova, que deve ser livremente

⁴ CAPPELLETTI, M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 7º, 1961. p. 556.

avaliada, é sempre um ato regulado pelo direito, que antes de mais nada fixa as condições de admissibilidade e o modo de sua formação.”⁵

No entendimento de ROSENBERG, “la apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que sibien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres”.⁶

Não se pode confundir os princípios de liberdade de valoração com liberdade de produção de prova. Diante dessa confusão de princípios, ADA PELLEGRINI observa que esta conflue no que define como “liberdade de admissão da prova”, sendo resolvida perante o poder do magistrado, utilizando-se de qualquer elemento dotado de força persuasiva, mesmo que colhido mediante violação a uma proibição legislativa.

Porém, este domínio do juiz penal, com liberdade quanto a avaliar, produzir, admitir ou escolher provas, não encontra limites em sua atividade investigativa e valorativa. Tal situação traz evidente perigo, pois deflui uma versão autoritária, manifestando-se pela “mortificação” dos direitos de defesa e exasperação do poder inquisitório, concedendo, ao juiz, liberdade total na busca da “verdade real”. Diante disso, este dogma da verdade material deve passar por uma releitura.

Imprescindível é encontrar uma forma de alcançar um regime de equilíbrio entre a legalidade e a liberdade da prova, abrigando os direitos das partes no processo. Há de se buscar, assim, um equilíbrio entre liberdade e legalidade para que a procura pela “verdade real” não seja usada de forma indiscriminada, sendo necessária uma reestruturação quanto às limitações e vinculações legais no que toca às provas, devendo ser esta a idéia apreendida na relação entre a ilegalidade material e a inadmissibilidade processual da prova.

⁵ GRINOVER, *Liberdades públicas e...*, op. cit., p.101

⁶ ROSENBERG, L. *La Carga De La Prueba*. Trad., KROTOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa – America, 1956, p. 56.

Imprescindível ressaltar o grande papel da Constituição Republicana, pois é nela que está o grande limite sobre o qual não se deve passar.

5. CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Diversas são as correntes doutrinárias que se dedicam à discussão sobre a admissibilidade ou não da prova obtida ilicitamente.

Neste sentido, a polêmica paira sobre o dilema de se preferir que o crime, já apurado, permaneça impune, mas a Constituição da República de 1988 seja respeitada, ou de que a prova colhida ilegalmente seja admitida em juízo. Esta problemática está no sentido de se verificar a possibilidade de se admitir, diante do fim público da justiça e da busca da “verdade real”, que a prova se afaste, pelo fato de ter sido obtida através de violação ao direito.

Para que se possa passar para a análise das diferentes concepções doutrinárias sobre a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal, chegando-se a doutrina dominante hoje, dever-se-á, primeiro, compreender a disciplina da prova quanto à seqüência procedimental, que está posta em três momentos distintos, quais sejam, a avaliação da admissibilidade, relevância e veracidade. Segundo ADA PELLEGRINI,

a avaliação de admissibilidade instaura-se ‘in limine’, no momento em que se apresenta a oportunidade de uma eventual contribuição instrutória, e se resolve no dever do juiz de permitir o ingresso no processo do meio de prova previsto pelo ordenamento. A avaliação de relevância ocorre em uma fase sucessiva, quando a prova já foi produzida: processualmente relevante é todo e qualquer dado que o juiz não pode eximir-se de analisar, na motivação da sentença.⁷

⁷ GRINOVER, *Liberdades públicas e...*, op. cit., p. 103., nota de rodapé 119.

Por fim, a avaliação da veracidade “consiste em verificar se a imagem do fato, em que reside o ‘*thema probandum*’, é ou não verdadeira.”⁸

A admissibilidade da prova, momento probatório que interessa é, também, claramente definido por ADALBERTO ARANHA como sendo o “ato processual específico do juiz, que, por ele, examinando as provas propostas pelas partes e o seu objeto, defere ou não a produção”. Na seqüência, diz ser, também, conhecida como “recepção”, sendo o “primeiro contato do juiz com as provas, momento em que o magistrado se manifesta sobre a admissibilidade. Na dependência da natureza e do objeto, o juiz poderá repelir ou admitir a prova requerida. É a avaliação preventiva e cautelar da prova cuja produção foi protestada”.⁹

Outros autores estabelecem que a prova, no processo penal, tem quatro momentos, quais sejam, o momento da proposição, admissibilidade, produção e valoração. O momento da proposição seria aquele do oferecimento da denúncia, quando o Ministério Público relaciona o rol de testemunhas; apresentada a denúncia, o juiz fará o juízo de admissibilidade dessa prova; uma vez admitida a prova, passar-se-á para o momento da efetiva produção; e, por fim, chega-se ao momento da valoração, quando as partes valoram as provas nas alegações finais, e o juiz as valora quando profere sentença. Esta é apenas outra forma de se analisar a disciplina da prova, que em nada contraria aquela proposta por ADA PELLEGRINI, sendo apenas uma forma de apresentação mais didática.

A doutrina, ainda hoje, encontra-se dividida.

ADA PELLEGRINI, em sua obra *Liberdades públicas e processo penal*, observa quatro correntes doutrinárias no estudo da admissibilidade processual das provas ilícitas: a que defende a admissibilidade processual das provas ilícitas; a que sustenta a inadmissibilidade com vistas à unidade do ordenamento jurídico; outra que, também, sustenta a inadmissibilidade, porém por uma visão constitucional; e, por fim, dentro dessa corrente doutrinária que defende a inadmissibilidade das provas ilícitas, na perspectiva constitucional, aquela que tende ao estudo do critério da proporcionalidade. Analisem-se cada uma delas:

⁸ Id.

⁹ ARANHA, op. cit., p. 37 et seq.

5.1. Admissibilidade processual das provas ilícitas

A presente teoria leva a considerar admissíveis no processo as provas ilícitas, ou seja, obtidas ou constituídas através da violação de normas de direito material, entendendo serem inadmissíveis, apenas, as provas ilegítimas, ou seja, aquelas que configurem infração à norma processual. Essa parte da doutrina entende que a transgressão de normas materiais, que se efetive no momento da obtenção da prova, só levará à caracterização de sanções penais, civis ou administrativas, previstas pelo ordenamento jurídico.

Argumentam que deduzir da violação da norma de direito material, ainda que fundamental, a nulidade de todos os atos praticados, culminando com a invalidade de toda a prova, não teria razão de ser, pois seria incorrer num salto lógico, entendendo que nenhuma razão existe para passar da norma abstrata que garante um direito à inadmissibilidade da prova, obtida violando-se aqueles direitos, como explica FRANCO CORDERO em sua obra “*Procedura Penale*”.

Segundo CORDERO, “càpita spesso a chi usa materiali narrativi, dovendo stabilire cosa sai accaduto: e sorvente i giudice lo rompono dissimulando l’ ‘atto difere’ sotto stereotipi pseudoraziocinati; tutto sommato, giova allá quiete sociale che l’ interno psichico delle sentenze sai così poco transparente. È tanto vulnerabile la veritá storica costruita sulla ‘fede’.”¹⁰

Para eles, a verificação quanto à admissibilidade das provas é feita segundo a lei processual e sempre que esta não impeça a prova é validamente introduzida no processo, devendo ser, tão-somente, punido aquele que age contra a lei, mas não encontram razão para que a prova seja invalidada. Assim, se no direito processual não se encontrar uma norma que exclua a prova obtida através de um ato ilícito, não há como se afastar a prova.

¹⁰ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Quinto edizione. Milano : Giuffrè Editore, 2000, p. 566.

Um dos defensores desta teoria, que admite e utiliza a prova obtida ilicitamente, é CORDERO. Ele não se inspira em princípios absolutos, como o livre convencimento do juiz, ou busca da verdade material; para ele, deverá se indagar no caso concreto, no sistema processual, quanto às violações de direito material, se representam, também, regras proibitórias, bem como impedimentos quanto aos meios. Foi ele quem criou a expressão: “*male captum, bene retentum*”, isto é, mal colhida, porém bem produzida.

CORDERO relata que o tema sobra a admissibilidade em Roma “la prova era espediente retorico: poi diventa meccanismo giuridico; la rivoluzione inquisitória (XIII secolo) sviluppa tecniche cognitive a debole rilievo normativo, perché l’affare terapeutico – penale non tollera limiti procedurali effettivi (sulla carta ne vigono vari)”.¹¹

Ainda, para CORDERO, deve-se pensar o problema atinente à inadmissibilidade das provas ilegalmente obtidas diante da necessária correlação que deveria existir entre a transgressão da norma que contempla a inadmissibilidade e a nulidade com que viesse a ser fulminado o vício.

Verificar-se que CARNELUTTI concorda com o entendimento de CORDERO, mas com um certo distanciamento, criticando inicialmente a fórmula “prova ilícita”, sustentando que o conceito a ser trabalhado deveria ser o da irregularidade do ato, entendida como deficiência de algum de seus requisitos, dos quais depende sua eficácia jurídica. Assim, para CARNELUTTI, a questão da admissibilidade das provas ilícitas resolve-se à luz dos princípios que versam sobre a nulidade e invalidade dos atos, em matéria processual. Resultando, igualmente, em considerar inadmissível a prova ilegítima, porém não a ilícita.

Ressalte-se que para CARNELUTTI, o valor da prova consiste “ nella sua idoneità a stabilire, secondo lê leggi della natura, l’esistenza del fatto da provare. Questo valore viene raffigurato como il peso della prova sulla bilancia della

¹¹ Ibid., p. 595.

giustizia onde si parla di prove gravi e di prove lieve per indicarne il maggior o minor valore.”¹²

Na mesma esteira se manifesta LEONE, apesar de fundamentar seu entendimento em premissas diversas. Para este, a prova ou nasce ilícita, como no caso de confissão extorquida mediante tortura, ou nasce autêntica e seu defeito é constatado pelo modo de obtenção. Neste caso, estar-se-ia diante da situação de violação de direitos materiais ou normas processuais. LEONE usa terminologia diversa daquela empregada por NUVOLONE, e adotada neste trabalho, entendendo ser, no primeiro caso, circunstância de nulidade absoluta, por tratar-se exatamente da “genuinidade” da prova, havendo violação ao próprio direito de defesa. Já no segundo caso, o ato ilícito se refere ao momento da obtenção da prova, entendendo não estar a prova afetada por invalidade, deslocando o problema do plano da admissibilidade para o da valoração, superpondo dois momentos do procedimento probatório, o da produção da prova e o da valoração.

Ainda, ROSENBERG, autor alemão, também defende que a contrariedade das normas de direito material não viria a ocasionar a inadmissibilidade dos atos processuais, mas, de forma diversa, deveria ocasionar apenas conseqüências extraprocessuais.

Segundo ROSENBERG:

Aunque regularmente con la prueba de la violación de la ley protectora se prueba al mismo tiempo la culpa del agente, sé trata sin embargo de la aplicación de un principio basado en la experiencia, esto es, de una regla de la apreciación libre de la prueba por el juez que vale no sólo en este caso sino en todos los supuestos de la prueba de culpa, pero que no afecta la distribución de la carga de la prueba.¹³

Este autor se preocupa com a busca da verdade, considerando que “La libre apreciación de la prueba es el principio según el cual el juez, conforme a su

¹² CARNELLUTTI, F.. **Teoria Generale del diritto**. Terza edizione emendata e ampliada. Roma : Soc. Ed. del foro italiano, 1951, p.378.

¹³ ROSENBERG, op. cit., p. 318.

convicción libre, si bien fundada, puede y debe considerar verídica una afirmación. No el cumplimiento de ciertas formas sino la convicción de juez hace constar como cierta una afirmación”.¹⁴

Neste sentido, também, destacam-se SCHÖNKE, que sustentava que o interesse coletivo deveria prevalecer sobre uma formalidade antijurídica no procedimento, e GUASP, que segue a mesma reflexão trazida por ROSENBERG, defendendo a aplicação de sanções aos responsáveis, mas sem gerar a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas.

Cabível, ainda, trazer o entendimento de alguns juristas norte-americanos, porém apenas em linhas gerais (pois o direito comparado não é objeto de nosso estudo), como FLEMING, que não aceitava a inadmissibilidade da prova ilícita com fundamento num castigo aos maus policiais, pelo seu comportamento; também, o trazido por WIGMORE, que entendia demasiadamente zeloso o legislador, diante das regras de exclusão, considerando um perigo para a sociedade; e, ainda, o entendimento de CARDOZO, que em nada diverge daquele defendido por ROSENBERG.¹⁵

Por fim, numa visão mais recente, igual sentir sufraga FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, que entende pela admissibilidade processual da prova ilicitamente obtida. Disserta que “se o fim precípua do processo penal é a descoberta da verdade real, crível é que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, há de ser aceita”.¹⁶ Sua análise paira na verificação de que dois são os problemas levantados, totalmente diversos entre si: o primeiro diz respeito à justiça não poder fechar os olhos para a verdade revelada por uma prova obtida, mesmo que de forma ilícita, do qual surge o segundo problema, que versa sobre a não possibilidade de se deixar impune o modo avesso à lei como a prova foi obtida, ou seja, a prova será válida, mas o infrator merecerá a devida punição pelo ilícito penal cometido. Defende, ainda, que “se a prova registra uma verdade, seu teor não pode, a evidencia, ser havido como ilícito, inobstante o ato que a produziu contenha a

¹⁴ Ibid., p. 164.

¹⁵ AVOLIO, L. F. T.. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 45 et seq.

¹⁶ PEDROSO, F. de A.. **Prova Penal**. Rio de Janeiro : Aide, 1994. p. 168 et. seq

ilicitude. O ilícito material e o teor da prova não se misturam, não operam confusão”.¹⁷ O referido autor defende a aplicação da doutrina do *male caput, bene retentum*. Admite provas ilícitas em juízo, e, nada mais faz que, rasgar a Constituição Cidadã, abrandando a tortura que segue muito viva – entre outros meios – sempre contra os mais pobres e fracos, mas não menos cidadãos brasileiros.

As teorias expostas, apesar das diferenças, defendem uma mesma posição, qual seja, a admissibilidade e utilização das provas ilícitas no processo, independentemente das sanções em que possam incorrer os infratores, ou seja, aquele que tivesse obtido ou produzido uma prova violando normas materiais responderia por essa falta que cometeu, situação que não implicaria exclusão da prova obtida. Os defensores desta corrente doutrinária estão bastante voltados para a concepção da busca da verdade real a qualquer preço, acreditando que a supressão dessas provas, formalmente corretas levaria à abstração voluntária dos elementos de convicção relevantes para o “justo” resultado do processo. Somente sendo considerada inadmissível e inutilizável a prova ilegítima, estabelecida pela lei processual, podendo somente esta ser afastada do material probatório.

¹⁷ Id.

5.2. Inadmissibilidade processual das provas ilícitas

5.2.1. Inadmissibilidade com vistas à unidade do ordenamento jurídico

Entretanto, outros propugnam por outra doutrina, entre eles, ALLORIO e NUVOLONE, que entendem que mesmo do ponto de vista processual, não é admissível a fundamentação de uma sentença numa prova obtida ilicitamente. A parte da doutrina que defende esta tese projeta-se na “preocupação de assegurar, em qualquer caso, a legalidade na repressão do crime”.¹⁸ Diante disso, estabelece duas justificativas: a primeira estaria pautada na necessidade da inadmissibilidade da prova obtida ilegalmente visando obstar, ou ao menos diminuir, o arbítrio do poder público; e a segunda estaria na consideração de que as sanções extraprocessuais não seriam capazes de eliminar a incongruência de que a repressão da infração penal se realize apenas mediante a comissão de ato que tem as características do ilícito, pois tal incongruência é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

Afirme-se que por livre apreciação da prova entende-se como sendo a liberdade de apreciar meios de prova que observem disposições legais. Assim, a apreciação da prova, pelo juiz, deve estar de acordo com sua experiência, mas esta não o autoriza a pronunciar-se com base em provas ilícitas.

Diante do princípio geral do direito de que o que é nulo é, também, inválido, entende-se que para uma prova ser inadmissível em juízo, basta que ela tenha sido obtida ilegalmente, violando normas jurídicas de qualquer natureza, principalmente as destinadas à proteção dos direitos fundamentais, possibilitando, assim, ao prejudicado, pleitear a inadmissibilidade e ineficácia da referida prova em juízo.

Esta teoria não defende meramente o formalismo, através da recusa da prova obtida ilegalmente, mas entende que o formalismo existe para a defesa de princípios superiores, como aqueles direitos e garantias colocados para a tutela da personalidade humana. Segundo ADA PELLEGRINI, diante dos ensinamentos de VESCOVI, o processo “não é um simples ‘match’ no qual triunfa o mais hábil, forte

¹⁸ GRINOVER. *Liberdades públicas e...*, op. cit., p. 108.

ou poderoso, mas sim um instrumento que tende a consagrar uma conduta valiosa, conforme à regra moral e aos princípios da lealdade e da probidade”¹⁹.

Frise-se o que dispõe o art. 233, do Código de Processo Penal brasileiro, que reconhece a circunstância de uma prova ilicitamente obtida ser considerada ilegal, e, por este fato, não ser utilizada. Este argumento serve a dois deuses: para um, se declina neste caso, poderia – deveria – ter dito nos outros casos e se não disse é porque queria vetar a produção da prova, este argumento, entre outras coisas, engessa o direito e não alcança – se for o caso – hipóteses novas e altamente complexas como bafômetro, DNA, etc; para o outro, observa-se a preocupação do legislador em fixar regras expressas quanto à inadmissibilidade de certas provas.

5.2.2. Inadmissibilidade numa visão constitucional

Dentre os diversos defensores desta doutrina está VESCOVI. Doutrina majoritária, não retirando aspectos importantíssimos trazidos pela doutrina anterior.

Tal é a preocupação quanto à exclusão das provas ilícitas, obtidas violando-se direitos fundamentais, como direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, trazidos pela Constituição da República de 1988, doravante apenas CR/88, que uma terceira corrente doutrinária surge. Esta conjuga a ilicitude material da obtenção da prova e sua inadmissibilidade processual, subsumindo-a ao conceito de inconstitucionalidade, por ofender direitos e garantias fundamentais do indivíduo trazidos pela Constituição. Assim, a prova obtida fica fulminada pela inconstitucionalidade, não podendo prevalecer. Se a questão é tão só de direito positivo, para ela não há resposta.

Aspectos importantes apresenta esta doutrina, pois o problema das prova ilícitas traz à verificação, hoje, mudança de atitudes de sistemas jurídicos frente às

¹⁹ GRINOVER. *Liberdades públicas e...*, op. cit., p.109.

preocupações constitucionais de proteger valores básicos expostos à tecnologia moderna.

Esta doutrina defende o pagamento de um “preço” consciente, por toda a sociedade, eis que visam proteger um valor ainda maior, qual seja, o da liberdade. Mas, ao mesmo tempo, não se desviam da discussão que surge no que toca à busca de um ponto de equilíbrio, entre o custo e o benefício destas exclusões das provas ilícitas, que, diante dos olhos de muitos, podem não deixar de ser relevantes em virtude do método ilegal da sua obtenção.

Diante disso, esta doutrina sustenta que a prova ilícita deve ser rejeitada por inconstitucionalidade, sempre que seu colhimento infrinja norma constitucional expressa, ou princípio geral da Constituição. Não sendo preciso existir norma processual que a considere inadmissível. Porém deve-se observar esta doutrina com cuidado, pois se apresenta de forma bastante estrita, deixando as normas infra-constitucionais de fora.

Afinal, nunca se pode afastar a “fórmula geral” disposta pelo art. 5º, LVI, da CR/88, que estabelece serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, lembrando-se, ainda, que o Estado não poderá fomentar a ilicitude, mas sim tutelar os direitos e garantias constitucionais.

Assim, as teorias acima aludidas, que defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas, reputam-se, não apenas, à afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente aqueles reconhecidos constitucionalmente.

Seus defensores sustentam, nas palavras de FRANCISCO DAS CHAGAS, que “a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados”.²⁰ Trata-se, afinal, de uma opção política; e democrática porque impõe um comportamento não violador de direitos, garantias e princípios protetivos do cidadão.

De acordo com o entendimento trazido por esta teoria, que obsta a admissão das provas ilícitas no processo, o direito não deve proteger alguém que tenha

²⁰ LIMA FILHO, F. das C.. **Provas Ilícitas**. Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, nº 14/98. p. 288-296.

infringido preceito legal para produzir prova, com prejuízo alheio. Nestes casos, o juiz tem o dever de ordenar o desentranhamento dos autos dessa prova obtida ilicitamente, ou ainda, num momento anterior, indeferir a sua produção.

5.2.3. Inadmissibilidade das provas ilícitas, por uma visão constitucional: critério da proporcionalidade

Ainda, dentro daquela mesma corrente doutrinária que entende pela inadmissibilidade das provas ilícitas, diante de uma visão constitucional, verifica-se uma tendência atenuante, trazida primeiramente pela jurisprudência e doutrina alemã e americana, que busca corrigir possíveis distorções a que poderia levar a doutrina anterior, diante de casos de excepcional gravidade.

Segundo AVOLIO, a teoria da proporcionalidade alemã, também chamada de teoria da razoabilidade, nos Estados Unidos, ou, ainda, denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, coloca-se nos mesmos sistemas de inadmissibilidade da prova ilícita, consistindo numa construção doutrinária e jurisprudencial que permite, “em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto”.²¹

Os tribunais alemães vêm admitindo prova obtida ilicitamente, quando se viola a Constituição, em casos excepcionais, e quando sua admissibilidade é tida como sendo a única forma, possível e razoável, para proteção de outro direito fundamental entendido como sendo mais urgente. Trata-se do princípio da proporcionalidade, chamado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, sobre o qual fundamenta-se a possibilidade de exceção aos princípios da inadmissibilidade da prova ilícita.

²¹ AVOLIO, op. cit., p. 64.

ADA PELLEGRINI, oportunamente traz, em nota, o caso *Bundesgerichtshof*, com decisão em 20 de maio de 1958, e os casos hipotéticos levantados no congresso em que participaram Baur e Smit, qual seja, *Lès garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental guarantees*, com intervenção de Cappelletti, versando sobre a prova ilícita como único instrumento passível de prevenir um desastre, como passa a narrar:

Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse através de uma prova ilegal saber da existência de uma bomba atômica enterrada no solo de Florença, a prova ilícita deveria ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova deveria ser usada apenas para localizar e desmantelar a bomba, mas, desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou, então, qual seria o procedimento, se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit respondeu que casos-limite freqüentemente tornam as decisões mais difíceis, mas que um princípio que se defenda deve ser aplicada em todos os casos, inclusive nos casos-limite. Mesmo porque, do contrário, estar-se-ia incentivando a conduta ilegal, praticada na esperança de persuadir o juiz a admitir a prova.²²

De acordo com ADA PELLEGRINI, “a exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita, baseada num equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes, ou seja, no ‘princípio da proporcionalidade’, pode, evidentemente, tornar-se perigosa, por seu subjetivismo.”²³

Da mesma forma, AVOLIO, também estabelece algumas críticas à teoria da proporcionalidade, primeiramente, questionando a idéia de se saber quais interesses e valores poderiam ser postos em confronto. Para ele, não se trata, apenas, de se apresentar uma distinção entre interesses e valores em categorias, tais como

²² GRINOVER. *Liberdades públicas e...*, op. cit., p. 112, nota de rodapé 150.

²³ *Ibid.*, p. 112.

“privados”, “públicos” ou “coletivos”, pois qualquer confronto seria factível. Observa que essa teoria baseia-se num subjetivismo, impossibilitando a enunciação dos seus elementos essenciais, interesses e valores, num plano abstrato. Para ele, sem dúvida, existe um parâmetro excessivamente vago e perigoso, facilmente percebido na jurisprudência, na qual os juizes orientam-se somente com base nas circunstâncias peculiares de cada caso, e perdem as dimensões desse fenômeno num plano geral.

Outro autor, ARANHA, em sua obra, bem define essa teoria, dizendo que a teoria da proporcionalidade “afirma que a admissão da prova obtida mediante um meio ilícito é um princípio meramente relativo, que pode ser violado desde que esteja em jogo e em posição contrária um outro princípio ao qual se atribuiu igual ou maior valor”.²⁴

Na seqüência de seu estudo, apresenta uma construção constitucional, explanando que inexistente a situação de colisão de direitos fundamentais, nos mesmos termos do que diz J. J. Gomes Canotilho, em seu livro *Direito Constitucional*; assim, estes não podem sofrer restrições por outros também constitucionais. Observando, ainda, que, se, eventualmente, surgir uma colisão, será apenas aparente, pois competente será o sistema jurídico para harmonizá-los, estabelecendo a “prevalência” de um em relação ao outro.

Diante deste estudo, ARANHA propõe uma nova denominação para essa “teoria intermediária”, qual seja a do “interesse preponderante”, pois a solução de um problema deve consultar o interesse que prevalecer, preponderar, e que, como tal, deve ser preservado. Entendimento, até então, nunca levantado antes.

Ressalte-se que, mesmo diante dos perigos já apontados, alguns, como CAPPELLETTI, ainda admitem a utilização do critério da proporcionalidade, entendendo ser necessário para a manutenção do equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes, porém não deixam de esclarecer que só será admitido se aplicado frente a situações realmente excepcionais, nos casos em que a não

²⁴ ARANHA, op. cit., p.63.

admissão da prova pudesse produzir resultados desproporcionais, ou até considerados repugnantes.²⁵

Propõe VICENTE GRECO FILHO, que o texto constitucional não pode ser interpretado rigorosamente, pois acredita que sempre existirão situações cujo bem jurídico envolvido levará o tribunal a aceitar a prova obtida de forma irregular.

Nesta mesma esteira de pensamento, MARIA CARNAÚBA, mesmo aderindo à inadmissibilidade da prova ilícita ordinariamente, professa pela não aceitação de uma teoria que se posicione a favor de uma inadmissibilidade incondicionada, pois, em seu entender, a “inadmissibilidade intransigente no processo das provas obtidas por meios ilícitos também engendra violência, na medida em que legaliza arbitrariedades do indivíduo sobre o bem comum”.²⁶ Traz, como exemplo, crimes que lesam o erário público, como superfaturamento de obras públicas, dizendo que são, estes crimes, cometidos com o abuso do próprio direito à privacidade.

Porém, mencione-se que a autora não atentou para a possibilidade de uma investigação e busca probatória através de meios permitidos, que afastariam a necessidade de escutas clandestinas ou interceptações telefônicas, como pareceu indicar a situação enunciada, cite-se, apenas como exemplo, a possibilidade de se requerer documentos ou notas fiscais, através de pedido judicial, ou, até mesmo, a produção de prova mediante escuta, porém devidamente autorizada e fiscalizada judicialmente.

Outra análise que deve ser feita quanto ao estudo do princípio da proporcionalidade, diz respeito à sua utilização em benefício do réu, frente a uma prova favorável ao acusado, ainda que colhida violando-se direitos fundamentais seus ou de outros. O reconhecimento da possibilidade de utilização dessa prova no processo é quase unânime, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, pois é entendida como sendo a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, assegurado constitucionalmente, considerado, no processo penal, prioritário, informado pelo princípio do “*favor rei*” ou, ainda, “*pro reo*”.

²⁵ CAPPELLETTI, op. cit., p. 556 et seq.

²⁶ CARNAÚBA, M. C. P.. **Provas ilícitas**. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 87.

Todavia, tal aplicabilidade é criticada por ARANHA, pois este princípio também pode ser invocado em favor da sociedade, que sofre algumas restrições doutrinárias e jurisprudenciais. O autor repreende o favorecimento ao réu quanto a admissão da prova ilícita, pois entende que ao mesmo tempo se estaria indo contra direitos garantidos constitucionalmente à sociedade. Segundo ele, está-se diante de uma teoria sedutora, na qual o único ponto negativo é o fato de o julgamento da admissão ou não da prova ser subjetivo, passível de abusos e possível insegurança.

A única manifestação ratificável, diante do princípio republicano, desse princípio da proporcionalidade é verificada e analisada quando a prova for colhida ou produzida pelo próprio acusado, visando demonstrar sua própria inocência. Assim, sendo entendida a ilicitude como passível de eliminação por causas legais, nos mesmos termos da legítima defesa, que exclui a ilicitude. Nessa situação o bem jurídico que está sendo valorado em relação ao réu é o da liberdade, considerado maior que o bem jurídico intimidade, quando da interceptação telefônica, por exemplo, que seja utilizada como forma de defesa, não sendo o acusado, em muitos casos, sequer responsabilizado pela infração cometida quando da escuta. Em suma (em face da Corte Constitucional Alemã), se for o único meio de defesa há que se aceitar, porque do confronto entre princípios deve prevalecer o que garante a liberdade

A jurisprudência atual, porém não em sua totalidade, tem aplicado a teoria da proporcionalidade, naqueles casos excepcionais, por ter entendido que a regra disposta pelo art. 5º, LVI, da CR/88, não é absoluta, assistindo uma certa relatividade, o que, no ver de muitos doutrinadores, como já dito anteriormente, traz um grande risco. Mas o risco mesmo são os casos em que, contra tudo o que se disse, os tribunais aplicam o princípio contra o réu, investindo tudo o que se pode imaginar (pelo princípio inquisitivo que rege o nosso sistema) e concluir. Era definitivo, ao Estado, enquanto prevalente o dever de produzir a prova devidamente, não saber aplicar o princípio da proporcionalidade quando de eventual cotejo com direitos fundamentais dos cidadãos, por razões óbvias que são desnecessárias explicar.

5.2.4. Teoria das Provas Ilícitas por Derivação

Por fim, outra teoria sobre as provas ilícitas é verificada: aquela que trata das provas ilícitas por derivação. ADA PELLEGRINI também estuda esta teoria, porém em outra obra sua, *“As Nulidades no Processo Penal.”*²⁷

As provas ilícitas por derivação são as provas consideradas em si mesmas lícitas, porém que se tenha chegado por intermédio da informação obtida por meio de prova ilicitamente colhida. A violação dos direitos na sua obtenção é transmitida às provas derivadas, que são, igualmente, inadmissíveis no processo. São exemplos deste tipo de provas a confissão extorquida mediante tortura, ou aquela colhida por interceptações telefônicas clandestinas que, por intermédio das quais, o acusado venha a indicar a localização de produto de crime, que, daí sim, poderá ser regularmente apreendido, ou, ainda, poder-se-á descobrir testemunha que será levada a depor em situação que incrimine o acusado. Essas provas conseguidas derivaram diretamente daquelas ilícitas, anteriormente produzidas.

Esta teoria é também conhecida pelos juristas brasileiros como Teoria dos “Frutos da Árvore Envenenada” (“Fruits of the poisonous tree”) e foi criada pela Suprema Corte Norte-americana, segundo a qual o vício da planta se transmite aos seus frutos, ou seja, se ilícita na origem, contamina todo o resto.

ADALBERTO ARANHA acrescenta que não se pode admitir que um mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes, vindo a condenar e prestigiar, apenas, por ter o direito se dividido em ramos autônomos.²⁸

Diferentemente, a tese considerada dominante, para AVOLIO, é a da admissão da prova derivada, aquela que chegou ao feito mediante informação obtida por meio de prova ilícita. Esta tese é baseada na necessidade da apuração da

²⁷ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. *As nulidades no...*

²⁸ ARANHA, op. cit., p.61.

verdade, que poderia vir a ser frustrada por uma “hábil manobra” do interessado, que provocaria uma irregularidade visando excluir importante prova.

Porém, na seqüência de seu estudo, o autor analisa o entendimento extraído da doutrina alemã, da inadmissibilidade das provas ilicitamente derivadas, pois observa que a possibilidade de sua utilização serviria de estímulo às partes a recorrer aos instrumentos ilícitos objetivando servirem-se de elementos de provas que, até então, apresentavam-se inatingíveis. Eis, entre outros, porque se segue torturando no Brasil.

ADA PELLEGRINI entende que, no Brasil, é dominante a tese que professa pela transmissão da ilicitude às provas derivadas de outras ilicitamente obtidas, devendo ser, igualmente, banidas do processo. Entende ser esta posição a que mais se mostra sensível às garantias fundamentais, bem como que defende melhor os princípios e normas constitucionais.

A jurisprudência brasileira começa a adotar e aplicar esta teoria a partir do julgamento do ex-Presidente Collor, em 1995, consolidando-se o entendimento defendido por ADA PELLEGRINI desde então.

Porém, observe-se interpretação que vem sendo dada por nossos Tribunais, pautada na possibilidade de admissão da prova derivada, contudo, somente quando produzida sem a prática de ilicitude, e mediante investigação normal, tivesse-se chegado à mesma prova. Verifique-se que a ilicitude que se houvesse praticado quando da colhida da prova só serviria para encurtar o caminho da sua produção.

A Suprema Corte Norte-americana, bem como a doutrina internacional, estabelecem limitações a esta teoria, excepcionando da questão da inadmissibilidade dessas provas derivadas aquelas que têm, entre elas, uma conexão tênue, de modo a não serem vistas como causa e efeito. Outra exceção a esta teoria apresenta-se diante da situação de que a prova derivada daquela prova obtida ilicitamente poderia de qualquer modo ser descoberta. Assim, compreende-se que não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo aquelas provas derivadas que não

foram descobertas diretamente das provas ilícitas, ou, ainda, aquelas que derivaram de fonte própria.²⁹

Em julgamento proferido pelo STF, em data de 30.06.1993, observou-se divergência de votos diante da questão da teoria das provas ilícitas por derivação, que, por escassa maioria, rejeitou a aplicação deste princípio no caso concreto. Mesmo tendo sido voto vencido, no citado julgado, interessante a transcrição de parte do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, que afirmou que essa doutrina

é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”, dizendo que “vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas (STF, HC 69.912-0/RS, publicado no DJ em 26.11.1993).

Este julgado será analisado com maior profundidade na seqüência.

AVOLIO, ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE E ANTÔNIO MAGALHÃES, entre muitos outros doutrinadores, compartilham do mesmo entendimento quanto ao que se afirmou que a CR/88 deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação.

6. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA BRASILEIRA

A doutrina brasileira encontrou-se, durante bastante tempo, dividida diante do tema da admissibilidade em juízo das provas ilícitas. Havendo, ainda hoje,

²⁹ Entendimento extraído da obra de GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. *As Nulidades no....*, op. cit.

teorias que defendem a possibilidade de admissão das provas colhidas ilicitamente, as quais prevêm, apenas, punição ao infrator que cometeu o ato ilícito, quando no momento da obtenção da prova: é fruto, obviamente, que não da CR/88 ou virtude que ela não serve para nada.

Esse entendimento quanto à possibilidade de admissão das provas apresenta um grande risco, como bem estabeleceu MARIA CARNAÚBA, lembrando que:

no Brasil, houve um período em que a segurança nacional era valor hierarquicamente superior às garantias individuais. Nessa época, eram muito frouxos os limites impostos aos meios empregados pelo Estado para garantir a segurança nacional. As arbitrariedades cometidas em seu nome foram inúmeras. Isso se deu não somente em função do tipo penal que estabelecia de forma muito aberta a tipicidade de crime contra a segurança nacional, mas também pela falta de dispositivos legais eficientes no sentido de limitar os meios empregados pelo Estado para a persecução criminal.³⁰

Frise-se que as escutas telefônicas, invasões de domicílio, bem como torturas foram largamente empregadas, de forma completamente discriminada e abusiva, como antes e sempre se fez.

No entanto, naquela época, a doutrina dominante hoje já era vista, copiando-se alemães e americanos, posicionando-se contrariamente à admissibilidade processual das provas ilícitas, mesmo que atenuada, por muitos autores, pelo princípio da proporcionalidade. Ou, ainda, mesmo que contrárias à admissibilidade da prova obtida ilicitamente, abrindo exceção à prova ilícita quando utilizada em benefício da defesa, “*pro reo*”.

A jurisprudência brasileira já apresentava esta mesma tendência evolutiva (sempre muito lenta), consolidando o entendimento de seus julgados na inadmissibilidade das provas obtidas com infração às normas de direito material. Tem-se como exemplo desta evolução as decisões judiciais que se apresentavam no período dos regimes fortes, que apesar da obtenção de prova mediante tortura ser

³⁰ CARNAÚBA, op. cit., p.

praticada e corriqueira, ainda se podia encontrar julgados rejeitando-a. Cite-se o julgamento relatado por HOEPPENER DUTRA, do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado na RT 440:343, em 1972.

O afastamento foi consolidado com a entrada em vigor da CR/88, que excluiu, do processo brasileiro, a possibilidade de aceitação em juízo das provas obtidas de forma ilícita, que viessem a violar normas de direito material. O art. 5º, LVI, da CR/88, expressamente dispôs que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Para os legalistas, era o fim da linha, embora não tivesse sido o fim da barbárie porque se segue abonando prova do gênero.

Sendo assim, atualmente, prova ilícita alguma terá valor em juízo, ou melhor, as provas obtidas violando-se direitos fundamentais serão desde sempre inadmissíveis em juízo. É o que se espera e deveria ser. A prática, porém, é temperada por outras matizes.

Também, como acrescenta IRAJÁ PEREIRA MESSIAS, as provas ilícitas são definitivamente vetadas “porque o combate ao crime não se pode fazer pela prática ou pela tolerância de outros crimes, mas porque se exige da autoridade que investiga ou que julga, um comportamento ético e moral irrepreensíveis.”³¹

ENRIQUE VESCOVI,³² em artigo intitulado “*Provas Ilícitas*”, entende que, em defesa do direito de liberdade, direito fundamental, é que se deve estudar o tema das provas, bem como os poderes do juiz, afirmando que se há de chegar a um limite, que se ultrapassado se estaria vulnerando direitos fundamentais.

É bastante ressaltado, pela doutrina, que a apreciação da prova pelo juiz de direito, mesmo que ajustada com sua experiência, no entanto, não o autoriza a decidir controvérsias com base em provas ilícitas. ROBERTO DE REZENDE JUNQUEIRA, em artigo publicado na RT 483, p. 245 e segs, “*Do Livre Convencimento do Juiz e Seus Poderes na Aplicação das Penas*”, bem adverte, dizendo que “a certeza moral do Juiz, pois, pode ser discricionária, pessoal e particular, mas nem por isso, ao fundamentá-la, pode este fugir das regras técnicas e

³¹ MESSIAS, I. P. **Da Prova Penal**. 2ª ed., Campinas : Booksellers, 2001, p. 157.

³² VESCOVI, E.. **Provas Ilícitas**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Vols. 13/15, p. 369 et seq.

basear-se na prova ilegal, viciosa, violenta ou insuficiente”. Para ele, o livre convencimento do Juiz “não vai ao extremo de admitir-se em Juízo o que é ilegal, passível de dúvida ou vicioso”.

Porém, não se pode cair no equívoco de se considerar que esse livre convencimento atribuído ao juiz, de acordo com o art. 157, do Código de Processo Penal, seria completamente cerceado e de nada serviria. Tal afirmação, por muitos considerada, não pode ser aceita. Clara explicação é trazida pelo autor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a partir de considerações feitas por MASSIMO NOBILI e NUVOLONE, quando diz que o livre convencimento “significa que a operação cognoscitiva do julgador não tolera, em via de princípio, limites de método e que a valoração das provas deve ser feita segundo a experiência do juiz, mas a prova continua sendo sempre uma entidade jurídica, da qual são fixadas as condições de admissibilidade e modo de formação.”³³ Ou seja, o juiz é livre para decidir, não está vinculado a qualquer sistema de provas, mas isso não pode significar sua não vinculação à legalidade: o juiz estaria, sim, limitado pela legalidade na formação e na admissão da prova. Isto é óbvio; se não vale nada o princípio republicano.

A prova penal é uma reconstrução histórica, devendo o Magistrado pesquisar além da convergência das partes sobre os fatos, a fim de conhecer a realidade e a verdade deles. Assim, é exatamente através da prudência e do equilíbrio que se deverá formar a convicção do juiz. Isto é a demonstração maior de que vivemos sob a égide do Sistema Inquisitório centrado na gestão da prova, característica fundamental deste sistema, confiada essencialmente ao magistrado.

No entender do Prof. JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, necessário assumir uma postura voltada a “emancipação do nosso povo”, sendo o único meio capaz de garantir ao magistrado uma postura comprometida. Observa, ainda, que desde sempre e até agora,

“a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle

³³ FRAGOSO, H. C. **Notas Sobre a Prova no Processo Penal**. Revista de Direito Penal 23/23 e segs.

eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processo penal –, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da ‘segurança jurídica’, da ‘verdade’ e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida”.³⁴

Assim, é fundamental estabelecer restrições quanto ao livre convencimento, caso contrário, estar-se-ia abrindo espaço à subjugação dos mais fracos pelos mais fortes. É indispensável a imposição de limites a essa atividade, pelo Estado, para evitar a volta de uma tirania que sempre se verificou no Brasil.

Ademais, segundo MARCO ANTONIO BARROS, a legislação atual em momento algum autoriza a obtenção da verdade a qualquer preço. Bem entendeu que essa norma, que dispõe sobre a inadmissibilidade das provas ilicitamente colhidas, “produz reflexos na busca da verdade, notadamente por estabelecer parâmetros rígidos de licitude aos procedimentos investigatórios que visam desvendá-la, que se coadunam com o espírito de legalidade e moralidade dos atos praticados”.³⁵

Desse modo, não é suficiente ter a possibilidade de escolher o caminho de uma verdade, mesmo que através de indícios e presunções, mas sim necessário que se tenha o instrumental adequado para que esta efetivamente se realize.

Tome-se a confissão, “rainha das provas”, meio predisposto para se chegar a verdade. O problema está presente, exatamente, em como se alcançar esta confissão. Caso esta seja obtida com liberdade e espontaneidade, nada ilícito se verifica, a prova foi obtida através de meios considerados válidos perante o direito, porém a partir do momento em que se verifica a falta desta espontaneidade, autorizando que a confissão colhida mediante meios injustos, como a tortura, seja

³⁴ COUTINHO, J. N. de M. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Renovar. 2001, p. 6.

³⁵ BARROS, M. A.. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 218.

admitida em juízo, deve-se discutir essa verdade conseguida, ainda mais em um Estado onde ao cidadão é dado algum valor.

Incontestável que se deva negar a validade desta verdade obtida através de tão absurdo injusto cometido contra o ser humano. PIETRO VERRI, no clássico “*Osservazioni sulla Tortura*”, escrito entre 1770 – 1777, demonstra que os tormentos não constituem meio para a descoberta da verdade:

“A razão corresponde rigorosamente ao fato. Qual é o sentimento que nasce no homem ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o desejo de que dor pare. Quanto mais violento for o suplício, tanto mais violentos serão o desejo e a impaciência de que chegue ao fim. Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. Mas é verdade que o torturado cometeu o crime? Se a verdade é sabida é inútil tortura-lo; se a verdade é duvidosa, talvez o torturado seja inocente, e o torturado inocente, tal como o culpado, é igualmente levado a ser acusar do crime. Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido. Nada falta a este raciocínio para ser uma perfeita demonstração.”³⁶

Portanto, a tortura não constitui meio apto para se descobrir a verdade dos fatos, mas um chamado para que tanto o considerado culpado quanto o dito inocente se declarem culpados, constituindo um meio para confundir a verdade, jamais para encontrá-la.

Assim, o Direito Brasileiro não admite, no processo, as provas ilícitas, pois não há que se reconhecer válidos os meios que desconhecem a boa-fé, a lealdade, a moralidade e a legalidade, assim como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, todos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

³⁶ VERRI, P. **Observações sobre a tortura**. (trad. Federico Carotti), 2ª ed, São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 87 et. seq.

7. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Anteriormente à CR/88, a doutrina brasileira apresentava duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas, sendo a da admissibilidade preponderante sobre aquela que propugnava pela inadmissibilidade das referidas provas.

Era preconizado que, diante do conflito entre direito à intimidade e meios de prova ilícitos, a proteção às liberdades públicas se relativizavam, devendo a intimidade ceder espaço sempre que entrassem em confronto com a ordem social e as liberdades alheias.

Autores do direito privado, processual civil, como Yussef Cahali e Washington de Barros Monteiro pleiteavam ser irrelevante o meio pelo qual a prova fora obtida, devendo ser admitida, em juízo, pelo juiz, e, apenas, punir o infrator, em caso de existência de ilícito penal. Ainda, José Rubens Machado de Campos considerava não ser absoluta a proteção às liberdades públicas, estas deveriam ceder sempre que entrassem em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias.

Também Pontes de Miranda não considerava essencial a modalidade de obtenção da prova, mas, sim, saber-se se seu conteúdo violava norma material ou constitucional, ou seja, tinha-se que examinar aquilo que era colhido, pois entendia que o conteúdo é que poderia ofender o direito. Deveria, o juiz, recorrer-se ao direito material e à Constituição para admitir ou negar um meio de prova.

A jurisprudência era fortemente voltada para a doutrina que sustentava a admissibilidade das provas obtidas de forma ilícita. Os julgadores entendiam que a prova, mesmo obtida ilicitamente, era válida, devendo-se, apenas, punir o infrator, aquele que tivera se utilizado de meios ilícitos na obtenção dessa prova. Ainda, encontravam-se julgados que afirmavam que aos tribunais competia julgar conforme as provas que lhes eram apresentadas, e não investigar sobre sua admissão.

Ainda, deve-se apontar para o fato de que as garantias constitucionais vigentes, anteriormente, não apresentavam uma eficácia e efetividade marcante, assim, os arbítrios cometidos dificilmente eram levados aos autos do processo.

TORNAGHI é um dos doutrinadores que começa a conceber a prova ilícita como inaceitável em juízo, contudo, entende que o juiz não pode simplesmente desconsiderar aquilo que foi trazido, qualificando tal ato como irresponsabilidade. Assim, começa a admitir a prova ilícita como indício, e, a partir deste, tudo o que se descobrir de forma lícita, passará a ser admitido em juízo. Verifica-se um posicionamento no sentido de admitir-se provas ilícitas por derivação.³⁷

Ainda, mesmo antes do advento da CR/88, observou-se o uso da analogia, por muitos que começavam a defender a inadmissibilidade das provas ilícitas, aplicando-se o art. 332, do Código de Processo Civil, que proibia a prova “ilegal” e a “moralmente ilegítima”, esta última refletindo uma proibição oriunda de um princípio geral de direito.

Na seqüência, contrariamente à admissibilidade das provas ilícitas, é promulgada a Constituição da República de 1988, que estabeleceu e erigiu como preceito constitucional que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.³⁸ Considera a prova materialmente ilícita, aquela produzida infringindo-se direitos fundamentais invioláveis, também processualmente ilegítima, estabelecendo uma sanção processual para a ilicitude material, qual seja, a inadmissibilidade dessa prova ilícita no processo.

Esta disposição constitucional visa proteger os direitos à intimidade, integridade física e moral dos cidadãos, ou seja, direitos fundamentais, assegurados pelos incisos X, XI e XII, deste mesmo art. 5º, da CR/88. Tais incisos reforçam-se mutuamente, e, faz-se necessário relembrar que, se estão incertos no contexto constitucional, não poderão ser analisados separadamente, sendo esta uma das regras de hermenêutica constitucional indispensável, que ensina que a Constituição deverá ser entendida como um todo, assim, não poderão seus dispositivos serem

³⁷ TORNAGHI, H. B. *Instituições do Processo Penal*. Vol. 3, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 1978, p. 454-466.

³⁸ Texto trazido pela Constituição Federal de 1998, em seu art. 5º, inc. LVI.

analisados separadamente, mas de maneira harmônica e sem contradições. A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a obtenção da prova acarretará a formação da prova ilícita.

Porém, alguns questionamentos ainda são feitos diante do tratamento dado pela Constituição, que, até hoje, dividem a doutrina e jurisprudência. Um dos questionamentos diria respeito às denominadas provas ilícitas por derivação, outro seria o de se saber sobre a possibilidade, ou não, de aceitação do critério da proporcionalidade, pela fórmula constitucional.

No que toca ao primeiro questionamento, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, mesmo antes da CR/88, decidindo, em muitos casos, não apenas pelo desentranhamento das provas ilícitas dos autos, mas também pelo trancamento do inquérito policial, motivado pela inexistência, nos autos, de elementos não viciados pela contaminação daquela prova tida como ilícita. Após a promulgação da CR/88, o Supremo Tribunal Federal continuou aderindo à teoria dos “frutos da árvore envenenada”, mas, agora, por maioria apenas, considerando contaminadas as provas alcançadas a partir do conhecimento de fatos apurados por provas ilícitas.

De acordo com ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE E ANTÔNIO MAGALHÃES, a tendência da doutrina majoritária é “no sentido da contaminação e inadmissibilidade da prova derivada da ilícita”.³⁹ Porém, os três concordam que no campo teórico a matéria carece de um posicionamento mais preciso.

Nesta mesma esteira, GOMES FILHO entende ser “impossível negar ‘a priori’ a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial”,⁴⁰ baseado não apenas em critérios de causalidade, mas fundamentalmente na idéia de finalidade em que se abalizam as proibições da prova. Complementando sua justificativa, analisa que as restrições à admissibilidade da prova ilícita de nada valeriam, caso, pela via da derivação, informações colhidas ilicitamente pudessem vir a integrar o processo.

³⁹ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. *As Nulidades no...*, op. cit., p. 139.

⁴⁰ GOMES FILHO, op. cit., p. 110.

AVOLIO compartilha do mesmo entendimento anunciado pelos autores acima, partindo do simples raciocínio, se a prova ilícita tomada por referência comprometer direitos e garantias indevassáveis dos cidadãos, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, vindo a tornar-se ilícita esta também, porém chamada de prova ilícita por derivação, da mesma forma, inadmissível no processo. Cientificamente entende desnecessária qualquer regulamentação, ainda mais diante da análise de que a questão de fundo é a mesma em se tratando de provas obtidas ilicitamente, e, sobre elas havendo sempre uma igual referência constitucional, com enfoque nas liberdades públicas.

Porém, o legislador, em proposta de reforma do Código de Processo Penal, procura alterar a redação do art. 157, do referido código, que passaria a trazer o seguinte texto: “serão inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a princípios ou normas constitucionais, e as delas resultantes”.⁴¹

O outro questionamento, sobre a teoria da proporcionalidade, é ainda mais complexo.

ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE E ANTÔNIO MAGALHÃES, autores já citados, em seu estudo conjunto, entendem que a Constituição brasileira não afasta nenhuma tendência, ou seja, não afasta a possibilidade de aceitação do critério da proporcionalidade trazido pela jurisprudência alemã. Defendem esse entendimento dizendo que os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto (como por exemplo, o direito à própria prova, que encontra limites), exigindo uma interpretação “harmônica e global das liberdades constitucionais”.

Não se deixando de ressaltar a prova ilícita em benefício do réu, *pro reo*, que configura a adoção do princípio da proporcionalidade, como entendida por muitos.

Porém, esse princípio é tratado com uma grande carga de subjetividade, o que traz um enorme risco, pois pode vir a ser tratado extensivamente. Ainda, diante do princípio da proporcionalidade e do princípio da atualização constitucional,

⁴¹ Proposta formulada por Comissão de Juristas, constituída pelo Ministério da Justiça, presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicada no DJU em 25.11.1994, p. 17860.

levanta-se o entendimento de que a cláusula constitucional que dispõe sobre a vedação das provas ilícitas é relativa. Admitir a relativização proposta por este princípio referente às provas ilícitas é uma situação bastante complexa, pois para se estabelecer um limite não se poderia fugir ao subjetivismo, o que viria a estabelecer diferentes hipóteses quanto a relativização desse princípio, o que traria, como já dito, perigo e insegurança, pois não se deixa de pensar, que o que é caso de excepcional gravidade para uns, para outros pode não ser. Ora, diante dessa insuficiência trazida pelo subjetivismo, sustentar a relativização do princípio das provas ilícitas poderia ser o mesmo que retroceder no tempo, voltando-se à admissão da tortura entre outras atrocidades em vista da busca da verdade real, pois, certamente, a relativização visaria este fim, pois não se excluiria nenhuma prova ilícita que fosse a única possível nas circunstâncias concretas, passando-se por cima dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

8. A INEFICÁCIA DAS PROVAS ILÍCITAS ADMITIDAS

Imprescindível a verificação de que a CR/88, expressamente, considera inadmissíveis as provas obtidas violando-se direitos e garantias fundamentais, porém nada estabelece diante da circunstância de a prova, mesmo sendo ilícita, ter sido admitida, vindo a ingressar no processo. Diversamente do que ocorre na Itália, a partir da edição do Código de Processo Penal de 1988, que já prescreveu o impedimento da utilização de provas contrárias à lei.

Cumprindo recordar que a CR/88 preocupa-se, dentre os momentos processuais da prova (requerimento, admissão, introdução e valoração), com certa prioridade, diretamente em relação ao segundo, qual seja, o momento da admissibilidade, pretendendo impedir o surgimento dos momentos subsequentes. Porém, prudente o entendimento que abrange os demais momentos processuais relativos à prova.

Diante da omissão constitucional, pela verificação de que não há sanção prevista na Constituição referente à inadmissibilidade das provas ilícitas, o intérprete, de forma geral, deverá buscar a solução desse problema recorrendo ao estudo dos princípios gerais do ordenamento, no que toque a atipicidade constitucional.

Em se tratando de atipicidade constitucional, as conseqüências dessa atipicidade devem ser buscadas na própria Constituição ou na unidade do ordenamento jurídico, principalmente na hipótese da inadmissibilidade das provas ilícitas, que não tem previsão de sanção na Constituição, deverá defluir, portanto, dos princípios gerais do ordenamento.

Os preceitos constitucionais com relevância processual possuem a natureza de normas de garantia. São garantias, sob o enfoque do devido processo legal, entendidas tanto como garantias exclusivas das partes, que buscam a efetiva e plena possibilidade de exercer seu direito de defesa, como garantias da própria jurisdição, que asseguram a regularidade do processo, a imparcialidade do juiz e a justiça das decisões.

Observa-se, assim, que o enfoque da atipicidade processual dá lugar ao da atipicidade constitucional. Nesta, com relação às normas de garantia, não há lugar para a irregularidade sem sanção. Da mesma forma, não se pode falar em nulidade relativa, pois afetaria apenas o interesse das partes. Assim, em regra, as conseqüências serão a nulidade absoluta, ou a inexistência jurídica.

Porém, inicialmente, entenda-se que as conseqüências da atipicidade processual variam em função da gravidade do vício, classificando-se em três categorias de atos, de acordo com o entendimento extraído da obra de AVOLIO,⁴² quais sejam, os atos inexistentes, nulos e atos pendentes. As três categorias são todas formas de ineficácia. Pela inexistência, o ato é ineficaz desde a sua origem, carecendo de elementos que o configurem como ato processual. Pela nulidade, o ato se torna ineficaz com o pronunciamento judicial sancionatório, pela falta ou defeito de um de seus requisitos e que o fizeram impotente para a obtenção dos fins que lhe

⁴² AVOLIO, op. cit., p. 90 et seq.

foram postos. E, por fim, a pendência, quando o ato regular deixa de produzir efeitos em consequência de obstáculo por defeito em um de seus requisitos de atuação.

O entendimento majoritário, defendido por, entre outros, ADA PELLEGRINI, ANTÔNIO SCARANCE E ANTÔNIO MAGALHÃES, bem como AVOLIO, defini que as provas ilícitas, inadmissíveis pela Constituição, não são por esta apresentadas como provas. Dizem tratar-se de um “não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas”,⁴³ sendo completamente ineficazes.

A consequência da inexistência jurídica, segundo AVOLIO, consiste em que o ato, carecedor dos elementos que o caracterizem como ato processual, apresenta-se ineficaz desde a sua origem. Estabelecendo, ainda, que as provas ilícitas “devem ser consideradas como inexistentes e totalmente ineficazes, retroagindo a sua ineficácia ao momento do seu nascedouro”.⁴⁴

Em suma, a consequência que decorre da utilização da prova ilícita é a da sua ineficácia, imposição lógica de sua inexistência jurídica como ato ou prova.

Assim, a partir das considerações doutrinárias acima, a prova ilícita não é passível de surtir efeitos em qualquer momento processual. Caso essa questão chegue ao tribunal, em grau de recurso, este deverá desconsiderar essas provas admitidas e levadas em consideração pela sentença, determinando seu desentranhamento dos autos. O tribunal julgará a causa como se elas não existissem, de acordo com precedente do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, quanto à ineficácia das provas ilícitas, interessante salientar que, no tocante à sentença transitada em julgado, se esta tiver se baseado em provas obtidas ilicitamente, será considerada nula, dando margem à revisão criminal ou ao *habeas corpus*. Quanto ao *habeas corpus*, o tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando seu desentranhamento. E, também, serão

⁴³ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO. *As Nulidades no...*, op. cit., p. 141.

⁴⁴ AVOLIO, op. cit., p. 94.

consideradas ineficazes as provas contaminadas por outras ilicitamente colhida, as chamadas provas ilícitas por derivação.

Ressalta-se, também, a questão da prova ilícita no Júri. Nessa hipótese, algumas poderão ser as situações assistidas. A primeira diz respeito ao caso de a decisão de pronúncia ter se baseado nessas provas, a solução será a reforma da decisão pela via recursal ou será anulada por *habeas corpus*. Porém, diante da preclusão e a da não impetração do *habeas corpus*, não será de competência do juiz qualquer providência, pois o veredicto dos jurados será nulo. Já se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, porém não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, caberá ao juiz ordenar seu desentranhamento, antes de chegarem ao conhecimento dos jurados. Porém caso sejam essas provas referenciadas em plenário, desobedecendo o disposto pelo art. 475, do Código de Processo Penal,⁴⁵ caberá ao juiz dissolver o conselho de sentença e instaurar outro.

9. JURISPRUDÊNCIA: A POSIÇÃO DO STF E STJ

Desde logo, esclarece-se que a análise dos julgados proferidos pelos nossos tribunais não conduz a uma solução prática, apenas conferi uma “luz” para aqueles que se dedicam à operação do direito.

O e. Supremo Tribunal Federal, bem com o e. Superior Tribunal de Justiça, ainda, não pacificaram seus entendimentos a respeito da admissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Este quadro se apresenta em razão das constantes mudanças nas suas composições, porém não se deve apenas a isso, mas, certamente, também está ligada a tendência atual de se ampliarem os meios probatórios, bem como as técnicas utilizadas visando a busca da verdade.

⁴⁵ Art. 475, do CPP – “Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documentos que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.

Na seqüência, analisar-se-á alguns julgados dos tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que merecem ser destacados a respeito da admissibilidade processual das provas ilícitas.

Mesmo antes da promulgação da CR/88, muitos eram os julgados proferidos pelos tribunais que demonstravam a propensão destes em vista do entendimento pela inadmissibilidade processual das provas obtidas ilicitamente.

O e. Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Min. ALDIR PASSARINHO, decidiu que:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS PARAGRAFOS 9 E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVANCIA). TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. 1 - os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou a ação penal. 2 - As provas produzidas no inquérito ora em exame - gravações clandestinas - além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (parágrafo 9., e art. 153, cf), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, a garantia do parágrafo 15, art. 153, da lei magna. 3 - Inexistência, nos autos, de outros elementos que, por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4 - Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal. 5 - Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial. (STF. RHC 63834/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, publicado no DJ em 05.06.1987, p. 11112).

Diante desse julgado, pode-se afirmar que o entendimento quanto à inadmissibilidade processual das provas ilícitas já vinha se consolidando desde antes da CR/88, sendo clara essa tendência de proteção aos direitos individuais da pessoa.

Em 1993, na vigência da CR/88, o mesmo e. Supremo Tribunal Federal proferiu julgado a respeito da admissibilidade ou não de prova ilícita por derivação.

Neste decidiu-se pela possibilidade de utilização dessa prova que, ainda que em si mesma lícita, fora descoberta por intermédio de informação obtida por prova ilicitamente colhida. Atenção para dois dos votos lançados: em primeiro lugar, o do Min. Sepúlveda Pertence, que foi voto vencido, votando pela inadmissibilidade do aproveitamento da prova ilícita, afirmando que, a “teoria da árvore envenenada”,

é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”, pois “vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. (STF, HC 69.912-0, Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJU em 26.11.1993).

O outro voto que deve ser ressaltado, neste julgado, é o do Min. Moreira Alves, voto pronunciado em sentido contrário, no mesmo sentido da corrente vencedora, convencido de que é preferível admitir a citada prova a garantir a impunidade de organizações criminosas.

Neste mesmo julgado, observou-se, em análise, o surgimento de fato inesperado, vindo a impedir o Min. Nery da Silveira de integrar o grupo votante. Diante disso, procedeu-se nova votação, na qual o resultado foi um empate, prevalecendo como vencedora a corrente que favorecia o acusado.⁴⁶

No que toca à inviolabilidade de domicílio, ressalte-se o posicionamento unânime do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que considerou ilícita a apreensão de computadores de uma empresa sem mandado judicial, abrangendo o entendimento sobre domicílio, no julgamento contra o ex-Presidente Collor e Paulo César Farias:

⁴⁶ Julgado proferido pelo STF, HC 69.912-0, publicado no DJU em 26.11.1993.

(...) 1.1. Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF) (...) (STF. Ação Penal 307/DF. Rel. Min. ILMA GALVÃO - Tribunal Pleno. Publicado no DJ em 13.10.1995, p. 34247).

Ainda nesse julgado, verificou-se o entendimento de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, nesse caso, por maioria de votos, julgaram pela admissibilidade de prova ilícita por derivação, aquela a que em si mesma é lícita, porém derivada de outra ilicitamente colhida.

Contudo, em julgamentos posteriores o entendimento daqueles que foram votos vencidos prevaleceu, modificando, assim, o que vinha sendo apresentado como o entendimento do e. Supremo Tribunal Federal no tocante à “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

Tanto o e. Supremo Tribunal Federal quanto o e. Superior Tribunal de Justiça passaram a adotar o entendimento pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Esta tese passou a ser majoritária, vindo a ser reforçada por uma seqüência de julgados no mesmo sentido, a ponto, até mesmo, de ser possível falar-se que a corrente majoritária é a que propugna pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação.

O Supremo Tribunal Federal proferiu inúmeros acórdãos entendendo pela inadmissibilidade da prova ilícita por derivação:

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-corpus conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo ab initio, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. (STF, HC 74116/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, publicado no DJ em 14.03.1997, p. 06903).

HABEAS CORPUS. ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o Juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Habeas corpus concedido. (STF, HC 73351/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, publicado no DJ em 19.03.1999, p.00009).

No que toca ao princípio da proporcionalidade, os tribunais superiores brasileiros, igualmente, não uniformizaram seu entendimento quanto à possibilidade, ou não, deste ser considerado, ou isso ser levado em conta numa decisão.

Excepcionalmente, fazendo-se um exame jurisprudencial, ainda, encontram-se julgados que consideram lícitos meios de prova aqueles que violam o sigilo da correspondência. O e. Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo

Min. ADHEMAR MACIEL, considerou como lícita a prova consistente na apreensão de uma carta escrita e remetida por um condenado preso, de dentro do presídio, para outra pessoa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFONICA 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 policia. o inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. ha sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que e dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a clausula constitucional invocada e relativa. a jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre e invocável o principio da 'razoabilidade' (reasonableness). o 'principio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (exclusionary rule) também la pede temperamentos. Ordem denegada. (STF, HC 3982, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, publicado no DJ em 26.02.1996).

Porém, inúmeros outros são os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, bem como mais recentes, que entendem pela inadmissibilidade das provas ilícitas. Observem-se os seguintes julgados nesse sentido:

Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação 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. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. (STF, HC80948/ES, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, publicado no DJ em 07.08.2001).

(...) Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (STF, HC 79512/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ em 16.05.2003).

Diante do apresentado até o momento, evidente é a inclinação, quase que unânime, da jurisprudência atual pela inadmissibilidade das prova ilícitas. Por fim, nesta mesma linha de entendimento, transcreva-se decisão proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal que, por unanimidade de votos, deferiu pedido pela cassação do acórdão e da sentença, bem como, em outro “writ”, concedeu de ofício o trancamento do processo:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA DOMICILIAR (SEGUIDA DE APREENSÃO) REALIZADA POR GERENTE E

SEGURANÇAS DE UM "FLAT", APÓS ASTUCIOSO INGRESSO NO APARTAMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 241 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, INTEIRAMENTE CONTRARIADOS PELAS PROVAS COLHIDAS NA INSTRUÇÃO JUDICIAL: INADMISSIBILIDADE. 1. "Habeas Corpus" deferido, como impetrado, para cassação da sentença e do acórdão que a confirmou. 2. Concessão de outro "writ", de ofício, para trancamento da ação penal, por falta de justa causa para a condenação. 3. Decisão unânime. (STF, HC 76336/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, publicado no DJ em 13.08.1999).

Igualmente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça estampa seu entendimento, quase unânime, pela inadmissibilidade processual das provas obtidas mediante a violação de normas de direito material. Dentre inúmeras decisões, destaquem-se as seguintes:

RMS - CONSTITUCIONAL - PROCESSO PENAL - PROVA ILÍCITA - ADMITEM-SE, EM JUÍZO, TODOS OS MEIOS DE PROVA, SALVO AS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO (CONST., ART. 5., LVI). AS PROVAS ILÍCITAS, PORQUE PROIBIDAS, NÃO PODEM SER CONSIDERADAS. CUMPRE DESENTRANHA-LAS DOS AUTOS. (STJ, RMS 8559/SC, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, publicado no DJ em 03.08.1998).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. PROVA ILÍCITA. INVALIDADE.

- O direito constitucional-penal inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas consagra os princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI).

- O processo administrativo disciplinar que impôs a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita.
- Sendo a prova ilícita realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão.
- Recurso ordinário provido. Segurança concedida (STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8327/MG, Rel. Min. VICENTE LEGAL, publicado no DJ em 23.08.1999).

Penal. Habeas-corpus. Denúncia. Quebra de sigilo bancário. Prova ilícita. Invalidez.

- A denúncia oferecida exclusivamente com fundamento em provas obtidas por força de quebra de sigilo bancário, sem a prévia autorização judicial, é desprovida de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita.
- Sendo a prova realizada sem a prévia autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insusceptível de ser sanada por força da preclusão.
- Habeas-corpus concedido. (STJ, HC 9838/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, publicado no DJ em 29.03.2000).

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS-CORPUS. BUSCA E APREENSÃO. DESCONSTITUIÇÃO POR ORDEM JUDICIAL. RETENÇÃO INDEVIDA. PROVA ILÍCITA. INSTRUÇÃO EM INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- O habeas-corpus, pela sua magnitude constitucional como instrumento de proteção do direito de locomoção, não deve ser concebido com restrições de caráter formal, sendo admissível o uso sempre que se verifique a prática de ilegalidade no curso de investigação criminal ou de ação penal, com repercussão atual ou futura na liberdade individual (CF, art. 5º, LXVIII).

- É ilegal a retenção de equipamentos apreendidos em busca e apreensão, em desrespeito a decisão judicial, consubstanciando prova ilícita os elementos colhidos nos citados equipamentos, imprestáveis para embasar a propositura de ação penal.
- Demonstrada a ilicitude da prova decorrente de retenção indevida de equipamentos, com desrespeito à ordem judicial, é inviável aguardar-se a instauração de ação penal para impugnar-se o resultado de investigação.
- Recurso ordinário provido. (STJ, RHC 12717/MG, Rel. Min. VICENTE LEAL, publicado no DJ em 28.10.2002, p. 120).

HABEAS CORPUS. PEDIDO NÃO EXAMINADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. WRIT NÃO CONHECIDO. PROVA ILÍCITA. CONFISSÃO INFORMAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA DESENTRANHAR DOS AUTOS OS DEPOIMENTOS CONSIDERADOS IMPRESTÁVEIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 5º, INCISOS LVI E LXIII.

- 1 - Torna-se inviável o conhecimento de habeas corpus, se o pedido não foi enfrentado pelo Tribunal de origem.
- 2 - A eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito.
- 3 - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (STJ, HC 22371/RJ, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, publicado no DJ em 31.03.2003, p. 275).

Também, o e. Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, tem abrangido seu entendimento sobre domicílio, diante do que dispõe o inciso XI, do art. 5º, da CR/88, qual seja, o que garante e inviolabilidade do domicílio, dizendo que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”:

Em julgamento relatado pelo Min. WILLIAN PATTERSON, o egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

Apreendida, no escritório do paciente, a documentação que deu origem ao processo criminal, sem as cautelas recomendadas no item XI, do art. 5º, da Constituição Federal, forçoso é reconhecer que se cuida de prova obtida por meios ilícitos, circunstancia que afeta o procedimento (inciso LVI do citado dispositivo), principalmente cuidando-se de crime de sonegação fiscal. Nulidade que se acolhe. Habeas Corpus deferido. (STJ, HC 3.912/RJ, Rel. Min. WILLIAN PATTERSON, publicado no DJU em 08.04.1996, p. 10490).

Não se deve deixar de verificar o entendimento lançado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, diante das exceções citadas pelo referido inciso. Como se observa nas seguintes ementas:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. Diante da previsão constitucional de que o domicílio é lugar inviolável, afigura-se indiscutível a excepcionalidade do estado flagrancial, no qual o direito do cidadão cede espaço ao bem da coletividade, podendo sofrer as mitigações do aparato repressivo. *In casu*, presente a figura do tráfico de entorpecentes, cuja permanência lhe é peculiar, garante-se aos agentes públicos o poder de adentrar o domicílio do suspeito, independentemente de mandado, para coibir e interromper a ação delituosa. Recurso desprovido (STJ, RHC 14946/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, publicado no DJ em 03.05.2004, p. 184).

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. SENTENÇA. PROVA ILÍCITA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA.

1. A Constituição Federal, assegurando a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI), não o faz de modo absoluto, inserindo, no rol das exceções à garantia, o caso de flagrante delito.
2. Ordem denegada (STJ, HC 24478/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, publicado no DJ em 10.05.2004, p. 348).

Ainda, e por fim, apenas visando demonstrar, o mesmo egrégio Tribunal Superior lança correta verificação e análise diante daquelas situações em que as provas são tidas como lícitas, pois obtidas mediante autorização e fiscalização judicial. Na seqüência transcreve-se decisões que sintetizam tal entendimento lançado por este tribunal:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PROVA. ESCUTA TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI Nº 9.296/96.

- Não contamina de nulidade o processo penal instaurado com base em prova obtida por meio de interceptação de linha telefônica, realizada com autorização judicial deferida após a edição da Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, do art. 5º, da Carta Magna.
- Em sede de investigação do crime de extorsão mediante seqüestro, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria.
- "Habeas corpus" denegado. (STJ, HC 7869/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, publicado no DJ em 09.11.1998, p. 285).

RHC. PROVAS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. VALIDADE.

1. Se a escuta estava autorizada judicialmente, através de despacho devidamente fundamentado, não há falar em prova ilícita ou inadmissível.
2. A apreciação da existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal e da possibilidade de utilização de outros meios de prova não se

coaduna com a via estreita do writ, pois demanda revolvimento do conjunto fático dos autos.

3. Recurso improvido. (STJ, RHC 9555/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, publicado no DJ em 12.06.2000, p. 135).

O e. Supremo Tribunal Federal já decidiu, no campo civil, que ninguém será obrigado a submeter-se a exame de sangue, para pesquisa de DNA, para investigação de paternidade. Justificada. Tal decisão, pela proteção constitucional da intimidade, da honra e da imagem da pessoa humana, bem como diante do entendimento, já consagrado, “de que ninguém pode ser obrigado a fazer prova contra sim mesmo”:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos (STF. Habeas Corpus 71373/RS. Rel. Min. FRANCISCO REZEK – Tribunal Pleno. Publicado no DJ em 10.11.1994).

O citado acórdão foi mencionado, com certo grau de importância, visto que o entendimento, por muitos, é o da possibilidade de serem usados dispositivos encontrados no Código de Processo Civil no deslinde de controvérsias no campo penal, caso a resposta buscada para determinada situação não se encontre no Código de Processo Penal.

Ainda no campo da jurisprudência, analise-se a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível sua consumação”,⁴⁷ tem-se que o flagrante preparado pela autoridade policial para desvendar crimes, além de configurar um crime putativo ou impossível, também se caracteriza como meio de prova inidôneo, portanto, inadmissível no direito brasileiro. Desta forma, o flagrante pode se constituir em prova ilícita, quando se constitui em uma armadilha. O flagrante preparado evidencia uma conduta abusiva e arbitrária na investigação de crimes.

Por toda a jurisprudência ora exposta observa-se que, como dito, as decisões proferidas pelos tribunais não caminham, de forma unânime, num mesmo sentido, mas, claramente, constata-se que a maior parte dos julgados proferidos conjuga pela inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, visando proteger e resguardar os direitos fundamentais inerentes à pessoa, dentre eles o da liberdade.

⁴⁷ Enunciado da Súmula 145 do STF, decisão proferida em 06.12.1963 e publicada no SUDIN Vol. 1, p. 82.

10. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, revela-se a importância do estudo quanto ao tema referente às provas ilícitas, uma vez que no Brasil a obtenção de prova através da violação de normas de direito material é vedada constitucionalmente.

O discurso sobre o fim da Justiça é a busca da verdade, o descobrimento da verdade real, mas tenha-se sempre em mente que esta busca não pode transmutar em um valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual. O meio utilizado para a obtenção de prova deve ser lícito e legalmente idôneo para cumprir com a finalidade processual almejada. Afinal, em momento algum o ordenamento autoriza que esta seja conseguida mediante a violação e ofensa às liberdades públicas; tudo ao contrário.

Assim, a aproximação à verdade deverá ser buscado através de atos, bem como, outras providências essencialmente lícitas, pois, absolutamente, nenhum preceito legal autoriza a “obtenção” da verdade “a qualquer preço”.

A busca de um conhecimento verdadeiro sobre os fatos, a fim de se chegar a uma conclusão, é função do juiz no processo. Contudo, essa procura sofre limitações baseadas em direitos constitucionais maiores, os quais protegem as próprias garantias fundamentais. O magistrado, destinatário das provas, em primeira análise, será aquele que decidirá sobre a admissibilidade, ou não, dessas no processo, utilizando-se de sua experiência, sensatez e cautela, mas, em hipótese alguma se poderia pensar que se estaria autorizando o juiz a pronunciar-se com base em provas ilícitas.

Indiscutível é a inadmissibilidade, em juízo, das provas obtidas ilicitamente, sendo este o entendimento correto e majoritário da doutrina atual, até porque apenas se estaria seguindo o preceito constitucionalmente protetivo, pois “são

inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, como estabelece o inciso LVI, do art. 5º, da CR/88.

Da interpretação deste dispositivo constitucional, verificou-se que dois são os princípios que dele pode-se retirar. Primeiro, são proibidas, além das provas obtidas contra a lei, qualquer que seja a natureza da norma, também as que violem costumes, a moral e princípios gerais do direito. Depois, verificou-se que a proibição não se refere somente ao valor a ser dado à prova ilícita, que se sabe ser nenhum, mas também traz um comando que indica o dever de seu desentranhamento dos autos se acaso ilegalmente entranhada.

Ressalta ANTONIO MILTON DE BARROS, que o Código Processual Penal não possui norma genérica a respeito do desentranhamento da prova ilícita, indicando a possibilidade de se aplicar o art. 145, IV, por interpretação extensiva, que determina o desentranhamento dos autos de documento tido como falso.⁴⁸

Observe-se, ainda, que a inadmissibilidade processual da prova obtida ilicitamente atua, também, com fins preventivos, pois a autoridade, ou as partes do processo, abster-se-iam de produzi-las, sabendo-se que não serão consideradas em juízo.

No entanto, infelizmente, ainda tem-se verificado no comportamento judicial, bem como dentre alguns autores, um exacerbado apego ao dogma da verdade real.

Uma das exceções ao princípio da exclusão da prova ilícita se baseia num equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes, ou seja, no chamado princípio da proporcionalidade. A admissibilidade da utilização deste critério pelos tribunais brasileiros, evidentemente, deve ser encarada como perigosa, pois pautada no subjetivismo.

Mesmo sendo majoritário hoje o entendimento pela inadmissibilidade, anteriormente ao advento da CR/88, havia quem admitisse as provas ilícitas no processo, porque o Estado não poderia se privar de solucionar os conflitos, devendo cegar-se em vistas ao irregular, para que se não verificassem impunidades. O e.

⁴⁸ BARROS, A. M. **Da prova no processo penal : apontamentos gerais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 37.

Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da promulgação da CR/88, não aceitava tais provas ilicitamente obtidas, eis que entendia pela sua inadmissibilidade, dando, assim, cumprimento ao que traria, na seqüência, o texto constitucional vigente. Apesar da CR/88, sufragar o entendimento quanto à inadmissibilidade das provas ilícitas, continuam vozes, na doutrina, a favor da admissibilidade das provas ilícitas, entendendo que o que está em jogo é o fim buscado e não o meio utilizado para a busca desse resultado. Além desta, ainda se verifica uma tese intermediária, a qual concebe o equilíbrio e a razoabilidade na avaliação de cada caso concreto, através da teoria da proporcionalidade.

Nesta mesma linha, refere-se à necessidade de se considerar a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, quais sejam, daquelas provas consideradas em si mesmas lícitas, porém que tenham chegado ao processo por intermédio de informação obtida por meio de prova ilicitamente colhida. Ora, diante do estudo aqui apresentado incontestável sua inadmissibilidade processual, pois, ao contrário, estar-se-ia incentivando a possibilidade de comprovação dos fatos através de métodos “indiretos”, tidos como violadores das normas de direito material, sabendo-se que estes levariam a uma possibilidade de comprovação considerada lícita, bem como se estaria, ao mesmo tempo, condenando e prestigiando um mesmo fato, o que é impossível. Atualmente, tanto a doutrina como a jurisprudência brasileira posicionam-se de forma praticamente unívoca, em não se admitir as provas ilícitas por derivação. Nesta mesma seara o e. Supremo Tribunal Federal também já se posicionou.

A relativização do princípio que veda a admissibilidade processual das provas ilícitas é uma questão bastante difícil, pois para se estabelecer um limite não se poderia fugir ao subjetivismo, o que viria a estabelecer diferentes hipóteses quanto à relativização deste, o que traria, como já dito, perigo e insegurança. Ora, diante dessa insuficiência trazida pelo subjetivismo, sustentar a relativização do princípio da vedação das provas ilícitas poderia ser o mesmo que retroceder, tendo em mente a busca da verdade real de forma incondicionada, pois, certamente, a

relativização visaria este fim, passando-se por cima de todos os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Embora muitos continuem sufragando pensamento oposto àquele consagrado constitucionalmente, irrefragável é que, enquanto este se mantiver em vigor, todos deverão se curvar à sua observância.

Diante disto, não há como se refutar à imperatividade da referida norma constitucional, porquanto a prova ilícita não tem qualquer valor em juízo. Assim, não pode o julgador se basear nela para decidir.

Indiscutível que, para se garantir a segurança social, bem como o desenvolvimento de um Estado de Direito Democrático, é preferível que fique um crime impune do que se outorgar eficácia à prova que o desvendou, quando coligida com violação dos direitos fundamentais do acusado. Enfim, admitir provas ilícitas em juízo seria o mesmo que a autoridade ensinar o desprezo pela lei e encorajar a anarquia.

Diante deste modelo cognitivo defendido majoritariamente, a prova deve estar fortemente ligada aos preceitos da legalidade e, principalmente, aos ditames constitucionais que albergam as garantias e os direitos fundamentais.

No direito brasileiro, a jurisprudência, mesmo ainda não pacificada, sempre se manifestou, e continua se manifestando, no sentido de admitir a prova ilícita, obtida mediante a violação dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Absurdamente contrária ao preceito constitucional que sufraga o entendimento quanto a inadmissibilidade das provas ilícitas, preceito este que deveria ser tido como intransponível, por ser cláusula pétrea, e mais, pelo fato de ser princípio garantidor dos princípios fundamentais inerentes à pessoa.

11. **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, J. C. M. de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra : Coimbra, 1992.

ARANHA, Alberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 1994.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas : interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas atualizada em face da Lei 9296/96**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

BARROS, Antonio Milton de. **Da prova no processo penal: apontamentos gerais**. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2001.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interceptação telefonica para fins penais inadmissibilidade de prova ilícita ; cabimento de mandado de segurança e não de habeas corpus. cf, art. 5, xii, lvi e lxi.** Genesis : Revista de Direito Administrativo Aplicado, vol 2 n 6 p 733 a 748 set 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte.** Riv.dir. civ, 7º, 1961.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes **Provas ilícitas.** São Paulo : Saraiva, 2000.

CARNELLUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el processo penal.** V1. Buenos Aires : Europa-America, 1950.

CARNELLUTTI, Francesco. **Teoria Generale Del Diritto.** Terza Edizione emendate e ampliata. Roma : Soc ed. del foro italiano, 1951.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale.** Quinto edizione. Milano : Giuffrè Editore, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coordenador). **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

DOTTI, René Ariel. **A proteção da vida privada e liberdade de informação.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.

FERNANDES, A. S. **Processo penal constitucional.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas ilícitas e recurso extraordinário in : Provas ilícitas e reforma pontual.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** São Paulo : Saraiva, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** São Paulo : Saraiva, 1996.

JUNQUEIRA, Roberto de Rezende. **Do livre convencimento do juiz e seus poderes na aplicação das pena.** RT 483.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Provas ilícitas.** Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, SP, nº 14/98, p. 288/296.

LIMA, Marcellus Polastri. **A prova penal.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas : Bookseller, 1997, v. II.

MELLO, Rodrigo Pereira de. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional.** Campinas : Bookseller, 1997, v.II.

MELLO, Rodrigo Pereira de, Orientador: Dr. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Provas ilícitas, uma questão constitucional.** São Paulo : Universidade de São Paulo, 1999.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória.** Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2001.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito** *in* : Provas ilícitas e reforma pontual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p.13-31.

NOBILI, Massimo. **La nuova procedura penale**. Bolonia : Editrice Clueb Bologna, 1989.

NORONHA, E. M. **Curso de direito processual penal**. 25ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

NUVOLONE, Pietro. *Lê prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in Riv. dir. proc., 1966.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal prova ilícita, prova por precatória, depoimento infantil, declarações da vítima, reconhecimento fotografico** Fernando de Almeida Pedroso. Rio de Janeiro : Aide, 1994.

PELLEGRINI, Ada Grinover. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

PELLEGRINI, Ada Grinover. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª ed. atual., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

PELLEGRINI, Ada Grinover **As Provas ilícitas na constituição** *in* : Livro de estudos jurídicos, v.3, p.18-32.

PEREIRA, L. A. F. **Da prova penal e sua interpretação constitucional**. Leme-SP : Livraria de Direito, 1995.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

ROSENBERG, Leo. **La Carga De La Prueba**. Tradução por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa – America, 1956.

SILVA, César Dário Mariano da. **Provas ilícitas**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo : Leud, 2002.

SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da. **Provas ilícitas com ênfase na interceptação telefônica in : Processo penal especial**, Guarulhos/SP : Saraiva, 2001, p. 57-93.

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18ª ed., v. 3, São Paulo : Saraiva, 1997.

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

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução por Federico Carotti. 2^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

VESCOVI, Enrique. **Provas ilícitas**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Vols. 13/15.