

IDP - BIBLIOTECA

CAMILA ALEXANDRA ALMEIDA DA MATA

**INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA: NECESSIDADE DE
FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS ANTE O ENCESSAMENTO PROPOSTO PELO
MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Brasília

2007

CAMILA ALEXANDRA ALMEIDA DA MATA

**INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA: NECESSIDADE DE
FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS ANTE O ENCESSAMENTO PROPOSTO PELO
MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Brasília

2007

“É o fim da lei penal a repressão do delito; antes, porém, de punir um crime, deve-se verificar a sua existência; daí a necessidade da prova... Quando é manifesta a prova, segue-se sempre a imposição da pena; e, por mais imperfeita que esta seja, não é menos exato que se dá o castigo, a reparação, e, pois, ganho de causa para justiça. Quando, porém, ao contrario, é a prova mal regulada, a sentença do juiz, em vez da verdade, pode decretar o erro; condenar o inocente, em vez do culpado; lançar a desconfiança em todos os espíritos e destruir, mesmo em seu princípio, o respeito à lei, essa base sagrada da ordem pública.”

Mittermaier

A Deus, primeiramente, grande mentor, fonte de inspiração e sabedoria, por ouvir minhas preces insistentes, meus anseios, temores e ao final do dia sempre me acalmar com a certeza de sua presença. E como não poderia deixar de ser, a todos que me apoiaram, pois a vocês pertence meu sucesso.

RESUMO

Este trabalho científico pretende demonstrar que, a despeito do sistema constitucional brasileiro não admitir o uso de provas obtidas ilicitamente, o regramento deve ser interpretado *cum grano salis*, eis que em alguns casos a utilização do positivismo extremado pode resultar em uma maior lesividade ao bem jurídico que se deve proteger. Assim, no intuito de se obter uma atuação jurisdicional em busca do justo e em atendimento ao bem comum é que se faz necessária a análise de cada caso concreto para apreciação da matéria em análise.

ABSTRACT

This scientific work intends to demonstrate that in spite of the Brazilian constitutional system inadmissibility to illegally obtained evidences; this rule must be interpreted with *grano salis*, since there are some cases in which the use of extreme textualism produces more damage to the protected interests. Thus, to achieve the fairest judicial position and in attempt of the well-being, in each legal case a specific examination must be done.

SUMÁRIO

RESUMO	IV
ABSTRACT	V
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL	4
1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	4
1.1.1 O Princípio da Ampla Defesa	6
1.1.2 O princípio do Contraditório	6
1.2 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL OU MATERIAL	7
1.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DO ESTADO DE INOCÊNCIA	9
1.4 PRINCÍPIO DO FAVOR REI	10
2 O CONCEITO DE PROVA NO PROCESSO PENAL E SUA FINALIDADE	12
2.1 O CONCEITO DE PROVA	12
2.2 DO OBJETO DA PROVA	13
2.3 DOS MEIOS DE AVALIAÇÃO DA PROVA	14
2.4 DO ÔNUS DA PROVA E SEUS MEIOS	17
3 DAS PROVAS ILÍCITAS	20
4 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO - OS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	24
4.1 CASOS CONTROVERTIDOS	30
4.1.1 Teoria do encontro fortuito de provas	30
4.1.2 Das provas consideradas lícitas em razão de excludente de ilicitude	31
5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	33
5.1 A EXCLUSIONARY RULE DO SISTEMA NORTE-AMERICANO E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO NACIONAL	38
6 A ILEGITIMIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS	44
6.1 EXCEÇÕES INCOMUNS	51
6.1.1 Independant Source	51
6.1.2 Inevitable Discovery	52
6.1.3 The Good Faith Exception e The Purged Taint	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ao estudo das provas no direito substantivo e adjetivo, mormente em matéria penal, enfocando, prioritariamente, o tratamento deferido à utilização, *rectius* à não utilização, das provas ilícitas no ordenamento jurídico pátrio. É assunto de infindáveis refregas nos tribunais, ainda capaz de gerar grandes dissidências na doutrina, principalmente ao nível de direito comparado, e em menor grau na jurisprudência interna.

A primeira parte deste trabalho decompõe os princípios aplicáveis ao processo penal, máxime o princípio do devido processo legal, que “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção da liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (...)”¹, tendo como corolários a ampla defesa e o contraditório. Alude-se, ainda, ao princípio da verdade real ou material como legitimador do direito Estatal de punir no exato limite da responsabilidade de quem praticou o ilícito.

O segundo capítulo traz uma análise percuciente sobre a prova, que em suas várias acepções quer dizer, entre outras coisas, confirmação, verificação. Apenas à guisa de introduzir o assunto, para Alexandre Freitas Câmara prova é todo elemento que contribui para formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu, será chamado de prova. Assim, percebe-se que a prova tem por sua maior finalidade o convencimento do magistrado para que este decida a causa.²

¹ MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 94.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 403.

O terceiro capítulo evidencia que nem toda prova está apta a convencer o juiz, explanando a respeito daquelas que são acolhidas como hábeis a adentrar no mundo jurídico. A prova ilícita é aquela colhida com defloramento do direito material, ou seja, em flagrante desrespeito às normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais. *A fortiori* a Constituição brasileira em seu artigo 5º, inciso LVI dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Tal preceito denota a intenção do novo modelo político adotado em nosso país a partir de 1988, qual seja, o Estado Democrático de Direito, cujo pilar é um governo pelo povo, indissoluvelmente conectado à limitação do poder, visando proteger a liberdade, segurança, justiça e igualdade de direitos.

O capítulo seguinte versa sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, criação da Suprema Corte norte-americana, que prega pela contaminação atávica das provas derivadas de provas ilícitas, não podendo ser, igualmente, utilizadas no processo. A doutrina é ainda dissidente no que tange a aceitação desta prova, não obstante, a jurisprudência parece ter sedimentado, precipitadamente, entendimento rígido acerca de sua inadmissibilidade. O Supremo Tribunal Federal, tanto quanto o Superior Tribunal de Justiça, este em nível máximo infraconstitucional, adotam tal teoria, conquanto Júlio Fabrini Mirabete, um dos doutrinadores aversos, obtempera que tendo a Constituição Federal vedado somente a admissibilidade das provas ilícitas, sem, contudo, se referir às derivadas, abriu margem à interpretação de que estas poderão ser admitidas no processo.³

O penúltimo capítulo analisa o vetusto princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha e sua dupla dimensão, revelando que é utilizado com o propósito de sopesar os bens jurídicos protegidos e os atingidos a fim de se verificar qual deverá prevalecer. Com isso a prova *a priori* considerada ilícita passa a ser lícita, ou melhor, ainda que considerada ilícita, sua admissibilidade possui um grau de lesividade menor ao ordenamento jurídico e maior proteção à sociedade do que sua declaração de inexistência, tornando-a apta para instruir o processo e, via de consequência, influenciar na convicção do julgador.

Por fim, o último capítulo analisa a legitimidade das provas ilícitas, seja em proveito do réu, como instrumento de legítima defesa ou estado de necessidade, conforme o entendimento adotado, seja com a finalidade de resguardar as liberdades públicas, ou ainda

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44

por meio das exceções importadas do direito norte-americano. Destarte, confrontados dois bens jurídicos fundamentais, deve-se prevalecer o mais relevante, sendo a liberdade, v.g., um bem jurídico elevado à categoria de direito fundamental e cuja previsão não se limita à ordem constitucional interna (ressaltada desde o preâmbulo da Carta Magna), mas a própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas em seu art.29 consigna, *verbis*:

“Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretada no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração”(sic).⁴

Data permissa, não pretendemos desta forma afirmar que os demais direitos não mereçam ser tutelados e protegidos, mas rigorosamente afirmamos, *per summa capita*, que para se privar o indivíduo da liberdade, além da observância ao princípio do devido processo legal, deve-se ter em consideração o contraditório e a ampla defesa, que, no mais das vezes, somente é possível através de provas obtidas de forma considerada ilícita.

⁴ MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 28.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO PENAL

1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, nas brilhantes palavras de Paulo Rangel, é o “reitor de todo arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele”⁵. Tal princípio decorre da infundável busca do homem pela liberdade, esta tida em sentido amplo e não somente como limite à locomoção. Historicamente, provém do direito anglo-saxão que através da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, de João Sem Terra, evidenciou pela primeira vez de modo incontestado, que pessoa alguma, independente do poder que auferisse, estaria acima da lei, assegurando em seu parágrafo trinta e nove, *in verbis*: “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele **senão mediante um julgamento legal** pelos seus pares ou pelo costume da terra”⁶ (grifamos).

Ainda na seara do Direito Norte-Americano, tal princípio foi erigido a norma Constitucional por meio da Emenda XV:

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos da América e sujeitos à sua jurisdição, são cidadãos do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade **sem processo legal regular**, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.”(grifamos)⁷

No ordenamento jurídico pátrio a Carta Política prescreve em seu artigo 5º, inciso LV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo

⁵ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 05.

⁶ RONDOW, Cristian de Sales Van. **Devido Processo legal à luz do acesso à justiça como garantia constitucional do autor e do réu**. Disponível em <<http://www.jus.com.br//66.54.91.48/texto.asp?id=2939>> Acesso em: 11 maio de 2006.

⁷ *Idem*.

legal”. Tal princípio não é exclusividade brasileira ou norte-americana, como decorrência lógica de um país democrático, pois encontra guarida em diversas outras Constituições, havendo prescrição inclusive na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que asseverava já em 1789 que “ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos(...)”⁸.

E, ainda nesse sentir, a Declaração das Nações Unidas de 1948, em seu artigo IX, repete o já preceituado, consignando que “ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.”

A limine torna o devido processo legal um princípio constitucional norteador do próprio Estado Democrático de Direito, donde decorrem tantos outros fundamentos do processo penal. Nesta linha de raciocínio vale trazer a cotejo o lúcido ensinamento de José Frederico Marques, onde adverte que “a supremacia da Constituição sobre as leis de processo tem, por fim, impedir que este, como instrumento de garantia, possa ser desnaturado em prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar”⁹.

O direito insculpido no princípio ora analisado visa “proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado”¹⁰, ou seja, a atuação estatal é limitada, uma vez que “todas as formalidades são observadas”¹¹, evitando-se, destarte, abusos. De igual sorte, não poderíamos deixar de colacionar entendimento de Alexandre de Moraes que assim obtempera: “o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (...)”¹²

⁸ ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/66.54.91.48doutrina/texto.asp?id=2416>> Acesso em: 01 agosto. 2006.

⁹ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. Vol. 1, p. 151.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. Vol. 2, p. 261.

¹¹ JÚNIOR, J. Cretella. **Comentários à Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. Vol. 1, p. 530.

¹² MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 94

A Carta Política em seu artigo 5º, inciso LV, prescreve que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. E é através deste princípio que outros direitos e garantias derivam, dentre os quais se destacam os princípios do contraditório e da ampla defesa, que serão em seguida analisados.

1.1.1 O Princípio da Ampla Defesa

Consoante Fernando Tourinho Filho o princípio do contraditório e o da ampla defesa “consustancia-se na velha parêmia: *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida. Assim, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa¹³”.

Neste ínterim, tem-se ampla defesa como sendo a possibilidade do réu trazer ao processo todos os elementos que lhe aproveitem com o fito de demonstrar sua inocência, ainda que isto signifique manter-se calado, donde deriva o direito ao silêncio e a não auto-incriminação, também erigidos a postulados constitucionais.

O momento é oportuno para colacionar o ponderado por Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴:

“Conquanto possa ser justificado sob fundamentação diversa, porque não se pode esperar outra atitude de um Estado que se proclama democrático e de Direito, é possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu até mesmo de provas obtidas *ilicitamente*, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível. E isso porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art. 5º, CF). De mais a mais, tratando-se de prova destinada à demonstração da inocência, poder-se-á alegar até mesmo a exclusão de sua ilicitude, impondo-se uma leitura mais ampla do *estado de necessidade*, para o fim de não se exigir a ciência do agente acerca da *necessidade* do comportamento e/ou de sua *eminência*.”

1.1.2 O princípio do Contraditório

O contraditório, por outro lado, apesar de por muitos ser considerado sinonímia do princípio supramencionado, “compreende ao réu, ser informado sobre a

¹³ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Vol 1, p.49.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 30/31.

existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir¹⁵”. O contraditório, ao lado da acima estudada ampla defesa, constitui pedra fundamental do direito adjetivo e um dos princípios mais significativos em se tratando de disciplina penal, não apenas por constituir garantia ao cidadão, mas, principalmente, por colocar as partes (acusação e defesa) em condições de igualdade em direitos e obrigações. Por esta razão tem-se por acertado o entendimento do Excelso Pretório ao editar a Súmula nº 707.¹⁶

Resta evidente, portanto, que o princípio do devido processo legal, funciona como verdadeira garantia aos direitos fundamentais do homem, dentre os quais destacam-se a vida e a liberdade.

1.2 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL OU MATERIAL

O moderno Estado de Direito abomina qualquer tipo de infringência às garantias individuais, consoante se verifica pela adoção de medidas proibitivas e assecuratórias internacionais como o notório Pacto de São José da Costa Rica. Assim, sendo o Estado detentor do *ius puniendi*, isto é, o poder de punir aquele que comete uma infração penal, deve se atentar ao fiel cumprimento da vontade legal, bem como às condutas morais mínimas a fim de que este poder não seja realizado de maneira arbitrária.

O Brasil adota o sistema acusatório como modelo de atuação, com intuito claro de ilegitimar eventuais desvios de autoridades que sob o pretense argumento de buscar a verdade real possam acometer.

É de clareza solar que, para o Estado efetivar esse poder punitivo, *ex ante* é necessário coletar elementos materiais suficientes a comprovar o ilícito penal. Desta busca decorre o chamado princípio da verdade real, cuja finalidade é “catalisar elementos probatórios aptos a demonstrar com segurança imutável quem realmente praticou o crime e o

¹⁵ JÚNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

¹⁶ “Súmula 707: Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.” Pela gravidade com que é tratada a ausência de contraditório verifica-se a imposição da nulidade do processo.

modo como ele foi na realidade executado¹⁷”(sic). Júlio Fabbrini Mirabete explicita que “com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes”¹⁸.

Neste aspecto salta aos olhos a diferença entre o direito processual civil e o direito processual penal, eis que para aquele a certeza pode ser obtida por vias indiretas, *verbi gratia* a ausência de impugnação aos fatos, consubstanciada na confissão ficta, conquanto este exige a materialização da prova para se obter a almejada certeza¹⁹.

O Princípio em análise, sinteticamente conceituado, consiste na busca estatal pela verdade independente dos meios utilizados para tal, olvidando-se um pouco do alhures comentado modelo acusatório e reencontrando o vetusto modelo inquisitório. É certo, também, que desta forma, propicia ao acusado somente sofrer o decreto condenatório mediante sentença fundamentada com base em provas incontroversas.

Ressalte-se que, em sendo o conjunto probatório frágil ou pairando sobre ele qualquer dúvida, deve o réu ser absolvido, com espeque no princípio do *in dubio pro reo*, inserto no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Visa-se, assim, preservar a segurança jurídica, impedindo que as pessoa vejam sua liberdade cerceada sem provas contundentes a respeito do fato, isto é, através de meros indícios.

Tendo em vista que há limites para realização do Direito, bem como o que se exige é a busca da verdade possível (por possível entenda-se os meios probatórios que não ferem o devido processo legal)²⁰, este princípio sofre mitigações em nosso ordenamento jurídico, por isso acredita Júlio Fabbrini Mirabete que “no processo penal brasileiro o princípio da verdade real não vige em sua toda inteireza. Não se permite que, após uma absolvição

¹⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, 1997. vol. 1, p.64-65.

¹⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 289.

²⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. Ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006, p. 08.

transitada em julgado seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente.²¹”

A doutrina alemã moderna sustenta que o princípio da verdade real não pode vigor em sua integridade, vez que devem ser atribuídas certas restrições à forma de obtenção da prova, mirando o respeito aos direitos personalíssimos e aos direitos fundamentais do homem.

A esse respeito preleciona Paulo Rangel²²:

“Devemos acrescentar que um dos limites impostos à busca da verdade é o respeito à dignidade da pessoa humana (cf. Art. 1º, III, da CRFB), sendo proibidas em nosso sistema constitucional as provas obtidas por meios ilícitos (cf. Art. 5º, LVI, da CRFB). Neste caso o juiz vê-se impedido, diante o binômio *defesa social x direito de liberdade*, de prosseguir na busca da verdade sem ofender um dos princípios e garantias fundamentais (cf. Item 7.5.3 *infra*).”(sic)

Assim, consiste o princípio em tela, no ordenamento jurídico brasileiro moderno, em buscar a verdade possível, sobrepujando a razão à emoção dos fatos, posto que uma sentença condenatória fulcrada em provas insuficientes ou inconsistentes pode ocasionar à parte acusada danos irreparáveis, no que valem como ouro as palavras de Ferrajoli: “Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade.”²³

1.3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DO ESTADO DE INOCÊNCIA

Enuncia a Carta Política, em seu artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, conceitua, destarte, o princípio da presunção de inocência, cuja origem remete ao iluminismo, como reação ao sistema persecutório canônico e ao sistema das ordálias (os juízos de Deus).²⁴

Pela análise literal do texto constitucional apontado, não consagrou o constituinte originário a fórmula proposta pela Declaração dos direito do Homem e do

²¹ Ibidem, nota 18.

²² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006, p. 08.

²³ *Apud* RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006, p. 07.

²⁴ Época de terror cujos métodos de apuração de provas consistia em submeter o acusado v.g. a pisar em brasas e sair ileso para provar sua inocência.

cidadão para conceituar o princípio como sendo da presunção de inocência²⁵, mas sim fê-lo como sendo a desconsideração prévia da culpabilidade. Embora despidiend a diferenciação acima proposta, constamos apenas para registro.

Tal princípio é decorrente do sistema acusatório, com pilares na dignidade e liberdade de locomoção do acusado, desaguando em dois preceitos, sendo o primeiro de que no direito penal o ônus da prova incumbe àquele que acusa/imputa fato típico a alguém, bem como, quedando alguma dúvida a respeito da autoria de determinado crime, deve ser o réu inocentado.

Diverge, drasticamente, neste aspecto do sistema autorizador de presunções fictas do direito processual civil, eis que a existência de dúvida no âmbito penal põe em risco um dos direitos que mais se busca tutelar, qual seja, o da liberdade. E mais, para que se tenha uma aplicação efetiva de tal princípio é necessário que todo o processo seja conduzido de sorte a ser dispensado ao réu um tratamento condizente com esta presunção de inocência, ou seja, os eventuais constrangimentos, medidas restritivas e coercitivas devem ser operadas no limite do extremante necessário para manutenção da dignidade humana.

Não se pretende com isso gerar impunidade, ou impedir sistemas prisionais preventivos, mas tão somente evitar arbitrariedades. A esse respeito o STJ elaborou a Súmula nº 09, dispondo que “a exigência de prisão provisória para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

1.4 PRINCÍPIO DO FAVOR REI

Tal princípio se enlaça com o supraconceituado principio da presunção de inocência, bem como o definido no brocardo *in dubio pro réu*. É a expressão de que o Estado, em face de situações dúbias, procure sempre a alternativa mais favorável ao réu, seja no confronto aparente de normas, seja através de interpretações antagônicas, ou, ainda, através da insuficiência probatória carreada aos autos.

²⁵ Afirma o artigo 9º do citado instrumento que “Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado para efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.” Note-se que conquanto a Carta Magna consigna que ninguém será considerado culpado (denotando a desconsideração prévia da culpa), os demais diplomas internacionais prevêm que todos serão considerados inocentes.

Neste diapasão finca-se o axioma jurídico *absolvere nocentem satius est, quam condemnare innocentem*, isto é, o juiz, ao analisar o conjunto probatório e não obter a certeza acerca da situação, pode deparar-se com dois caminhos, o de condenar um inocente ou de absolver um culpado, e em sendo assim, deve-se dar preferência a este.

2 O CONCEITO DE PROVA NO PROCESSO PENAL E SUA FINALIDADE

O capítulo anterior incumbiu-se de esboçar acerca dos princípios fundamentais em que se baseia o arcabouço jurídico nacional, como optante de um regime político democrata que oferece as mesmas oportunidades às partes do processo. Contudo, neste momento adentraremos em uma pesquisa mais específica acerca das provas.

2.1 O CONCEITO DE PROVA

Inicialmente afirmamos que o conceito de prova e seu objeto remontam aos princípios outrora estudados, bem como, ainda que superficialmente, ao próprio direito de ação em sua mais pura versão liebmaniana. Neste momento faremos uma análise mais acurada a respeito das provas e sua finalidade.

Nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci “a palavra prova vem do latim *probatio*, tendo por significado, verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e derivando do verbo *probare*, que significa provar, ensaiar, verificar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar²⁶”.

Nesse mesmo sentido, conceitua Antônio Magalhães Gomes Filho, *verbis*:

“Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações, indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo Juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades²⁷”.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

²⁷ Op. Cit, p. 41-42.

Já para Magalhães Noronha “provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si, e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato”²⁸.

Nos dizeres de Malatesta “ é a relação concreta entre a verdade objetiva e a certeza subjetiva. E como a certeza encontra sua perfeição na convicção racional, que se resolve na consciência da certeza consentida e segura, assim, concluindo, pode-se dizer que é a prova particular e concreta entre a verdade e a convicção racional²⁹”.

Depreende-se da apresentação dos conceitos formulados pelos brilhantes mestres que prova significa a forma ou instrumento de que dispõe o homem para atestar a veracidade de algo.

2.2 DO OBJETO DA PROVA

Sua maior finalidade é persuadir o juiz de que aquilo que se afirma é a verdade real, eis que este, como personificação do Estado na prestação da tutela jurisdicional, é o seu destinatário. Nisto repousa a máxima *ex probatione oritur fides iures*.³⁰

A esse respeito Greco Filho assevera que “no processo, a prova não tem um fim em si mesmo ou fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado³¹”.

Também acredita César Dario Mariano da Silva que o propósito da prova é guiar o Estado-juiz no combate às infrações de ordem pública, impondo-se-lhe as penas cabíveis.³² Afinal, a verdade tanto almejada não está circunscrita ao processo, mesmo porque

²⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 113.

²⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1999, vol. 1, p. 84.

³⁰ Significa que da prova nasce a fé jurídica.

³¹ FILHO, Vicente Greco. **Manual de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

³² SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos**. São Paulo: , 1999, p. 14.

este, como se sabe, não é um fim em si mesmo, mas um importante instrumento para dirimir conflitos, o que somente se alcança pelo pronunciamento justo feito pelo magistrado.³³

Entretanto, ressalte-se que não é o Estado-juiz o único destinatário da prova, eis que às partes também são endereçadas as provas, muito embora a estas (partes) tal ocorra de forma indireta. Assim é que se diz que uma vez produzida, a prova é do juízo e não mais das partes.

2.3 DOS MEIOS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Em relação à avaliação das provas, foram criados três sistemas de valoração: o da prova legal, o da íntima convicção e o da persuasão racional ou do livre convencimento (motivado).

Por oportuno, trazemos à baila a sintetização de tais sistemas feita por Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça:

“No sistema das provas legais, o juiz aferia a prova diante de uma hierarquia legal, tratando-se do sistema adotado no direito romano primitivo, bem como no direito medieval, onde predominava a aplicação mecânica da lei. No sistema da íntima convicção ou prova livre, diversamente do sistema das provas legais, consagra a idéia de que a valoração é livre, dispensando a justificação dos motivos que permitiriam o convencimento final. Aplica-se no julgamento pelo Tribunal do Júri que consagra a soberania dos veredictos, nos termos do artigo 5º, XXXVIII, c, da Carta Magna. O sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, em regra admite todos os meios desde que não violem a moral, as leis, e a Constituição. Há uma completa e irrestrita valoração das provas por parte dos juízes, não havendo, contudo, hierarquia sobre as mesmas. A todas as provas se confere um caráter relativo, exatamente pela possibilidade da valoração livre pelo magistrado³⁴”.

Nesse sentir, há de se lembrar a existência, em um primeiro momento, do primitivo sistema das ordálias, onde os meios de prova utilizados eram, no mínimo, extravagantes, para não dizer cruéis, onde acreditava-se que aquele que fosse inocente, ou que estivesse salvaguardado pela razão, receberia a proteção divina, não sendo atingidos por

³³ FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.

³⁴ Mendonça, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória**. Rio de Janeiro: 2001, p. 38-40

aqueles métodos (v.g. aquele que fosse inocente e fosse atirado a um rio com uma pedra mui pesada amarrada em seus pés sobreviveria, através da intervenção divina).

Esse sistema evoluiu, e muito, para o da chamada prova legal, sendo certo que neste, apesar de não ser o mais justo, significou um avanço enorme em relação ao seu antecedente. Consistia na atribuição de pesos a cada tipo de prova, de sorte que, ao final, bastava ao juiz fazer uma contagem matemática do valor de cada prova para se chegar a um resultado. Este sistema foi, em tese, superado, em razão de não propiciar ao juiz uma análise do conjunto probatório como um todo, mas apenas a avaliação individualizada de cada prova carreada aos autos com uma nota prévia.

Sendo novamente suplantado o sistema adotado, chega-se ao da íntima convicção, onde foi concedida ampla liberdade ao julgador para formar seu convencimento, o que significa dizer que sua convicção será formada da forma que lhe parecer adequada, através de fatos e impressões, inclusive aqueles a que teve ciência extrajudicialmente.

Obviamente que tal método não é o mais correto por propiciar incorreções por parte de juizes descomprometidos com o peso da toga que ostentam, contudo, abriu caminho para se chegar ao atualmente utilizado método da persuasão racional, ou do livre convencimento, onde permanece a ampla liberdade do magistrado, não obstante a motivação que deverá fornecer para indicar os caminhos de seu convencimento.

Neste último, o juiz deve manter-se adstrito às provas carreadas aos autos, em nome da sentença proverbial *quod non est in acti non est in mundo*, assim, o que se depreende é que foram impostos limites à liberdade outrora concedida ao magistrado, quais sejam: ater-se às provas constantes dos autos e a fundamentação que baseia seu livre convencimento.³⁵

Assim, o objetivo da prova é obviamente buscar a certeza que embasará o pronunciamento, salientando-se que em sede de direito penal, não há juízo de verossimilhança

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 413/414.

ou probabilidade para um provimento final, evitando-se desta forma, aviltamento da liberdade do indivíduo.

E não é outro o entendimento jurisprudencial:

“*Princípio do livre convencimento* – STJ: “O Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo utilizar, para formação de sua convicção, elementos outros provados nos autos. Incidência do princípio do livre convencimento do Juiz, inscrito no Código de Processo penal, art. 157”(RT 762/569-70). TJSC: “Ante nosso Direito Processual **não há provas tarifadas**. Vigora o princípio do livre convencimento do juiz. Provas regularmente obtidas no inquérito policial, não elididas na instrução, servem ao conhecimento, inclusive para lastrear decreto condenatório. Hipótese de crimes contra o patrimônio cometidos sem testemunhas. Indícios veementes de autoria, decorrência das declarações das vítimas e receptadores, incriminadoras dos apelantes”(JCAT 80/551). TAMG: “É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que **induzam àquele convencimento de maneira induvidosa**”(RT 673/357)”(grifamos)

E mais, elucidativo foi o voto-vencedor do Ministro Marco Aurélio engrandecendo a jurisprudência do Pretório Excelso ao afirmar que “...toda vez que se está diante de uma situação ambígua quanto à aplicação de normas instrumentais, é preciso caminhar-se no sentido de viabilizar o exercício do direito de defesa. Se essa lição, de Coquejo Costa, sempre se fez oportuna no processo do trabalho, o que diremos caso em jogo a liberdade do cidadão? Quando se está na instrução de uma pena restritiva do exercício do direito de liberdade, cuidado maior há de ter com a viabilização da defesa³⁶”.

Cabe ressaltar que não são objeto de prova os fatos incontrovertidos, em outras palavras, o que é notório não precisa ser demonstrado. Excepcionalmente admite-se prova acerca de direito, eis que *iura novit curia*, sendo um exemplo legal o previsto no artigo 337 do CPC, no qual, pode o juiz determinar que a parte comprove norma de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº 80948/RS. Relator: Marco Aurélio. Data de julgamento: 07.08.2001.DJ de 04.08.2000, p. 3. Neste julgamento restou ementado: “PROVA- REALIZAÇÃO – DEFESA – EXERCÍCIO.O direito de defesa confunde-se com a noção de devido processo legal, preservando, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana – artigos 1º e 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Ambígua a situação, tal direito há de ser viabilizado à exaustão (Coquejo Costa), óptica robustecida quando em jogo o exercício da liberdade de ir e vir”.

2.4 DO ÔNUS DA PROVA E SEUS MEIOS

Em nosso ordenamento jurídico, os meios de prova são todos aqueles utilizados pelo juiz, direta ou indiretamente, a fim de chegar à verdade dos fatos, estando ou não previstos em lei, dentre eles encontram-se as acareações, os depoimentos, as inspeções, os indícios *et alii*.³⁷

Ademais, a lei não é taxativa ao elencar os meios de prova admitidos, tendo o Código de Processo Penal deixado em seu art. 332 a possibilidade de qualquer meio de prova moralmente legítimo ser admitido.

Outro ponto de extrema relevância diz respeito ao ônus da prova. Primeiramente cumpre esclarecer que ônus significa fardo, peso, o que, no âmbito processual, refere-se ao encargo da parte de comprovar determinado fato ou tese. A regra ínsita no artigo 156 do Código de Processo Penal é a de que a prova cabe a quem alegou, e somente este será prejudicado por sua ineficiência, aliás, já dizia o vetusto adágio *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*, ou seja, nada alegar ou alegar e não provar significam a mesma coisa.

Paulo Rangel, em sua visão de promotor de justiça, afirma que a regra contida no inciso LVII do artigo 5º constitucional não apenas suscitou o princípio da presunção de inocência, mas, por vias transversas, creditou ao Ministério Público o ônus da prova, *a fortiori*, ao réu não cabe mais provar sua inocência, mas ao Ministério Público cabe provar a inexistência da inculpação, concluindo que hoje o ônus da prova é todo do Ministério Público.

No sentido do exposto, transcrevemos :

“Assim, sejam as causas de exclusão da ilicitude, de culpabilidade ou extinção da punibilidade, bem como os elementos subjetivos do tipo (dolo ou culpa), o ônus de provar ou não sua existência é do Ministério Público.

(...)

O Ministério Público, assim, deve provar a existência do fato típico, ilícito e culpável, narrado na denúncia e praticado pelo réu, assumindo, por inteiro, o ônus da acusação feita.

³⁷ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 382.

O réu, ao alegar uma causa de exclusão da ilicitude, impõe ao Ministério Público o ônus de provar que os elementos que integram esta figura permissiva não estão presentes(...)" (grifamos)

Prossegue colacionando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral.

(...)

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação do acusado provar a sua própria inocência (...)"(HC-73338/RJ. *Habeas Corpus*. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação DJ:19/12/1996, p.51.766. Julgamento: 13/8/1996. Primeira Turma)³⁸

Significaria dizer, através de uma interpretação literal que caberia ao dito órgão sobrepujar-se às partes e fazer-lhes o papel. Na realidade, o que se deve apreender é que, de fato, grande parte da persecução penal cabe ao Ministério Público, nisto incluso o ônus probatório, mas ressalvas devem ser feitas.

Na verdade, o ônus da prova cabe ao autor da tese suscitada. Destarte, ao autor (o que em muito coincide com o Ministério Público) cabe o dever de provar o alegado contra o acusado, tendo este, por sua vez, a obrigação de provar os fatos aventados em defesa, como por exemplo uma excludente de culpabilidade. Caso assim não fosse, inviabilizar-se-ia qualquer tipo de condenação.

Perfilha desse entendimento Tourinho Filho³⁹, *verbis*:

"Para evitar esse risco ou prejuízo, devem as partes procurar provar a tese levantada, pois, sem embargo daquela faculdade do Juiz, o descaso, conforme adverte Espínola Filho, poderá trazer-lhes amargas decepções.

³⁸ *Apud* RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 11. Ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2006, p. 26, 27, 29.

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal.18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. III, p. 238.

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza de presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte objecti, quer a parte subjecti, deve ficar a cargo da acusação.

Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et réus in excipiendo fit actor...* Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.”

Por fim, cumpre ressaltar que a teoria da prova é derivada do direito processual e os meios admitidos são infinitos, encontrando limites apenas nos meios de obtenção da prova e no eventual conflito intertemporal de leis, este último encontrando sua solução no artigo 2º do Código de Processo Penal, conquanto aquele será objeto de análise percuciente em capítulo próprio deste trabalho.

3 DAS PROVAS ILÍCITAS

Não há unanimidade na doutrina sobre a exata definição do que seja prova ilícita. A dissidência começa com a própria denominação do termo, sendo que as expressões mais utilizadas, além de prova ilícita, são prova proibida, prova ilegal, prova ilegalmente obtida, prova ilicitamente obtida entre outros de menor relevo.

Quiroga, em feliz síntese acerca do tema, pontifica:

“A terminologia utilizada não é uniforme. Assim, alguns autores se referem a prova proibida, outros a ilegal, outros a ilícita, outros a ilicitamente obtida, outros a ilegitimamente admitida, e, enfim, outros a proibições probatórias. E certamente existem matizes e razões que podem avalizar estas diferenças terminológicas: uma prova pode, não obstante ser lícita em outro caso, haver sido, sem embargo, ilicitamente obtida na hipótese concreta de que se trata, por outra parte, uma prova pode ser por si mesma em qualquer caso sempre ilícita por previsão legal que proíba sua realização, com independência do procedimento seguido para sua obtenção⁴⁰”.

De lege lata as provas ilícitas não são admitidas em nosso ordenamento jurídico, consoante se verifica das normas insculpidas nos artigos 332 do Código de Processo Civil, 155 do Código de Processo Penal e 295 do Código de Processo Penal Militar, todos com respaldo na proibição expressa contida no artigo 5º, LV, da Carta Magna.

Em razão do princípio constitucional do devido processo legal, com seus derivantes do contraditório e da ampla defesa, as partes dispõem, em regra, de liberdade lato sensu em matéria de direito probatório, eis que não estão adstritas àquelas provas elencadas na lei, entretanto, para toda regra, há exceções, já dizia o adágio popular, assim, a restrição imposta respeita os meios de prova ilegais e moralmente ilegítimos.

Alexandre de Moraes leciona que:

“as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas com

⁴⁰ SILVA, César Dario Mariano da. *Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal*. São Paulo:Universitária de Direito, 1999, p. 23.

infringência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois, configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico⁴¹.”

Após breve introdução, cabe-nos cindir os conceitos de prova ilegal, ilícita e ilegítima. A primeira delas é gênero que se consubstancia em qualquer violação ao ordenamento jurídico como um todo (leis e princípios), sejam normas de direito substantivo ou adjetivo⁴². São espécies da prova ilegal tanto a prova ilícita quanto a ilegítima. Aquela é colhida com infringência às normas e princípios de direito material, mormente no que pertine à ordem constitucional, em afronta direta às liberdades públicas, ou seja, as garantias de liberdade, intimidade e dignidade⁴³. Por fim, prova ilegítima transgride preceitos de natureza processual.

Desta forma as mesas de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, após análise percutiente do tema, concluíram o que a doutrina já esboçava:

“Súmula nº 48 – Denomina-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”.

Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa⁴⁴.”

Ada Pellegrini Grinover⁴⁵ adverte que a distinção foi feita pela primeira vez por Pietro Nuvolone, assim consignada:

“Mas já é preciso estabelecer outra distinção: a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone de *prova ilícita*. Quando a prova, pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa ele o termo *prova ilegítima*.”

⁴¹ MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.117.

⁴² JÚNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 528.

⁴³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas, Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999. p. 44.

⁴⁴ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: , 1999, p. 33.

⁴⁵ SOUZA, Alexandre Araújo de. **A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?**. Disponível em <<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/Provas-il%C3%ADcitas.doc>> Acesso em: 27 de setembro de 2006.

Ambas espécies foram acolhidas pelo proibitivo constitucional, sendo certo que qualquer distinção doutrinária presta-se apenas para fins didáticos⁴⁶.

Entrementes a década de quarenta até os anos setenta, predominou o sistema legalista, que não previa qualquer proibição ao uso das provas ilícitas, principalmente ante a inexistência de vedação constitucional. Aliás, era a mesma admitida no direito, com base no brocardo jurídico *male captum, bene retentum*, isto é, prova mal colhida, mas bem conservada⁴⁷.

No período acima descrito, a sanção que recaía era de mense administrativa ou penal, apurada através de procedimento específico sobre a forma que fora colhida, mas a prova em si permanecia admissível e válida naquele processo em que se formara.

Tal entendimento fundava-se em três subprincípios, quais sejam, da íntima convicção, onde o magistrado possuía ampla liberdade de apreciação das provas, inclusive aquelas não constantes dos autos; o da fé pública, eis que aquilo que era produzido pelo Estado, através dos métodos investigativos das autoridades públicas, eram presumidamente verdadeiros; e o da veracidade da prova, onde não importava a forma de aquisição da prova, mas sim de seu conteúdo.

Esse método legalista passou por uma lenta evolução traduzida pelo entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, até chegar no atual sistema constitucional que proibiu terminantemente o uso das provas ilícitas. Certamente foi o constituinte originário influenciado a adotar posicionamento tão radical em virtude de um passado obscuramente ditatorial regulado pelo regime militar. Contudo, acabou pecando pelo excesso ao estabelecer “a proibição em termos categóricos e aparentemente absolutos”⁴⁸

⁴⁶ HAMILTON, Sérgio Demoro. *As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_38.htm> Acesso em: 27 de setembro de 2006.

⁴⁷ Ada Pellegrini Grinover assevera que tal teoria foi muito bem apresentada por Franco Cordero, processualista penal peninsular que explicava que a prova mal colhida, em um momento material, foi muito bem conservada no momento processual. *Ibidem* nota nº 44.

⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121/122.

Não existe ponto comum no que pertine ao assunto ora abordado, eis que a doutrina é divergente quanto à admissibilidade das provas ilícitas. Decerto em face do antagonismo entre garantias constitucionais, donde se subsume que em eventual análise concreta deve-se sopesar os interesses conflitantes a fim de se encontrar a solução menos lesiva.

Fato é que a *Lex Legum* lançou proibitivo geral acerca da admissibilidade das provas ilícitas, ou seja, não propôs ou deixou margem para exceções, o que não nos parece correto. Aliás, posicionamentos dogmáticos inquebrantáveis dificilmente conduzem à aplicação justa do direito, seja pela especificidade produzida apenas quando da análise concreta de cada caso, seja pela necessidade de liberdade de atuação da jurisprudência e da doutrina.

4 DA PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO - OS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

O capítulo anteriormente analisado conceitua o que é prova ilícita demonstrando que são as mesmas consideradas inadmissíveis por nossa Constituição Federal. Contudo, por se tratar de preceito constitucional genérico, dúvidas ressaem quanto às provas decorrentes de meios originalmente ilícitos, mais conhecidas como provas ilícitas por derivação.

No magistério de Fernando Capez, as provas ilícitas por derivação:

“são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida. É o caso da confissão extorquida mediante tortura, que venha a fornecer informações corretas a respeito do lugar onde se encontra o produto do crime, propiciando a sua regular apreensão. Esta última prova, a despeito de ser regular, estaria contaminada pelo vício na origem. Outro exemplo seria o da interceptação telefônica clandestina – crime punido com a pena de reclusão de dois a quatro anos, além de multa (art. 10 da Lei n. 9.296/96) – por intermédio da qual o órgão policial descobre uma testemunha do fato que, em depoimento regular prestado, incrimina o acusado. Haveria, igualmente, ilicitude por derivação.”⁴⁹

Trata-se, em verdade, de teoria procedente do direito norte-americano nominada de *fruits of the poisonous tree*, primeiramente colocada perante a Suprema Corte através do *case law Silverthorne Lumber Co. V. United States* há quase uma centena de anos. Restou consagrado que o vício na origem contamina todas as provas dela provenientes, ou, no conspícuo dizer de Barbosa Moreira, “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém.”⁵⁰

Apenas à guisa de melhor elucidar o acima narrado, trazemos à baila as palavras elucidativas de Norman Garland e Gilbert Stuckey⁵¹, *verbis*:

⁴⁹ Capez, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 31-32.

⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo penal norte-americano e sua influência**. Rio de Janeiro: Revista do ministério Público nº 12, 2000, p. 93.

⁵¹ *Apud* SOUZA, Alexandre Araújo de. **A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?**. Disponível em <<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/Provas-il%C3%ADcitas.doc>> Acesso em: 27 de setembro de 2006.

“Six years after the Weeks case announced the exclusionary rule, the case *Silverthorne Lumber Co v. United States* was decided, and an additional restriction was placed upon federal officers and the admissibility of evidence. *Silverthorne* held that not only is illegally obtained evidence inadmissible, but other information derived from the illegal evidence is also inadmissible. The fruits of the poisonous tree doctrine was thus established. This doctrine has been reiterated many times in recent decisions. According to the doctrine, if the search itself is illegal, it is like a poisonous tree. Any information gained as a result of such is also tainted by illegal search and is inadmissible against the defendant – it is poisonous fruit of a poisonous tree. The exclusionary rule and the fruits of the poisonous tree doctrine apply to evidence derived from violations of a person’s Fifth and Sixth Amendment rights to the same extent that they apply to unlawful searches and seizures.”

Essa doutrina foi difundida por todo mundo, sendo incluída na legislação de diversos países e de *lege ferenda* o Brasil, como se verifica no artigo 157 do Projeto de lei nº 4.205/2001 de reforma do CPP nacional:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais. §1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras. §2º. Após o trânsito em julgado da decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o seu arquivamento sigiloso em cartório. §3º. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.”

Da leitura do artigo almejado chegamos a algumas ilações: Primeiramente, ao se introduzir no ordenamento jurídico esta norma específica, não caberia mais por parte da doutrina e jurisprudência criar exceções, pois onde o legislador não as previu não caberá ao intérprete alargar o sentido da lei.

Em segundo lugar criar-se-ia uma mixórdia em relação à competência, eis que o juiz inicialmente competente para julgar o processo deixaria de sê-lo ao tomar conhecimento das provas ilícitas que porventura instruísem o processo. Assim, concluímos que, de duas, uma, ou seria uma nova hipótese de impedimento, ou, em conclusão demasiadamente pueril, o magistrado, em sendo suscitada impugnação da prova, remeteria o processo *in continenti* a quem de direito para julgar o incidente, sem sequer ter tomado conhecimento da matéria argüida como defesa.

Por fim, significaria que a teoria do livre convencimento possui aplicação duvidosa no ordenamento jurídico, aproximando-se, assim, da teoria da convicção íntima, isto porque nesta acredita-se que o magistrado, quando da prolação da Sentença, utiliza-se de todos os meios, inclusive aqueles que estão fora do processo, para formar sua convicção,

conquanto naquela leva-se em consideração apenas o que fora carreado aos autos. Ao se excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, elas não mais farão parte do mundo jurídico, mas se ainda assim queda o receio de que o magistrado que delas tomou conhecimento as utilize na formação de sua convicção, não podendo proferir Sentença, então, estar-se-ia admitindo que o método da persuasão racional é falho, máxime quando em casos de grande repercussão os juízes estão sujeitos a tantas informações verídicas ou não veiculadas na imprensa.

É de clareza meridional que a importação de uma teoria norte-americana para o ordenamento jurídico pátrio, sem qualquer ressalva ou adaptação, não pode ser feita sem prejuízos ou conseqüências drásticas, mesmo porque o sistema adotado naquele país em nada se confunde com o albergado no Brasil.

Por essa razão a crítica veemente de José Carlos Barbosa Moreira exortando o perigo de não se aferir “a compatibilidade entre o enxerto pretendido e a compleição do organismo que vai acolher. Negligenciar esse ponto é assumir sério risco de rejeição do transplante.”⁵²

Ressalte-se que a realidade vivenciada nos Estados Unidos é demasiada diferente da brasileira e mais, para uma aplicação sem restrições da teoria norte-americana, requisito de validade, quiçá de existência, seria uma análise percuciente do significado de prova ilícita em ambos os sistemas.

Fato é que esses tipos de prova ocorrem com certa freqüência, como por exemplo em casos de confissão através da tortura, prisão ilegal ou até mesmo uma busca e apreensão sem mandado judicial, escuta telefônica sem autorização judicial, mesmo com o advento da Lei nº 9.296/1996, entre outras situações.

Pretende a teoria norte-americana um controle preventivo através da inadmissibilidade das provas ilícitas e sua variante derivada, sintetizada em três postulados:

“1º) evitar condutas ilegais da polícia, fim esse que só é atingido se provas, assim obtidas, não puderem ser utilizadas no julgamento; 2º) manter o imperativo da integridade judicial, não podendo os tribunais admitir a utilização de provas

⁵² *Ibidem.*

ilícitas, porque isso equivaleria a se tornar cúmplice da ilegalidade policial, o que corromperia o julgamento; 3º) assegurar ao povo que a acusação não será beneficiada pela conduta ilegal das autoridades públicas (policiais), diminuindo o risco de seriamente minar a confiança do povo no governo.”⁵³

A doutrina alemã não adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada, entendendo que o vício das provas ilícitas não deve se estender às dela derivadas. Argumenta, para tanto, que a aceitação de tal doutrina poderia prejudicar a apuração da verdade.

No Brasil, Ada Pellegrini Grinover assevera que a Constituição Federal restou silente em relação à admissibilidade das provas derivadas de meios ilícitos, abrindo espaço para construção da doutrina e da jurisprudência⁵⁴.

Já para Mirabete o silêncio constitucional, bem como a ausência de legislação infraconstitucional regulando a matéria, leva-nos a concluir que o constituinte previu apenas a inadmissibilidade das provas ilícitas, mas não das por derivação.⁵⁵

Ainda neste sentir Fernando Capez pontifica:

“Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.”⁵⁶

César Dario Mariano da Silva perfilha do mesmo entendimento acima esposado:

“...acompanhando o posicionamento, dentre outros, de Fernando Capez, ousamos divergir da maioria dos membros do Supremo. É que, como já por nós salientado no item anterior dessa monografia, havendo dois princípios constitucionais em conflito, deve preponderar aquele de maior valia, haja vista que nenhum direito e

⁵³ SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no processo penal**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/66.54.91.48/doutrina/texto. Asp?id=2110>> Acesso em: 01 out. 2006.

⁵⁴ Op. Cit, p. 76.

⁵⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário**. Livro de estudos jurídicos, 1989, v.5, p. 173-174.

⁵⁶ Op. Cit, p. 35-36.

garantia individual tem caráter absoluto. Se as provas angariadas, mesmo tendo por origem uma prova ilícita, obedecerem a todos os princípios constitucionais e processuais, não há como desprezá-las e deixar criminosos impunes, uma vez que o Processo Penal visa a busca da verdade real e a punição de pessoas que atentem contra a ordem pública⁵⁷.

Em posicionamento diverso encontra-se Avolio:

“Não resta dúvida, como afirmou Ada Grinover, que a Constituição deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação. Mas se nos afigura, pareceu a Trocker, perquirir a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição. Desta forma, efetuando o mesmo raciocínio utilizado pelo autor peninsular, se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo.”⁵⁸

Como visto a aceitação e aplicação desta teoria não tem encontrado ponto comum na doutrina e mais raramente na jurisprudência, fazendo-se lembrar do Julgamento do *Habeas Corpus* 69.912/RS, pelo Pretório Excelso, cuja condenação baseou-se em escuta telefônica onde a autorização judicial ocorreu antes da regulamentação do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, através da Lei nº 9.296/1996.

Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal, em votação apertada (6x5) decidiu afastar a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, admitindo a validade das provas ilícitamente obtidas.

Contudo, posteriormente descobriu-se que o filho do Ministro Néri da Silveira, que proferira voto favorável à admissibilidade das provas ilícitas, atuou como membro do Ministério Público. Ao conhecer tal situação, a defesa apresentou impugnação pela realização de novo julgamento, o que foi prontamente atendido. Destarte, houve modificação do julgado. Com o novo resultado (5x5), o *habeas corpus* foi concedido, restando assim ementado:

“PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, ‘nas hipóteses e na forma’ por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica

⁵⁷ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: , 1999, p. 36.

⁵⁸ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual dos habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); consequência renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente⁵⁹”.

Ainda neste histórico julgamento, o Ministro Paulo Brossard votou pela inaplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Entretanto, vindo a se aposentar, entrou em seu lugar o Ministro Maurício Corrêa, expressando posicionamento diverso:

“HABEAS CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO.

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permita, a autorização judicial. Precedentes.

Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI)

2. O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas.

3. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática a todos os cidadãos.

4. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.

5. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.

⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº 69912/RS. Relator: Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 16.12.1993. DJ 04.08.2000, p. 3.

6. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 contra 5.⁶⁰

Com isso, a Corte Constitucional deixou assente seu entendimento, adotando a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Observe-se que a despeito da jurisprudência uníssona do Supremo Tribunal Federal no sentido da não admissão das provas ilícitas, não significa, necessariamente, dizer que as demais provas constantes dos autos serão também contaminadas, *verbis*:

“**Interceptação telefônica. Prova ilícita.** Se a condenação se baseou também em outras provas obtidas licitamente e suficientes para a condenação, não se anula a sentença só pelo fato de haverem sido produzidas outras provas, obtidas ilicitamente por meio de interceptação telefônica (STF, HC 74152-SP)”⁶¹

4.1 CASOS CONTROVERTIDOS⁶²

No que pertine à teoria das provas ilícitas e das ilícitas por derivação, não há consenso doutrinário, seja sobre sua admissibilidade, seja sobre seus limites. Assim, exporemos, a seguir, acerca de alguns casos controvertidos.

4.1.1 Teoria do encontro fortuito de provas

Questiona essa teoria sobre a possibilidade de, durante a investigação lícita de determinado crime, encontrar-se provas contundentes a respeito de outro crime, ou, melhor dizendo, suponhamos que no decorrer de uma interceptação telefônica, autorizada judicialmente, visando a obtenção de provas sobre um carregamento ilegal de mercadoria falsificada, acabe a polícia descobrindo a entrada no país de entorpecentes. Seria possível a utilização da informação recebida, ainda que a autorização judicial servisse a outro propósito?

Entendemos que sim. Afinal, a partir do momento em que, no exemplo citado, se tem uma autorização judicial para a interceptação telefônica, a privacidade dos interceptados já foi violada, sendo exigência de ordem pública que se coíba qualquer tipo de ilegalidade, ainda que a ciência a respeito do ilícito advenha do acaso.

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº 72.588/PB. Relator: Maurício Côrrea. Data de julgamento: 12.06.1996. DJ 04.08.2000, p. 3.

⁶¹ JÚNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157.

⁶² Baseado integralmente em: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 316/322.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser admissível a prova adquirida lícitamente para outro crime, desde que com ele haja conexão. É o que se depreende da leitura da Ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO. 1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido.”(grifamos)

4.1.2 Das provas consideradas lícitas em razão de excludente de ilicitude

No presente caso, a prova questionada, apesar de ter sido obtida de forma aprioristicamente ilícita, como por exemplo em uma gravação de conversa sem a ciência de um dos interlocutores, deve ser aceita no processo por estar acobertada por uma excludente de ilicitude, v.g. legítima defesa de quem estava gravando o diálogo.

Não há controvérsia a respeito da aceitação das provas ilícitas em defesa das liberdades públicas fundamentais, como se verá em capítulo próprio, contudo, desta situação decorrem outras duas, estas sim capazes de gerar acirrados debates jurídicos.

O primeiro caso é relativo ao flagrante delito. Observemos uma situação hipotética: Um policial civil, durante uma perseguição, adentra residência por estar em situação de flagrante delito, ali estando encontra provas referentes a outro crime. Serão estas provas consideradas lícitas, eis que, caso não estivesse o dito policial acobertado pela exceção legal para violar o domicílio (flagrante delito), não poderia ter entrado na residência sem mandado próprio?

A resposta certamente será positiva, posto que o Direito deve prevenir todas as ações atentatórias à ordem pública, o que não significa acatar arbitrariedades na tutela desta.

O segundo caso refere-se às provas emprestadas. Serão elas admissíveis em matéria penal? A pergunta é aparentemente controvertida, contudo, em análise percutiente verifica-se que a resposta é muito simples, basta que se observe o respeito ao princípio do contraditório. Em outras palavras, para que uma prova produzida no processo "1", tendo como partes A, B, C, tenha valor probatório do processo "2", é necessário que as partes deste processo tenham o direito de se manifestar sobre a prova carreada.

Assim, facilmente se deduz que A, B, C não poderão utilizar no processo "2" contra D, a prova do processo "1", isto porque não foi dado a D a possibilidade de se manifestar sobre aquela prova já constituída, contudo, o contrario é possível, podendo D utilizar-se no processo "2", contra A, B e/ou C, da prova produzida no processo "1", uma vez que A, B e C já tiveram a oportunidade de se manifestar a respeito da prova naquele processo anterior.

5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*) surgiu timidamente no século XVIII, através de Beccaria que em sua obra “Dos delitos e das penas” sugeria uma aplicação mais proporcional das penas⁶³. Posteriormente, já com aplicação no campo do Direito Administrativo foi utilizado por Von Berg em 1802 com intuito de priorizar o Direito de Polícia em detrimento da liberdade individual⁶⁴. Em seguida tal princípio alcançou status constitucional decorrente da atuação do tribunal Constitucional Alemão (*Das Bundesverfassungsgericht*), cujos pronunciamentos denotavam a idéia de proporcionalidade.⁶⁵

No início da década de 70, Guerra Filho consolidou o princípio da proporcionalidade ao conceituar que

“...o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”⁶⁶

No Brasil o princípio em tela tampouco passou despercebido pelos renomados administrativistas, como Maria Sylvia Zanella di Pietro que ao tratar dos limites do poder de polícia, asseverou não dever o mesmo

“ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só podendo reduzi-los quando

⁶³ Beccaria conclui sua mais notável obra afirmando que “para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.” Beccaria, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 91/94 e 139.

⁶⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

⁶⁵ *Ibidem*, p.60.

⁶⁶ Apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais⁶⁷.”

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da proporcionalidade “enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto, frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”⁶⁸.

Elucida Ricardo Raboneze:

“nos ordenamentos em que a prova ilícita é expressamente vedada, outro caminho vem sendo apontado pela aplicação do que se denominou ‘teoria da proporcionalidade’ (também denominada de teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses), desenvolvida na antiga Alemanha Federal, pela qual os interesses e valores em questão são sopesados, admitindo-se, em certos casos, a prova obtida por meios ilícitos. Esta teoria traz a idéia de ‘razoabilidade’, surgida da edificação jurisprudencial da Suprema Corte Americana.”⁶⁹

Avolio, sustenta que a doutrina e jurisprudência alemã colaboraram significativamente para o tema ao focar o correto contrabalanceamento de valores.⁷⁰

O princípio em tela foi recepcionado pela Suprema Corte norte-americana com o nome de princípio da razoabilidade (reasonableness), admitindo, em hipóteses excepcionais, as provas ilícitas nos processos.

A Constituição Federal não faz menção expressa ao princípio da proporcionalidade, contudo, está o mesmo implícito pelos fins que almeja atingir, pois para tudo deve haver um meio termo – *est modus in rebus*.

No âmbito penal, verifica-se a existência de diversos interesses contrapostos, sendo necessário buscar um equilíbrio destes, através de um complexo processo de circunspeção.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. Editora Atlas, 1996, p. 99.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 99.

⁶⁹ RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 20.

⁷⁰ Op. Cit, p. 68.

Os direitos fundamentais podem ser observados em duas dimensões, a objetiva e a subjetiva. Esta se subdivide em outras duas espécies, quais sejam, os direitos a ações positivas ou a prestações, que exigem do Estado uma obrigação de fazer e os direitos a ações negativas ou de defesa, que impõem ao Estado a obrigação de não-fazer/lesar, conquanto aquela é o puro e simples dever de proteção a que se obriga o Estado.

Nesse sentido, é fácil perceber que em face de um conflito de interesses concreto, em relação ao sujeito passivo, subsistirá um direito de defesa, pautado por ações proibitivas de excesso por parte do Estado, sob pena de aviltamento do direito de liberdade do sujeito mencionado. Por outro lado, em se tratando do sujeito ativo, deverá ser respeitado o direito fundamental de proteção, materializado por ações positivas do Estado, fulcradas na proibição de insuficiência da proteção penal.

A presença de provas ilícitas em um processo, inclusive as derivadas, acarreta a colisão entre princípios constitucionalmente assegurados, sendo necessário sopesá-los para se concluir qual deverá prevalecer. Somente após uma análise ponderada dos interesses conflitantes e verificada a menor lesividade que se pode obter é que se estará garantindo um posicionamento razoável.

Ressalte-se que a Constituição Brasileira ampara de forma especial (cláusulas pétreas) os direitos e garantias individuais, dentre os quais se encontram a vida e a liberdade. Eis que surge uma dúvida, na contraposição de dois preceitos fundamentais salvaguardados com a mesma intensidade, qual deverá prevalecer, ou nos dizeres de César Dario Mariano da Silva “o que é mais importante, a vida ou a intimidade? A segurança ou a intimidade? A saúde ou o devido processo legal? Ora todas essas normas são oriundas da Constituição, qual delas deve preponderar?”⁷¹

É em face dessas situações que emerge a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade. Alexandre de Moraes salienta que, em determinados casos de extrema gravidade, as provas ilícitas poderão ser excepcionalmente utilizadas, eis que

⁷¹ Op. Cit, p. 28.

nenhuma liberdade pública é absoluta e ao se perceber que o direito tutelado prepondera em relação à intimidade ou liberdade de comunicação, deve-se permitir o seu emprego.⁷²

Nesse sentir devemos lembrar de um dos princípios basilares do direito constitucional, o da harmonização ou da concordância prática. Assim, em havendo confronto de bens constitucionalmente resguardados, deve-se harmonizá-los, impedindo o sacrifício total de um em relação ao outro, eis que são hierarquicamente iguais. Ademais, a mera inaplicabilidade de um direito fundamental, em determinado caso concreto, não implica na sua negação, mas apenas na sua colocação temporária em estado de latência.

A existência de distintas esferas dos direitos fundamentais, como anteriormente afirmado, bem como a necessária ponderação dos direitos colidentes, implica na existência de uma dupla dimensão do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso e a proibição de insuficiência.

A proibição de excesso (*Übermassverbot*) caracteriza-se por sua subdivisão em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Destarte, o aplicador do direito que se encontra em face do real conflito de interesses deve verificar se ao restringir o direito A, estará maximizando o direito B (adequação); deve, também, examinar se, para assegurar a efetividade do direito B, não é possível utilizar um meio menos gravoso para o direito A (necessidade); por fim, deve conflitar os direitos, observando, naquele caso específico, qual será sacrificado (proporcionalidade em sentido estrito).

Em relação à proibição de insuficiência, a doutrina constitucional ainda está em fase de construção dogmática da mesma, contudo, já é uníssona quanto a sua incorporação ao princípio da proporcionalidade. Tal dimensão pode ser traduzida como um direito (sob a perspectiva subjetiva) e como um dever (sob a perspectiva objetiva) estatal de assegurar a eficiência da proteção minimamente satisfatória.⁷³

Completa Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça ao dizer que:

⁷² MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 115.

⁷³ ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 186-197 e 477-474.

“o princípio da proporcionalidade, especialmente no que toca à necessidade, à adequação e à ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito, deve ser adotado no ordenamento jurídico brasileiro como forma de atenuar a aplicação absoluta da inadmissibilidade das provas ilícitas, e, principalmente, no que se refere às interceptações telefônicas *lato sensu*, onde tal princípio encontra a sua maior expressão, amenizando, desta forma, as injustiças realizadas no caso concreto, diante da aplicação cega e literal da lei.”⁷⁴

Visa tal princípio evitar as distorções que um sistema rígido eventualmente pode provocar, causando, inclusive, lesão de difícil, senão impossível reparação.⁷⁵

Luiz Francisco Torquato Avolio obtempera que o princípio da proporcionalidade “também denominado teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto”⁷⁶.

Prossegue, contudo, tecendo críticas a este princípio:

“a teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas. Por isso, como afirma Trocker, não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que vêem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias.”⁷⁷

Tal ceticismo provém da grande liberdade que se dá ao julgador para apreciação do caso concreto, mesmo porque como já explicitado por vasta doutrina, o processo decisional do magistrado é temerário, eis que feito de acordo com suas idiosincrasias. Por este entendimento ressurge a teoria psicológica da justificação, segundo a qual o juiz primeiro decide intimamente e posteriormente busca uma justificação razoável para seu posicionamento.

Calamandrei elucubrou brilhantemente a esse respeito, *verbis*:

⁷⁴ Op. Cit, p. 143-144

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.136.

⁷⁶ Op. Cit, p. 64

⁷⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.71

“A fundamentação das sentenças é certamente uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num esboço topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão. Nesse caso, se a conclusão estiver errada, poder-se-á descobrir facilmente, através da fundamentação, em que etapa do seu caminho o juiz perdeu o rumo.

Mas quantas vezes a fundamentação é uma reprodução fiel do caminho que levou o juiz até aquele ponto de chegada? Quantas vezes o juiz está em condições de perceber com exatidão, ele mesmo, os motivos que o induziram a decidir assim?

Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por uma inexorável concatenação de premissas e conseqüências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?”⁷⁸

Ainda nessa linha de raciocínio, nos acresce Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça que “a preocupação advinda do subjetivismo do órgão julgador estaria, principalmente, na real individualização dos valores em jogo, e, em função disto, tal princípio apenas deveria ser aplicado em situações especiais, com o fim de evitar resultados desproporcionais, desarrazoados e injustos aos olhos do julgador.”⁷⁹

5.1 A EXCLUSIONARY RULE DO SISTEMA NORTE-AMERICANO E A SUA APLICAÇÃO NO DIREITO NACIONAL

A despeito de parecer impróprio constar deste capítulo o presente tema, ao longo de seu desenvolvimento perceberemos a estreita conexão com o princípio em análise.

Segundo o dicionário norte-americano exclusionary rule significa:

“**Exclusionary rule** n. the rule that evidence secured by illegal means and in bad faith cannot be introduced in a criminal trial. The technical term is that it is "excluded" upon a motion to suppress made by the lawyer for the accused. It is based on the Constitutional requirement that "...no [person] can be deprived of life, liberty, or property, without due process of law." (Fifth Amendment to the Constitution, applied to the states by 14th Amendment). A technical error in a search warrant made in good faith will not cause exclusion of the evidence obtained under that warrant. However, evidence which was uncovered as a result of obtaining other evidence illegally will be excluded, under the "fruit of the poisonous tree doctrine." Thus, if an illegal wire tap reveals the location of other

⁷⁸ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.175-176.

⁷⁹ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 142

evidence, both the transcript of the wire tap conversation and the evidence to which the listeners were directed will be excluded.”⁸⁰

Em breve síntese, significa que, uma vez verificada a existência de provas ilícitas nos autos, devem ser as mesmas imediatamente retiradas destes, através de requerimento do advogado de defesa, seja a ilegalidade originária ou derivada – esta última em referência à doutrina dos frutos da árvore envenenada.

Contudo, nem sempre a Common Law se posicionou desta forma. Até os idos de 1914 as provas ilícitas eram mantidas no processo, sendo excluídas apenas aquelas que estivessem viciadas pela inidoneidade ou de valor probante suspeito. Apenas no julgamento do *case Weeks v. United States* a Suprema Corte Americana modificou seu entendimento, para impor a exclusão das provas decidindo que, sem assim proceder, o direito dos cidadãos, previsto na quarta emenda, à segurança contra buscas e apreensões injustificadas seria insignificante.⁸¹

O direito pátrio foi ainda mais radical. Ao adotar o sistema da inadmissibilidade das provas ilícitas proibiu a introdução da prova eivada de vício no processo, isto é, partiu o legislador de uma postura *ex ante*, impedindo, teoricamente, que a mesma ingresse nos autos.

Note-se que não se pode confundir essa posição adotada com o sistema de nulidades, onde a análise é feita posteriormente e, em alguns casos, convalidada através da preclusão.

Contudo, nem sempre este modelo preventivo funciona em sua inteireza, havendo casos em que a prova ilícita ingressa nos autos. Assim, adotou o Supremo Tribunal Federal posicionamento semelhante ao estadunidense, determinando o desentranhamento dos autos da prova obtida ilicitamente, em havendo provocação do interessado.

Este procedimento objetiva, dentre muitas outras razões, coibir quaisquer influências que sugestionem o convencimento do magistrado. Retomamos neste ponto os

⁸⁰ Disponível em: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/exclusionary+rule>. Acesso em 26.12.2006.

⁸¹ TINSLEY, Patrick e KINSELLA, N. Stephan. N. **In defense of evidence: Against the Exclusionary rule and against Libertarian Centralism.** Disponível em: <http://www.lewrockwell.com/kinsella/kinsella14.html>. Acesso em 26.12.2006.

dizeres de Calamandrei que em seu ensaio expôs de forma brilhante o assunto, de sorte que parafraseá-lo somente desaguaria em um resumo ineficaz de sua expressão, *verbis*:

“Embora se continue a repetir que a sentença pode se reduzir esquematicamente a um silogismo no qual, a partir de premissas dadas, o juiz tira a conclusão apenas em virtude da lógica, às vezes acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la. Essa inversão da lógica formal parece ser oficialmente aconselhada ao juiz por certos procedimentos judiciais, como aqueles que, enquanto lhe impõem tornar público, no fim da audiência, o dispositivo da sentença (isto é, a conclusão), consentem que retarde por alguns dias a formulação dos fundamentos (isto é, das premissas). A própria lei, portanto, parece reconhecer que a dificuldade de julgar não consiste tanto em achar a conclusão, que pode ser coisa a se resolver no mesmo dia, quanto em achar depois, com mais longa meditação, as premissas de que essa conclusão deveria ser, segundo o vulgo, a consequência.

As premissas, não obstante seu nome, freqüentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes. Com isso, não se quer dizer que o dispositivo surja às cegas e que a fundamentação tenha o único objetivo de mostrar como fruto de rigoroso raciocínio o que, na realidade, é fruto do arbítrio; quer-se dizer apenas que, no julgar, a intuição e o sentimento muitas vezes têm um papel bem maior do que parece a quem vê as coisas de fora. Não é por nada, diria alguém que sentença deriva de sentir.”⁸²

Novamente verifica-se a preocupação dos aplicadores do direito com as repercussões mentais que a permanência da prova espúria nos autos poderia causar nas decisões, questionando a integridade do sistema de valoração das provas adotado no Brasil, como outrora mencionado.

Felizmente, tal entendimento vem se dissipando entre os doutrinadores, mesmo porque desacredita a imparcialidade do juiz, princípio ínsito em nosso ordenamento jurídico.

Em um dos mais expressivos julgamentos acerca do tema – Ação Penal nº 307-3, vulgo “caso Collor” – o Ministro Celso de Mello em voto preliminar sobre a ilicitude da prova declarou:

“Tenho tido a oportunidade de enfatizar, neste Tribunal, que a *Exclusionary Rule* – considerada essencial pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado – destina-se, na abrangência de seu conteúdo, e pelo banimento processual de evidências ilicitamente coligidas, a proteger os réus criminais contra a ilegítima

⁸² CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.176-177.

produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (*Garrity v. New Jersey*, 385 U.S. 493, 1967; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961; *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471, 1962, v.g.).

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

(...)

Outra tendência que se coloca em relação às provas ilícitas é aquela que pretende mitigar a regra de inadmissibilidade pelo princípio que se chamou, na Alemanha, da ‘proporcionalidade’ e, nos Estados Unidos da América, da ‘razoabilidade’; ou seja, embora se aceite o princípio geral da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, propugna-se a idéia de que em casos extremamente graves, em que estivessem em risco valores essenciais, também constitucionalmente garantidos, os tribunais poderiam admitir e valorar a prova ilícita.

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

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

De duas, uma: ou partimos para a idéia de que nesse caso a atipicidade constitucional acarreta como consequência, a nulidade absoluta e, portanto, no plano processual, a prova admitida contra *constitutionem* será nula e nula será a sentença que nela se fundar; ou então, numa interpretação mais consentânea com a norma constitucional, firmamos o entendimento de que a Lei Maior, ao considerar a prova inadmissível, não a considera prova, tem-na como ‘não prova’, como prova inexistente juridicamente. Nesse caso ela será simplesmente desconsiderada.⁸³

A despeito da posição adotada pela Corte Constitucional e sem receio de adotarmos um discurso inconstitucional, dúvidas não pairam de que a prova obtida ilicitamente deve ser analisada antes de ser desconsiderada, havendo casos em que poderá ingressar na esfera processual, como descreve Gomes Filho:

“no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que significa a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior⁸⁴”.

83

Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apenal3073htm.htm>. Acesso em: 27 de setembro de 2006.

⁸⁴ FILHO, Antônio Magalhães Gomes. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.106-107.

É nessa toada que se deve abrir um parêntese para ressaltar que a aplicação mais pura do princípio da proporcionalidade se faz quando da admissibilidade da prova ilícita no processo em favor da acusação, eis que em sendo *pro reu*, como veremos no capítulo seguinte, há consenso sobre ser a mesma aceitável.

Eugênio Pacelli explica que as provas ilícitas em favor da acusação ou *pro societate*, devem ser admitidas quando não se puser em risco a aplicabilidade potencial e finalística da norma proibitiva constitucional, ou seja, quando se puder aproveitar a prova ilícita sem estimular sua produção pelos agentes estatais⁸⁵.

Observe-se, ainda, que para o autor, a finalidade da norma superior restritiva é possibilitar uma intervenção estatal mínima, mormente em relação às liberdades individuais, base dos direitos de primeira geração. Prossegue citando como exemplo o RE nº 251.455/GO, onde um terceiro violou a residência de um dito cidadão para colher evidências (fotos) de que este praticava crimes contra crianças e adolescentes. Por fim entregou-as à polícia para instruir ação penal. O STF rejeitou o Recurso Extraordinário e, via de consequência, manteve intocada a decisão de segunda instância que absolveu o cidadão. Pondera que este seria um caso concreto para perfeita aplicação do princípio da proporcionalidade, máxime quando as evidência obtidas ilicitamente foram colhidas por um civil e não através de autoridade estatal.

Finaliza por admoestar que no supramencionado caso a inadmissibilidade da prova ilícita não cumpriu seus propósitos finalísticos, eis que não havia falar em inibição de práticas ilegais pelos órgãos públicos. Nessa toada, colacionando a doutrina de Marinoni e Arenhart, continua expondo que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas destina-se, preferencialmente, ao Estado, não sendo tão aviltado quando a prova ilícita for produzida por particular. Fato é que se trata de entendimento minoritário, mas de grande relevo para o presente estudo.⁸⁶

O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para equilibrar valores constitucionais igualmente relevantes, que, todavia, se contrastam em determinadas hipóteses. Visa, primordialmente, evitar possíveis injustiças causadas pela aplicação *plus aequa* da lei. José Carlos Barbosa Moreira, defensor vigoroso de uma maior flexibilização, afirma que:

⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 324/325

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *op. cit.*

“Dentre os extremos das teorias ora formuladas, tem-se proposto soluções mais matizadas. Pensam muitos que a complexidade do problema repele o emprego de fórmulas apriorísticas e sugere posições flexíveis. Seria mais sensato conceder ao Juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos: atento a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deva ser sacrificado e em que medida.”⁸⁷

Adotamos posicionamento similar ao do grande processualista. Não apenas pela flexibilização nos casos já aceitos por parte da doutrina, como explanaremos no próximo capítulo, mas pela adequação do razoável em cada caso concreto, a fim de se evitar posicionamentos ortodoxos intransponíveis.

⁸⁷ Apud MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.65-66.

6 A ILEGITIMIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS

A Constituição Federal prevê expressamente em seu artigo 5º, inciso LVI que as provas ilícitas são inadmissíveis. Tal radicalismo é decorrente da passagem de um passado de ditadura militar, desprovido de respeito pelas liberdades individuais, para um verdadeiro Estado Democrático de Direito, consolidado através da Magna Carta de 1988.

Destarte, a Carta Política adotou posicionamento deveras radical a respeito da inadmissibilidade das provas ilícitas, e, em sendo o Direito uma ciência que se propõe a regular todas as relações por meio de normas, não pode quedar-se irretocável diante de uma sociedade em processo de constantes modificações. Assim sendo, patente que as normas não possuem valores absolutos, ou seja, nenhuma norma ou princípio pode ser interpretado isoladamente e sem a devida adequação.

Vejamos o que diz o preâmbulo da Constituição Federal:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”

A Constituição do Brasil, por ser dirigente, traz conteúdo programático que se verifica desde seu preâmbulo, introdutório do novo regime político adotado pelo Brasil a partir de 05 de outubro de 1988, onde se buscava utopicamente a proteção total de valores como liberdade e justiça.

A despeito da jurisprudência da Corte Suprema Constitucional ter opinado pela irrelevância normativa do supratranscrito texto, firmando o entendimento de que seu conteúdo é de mero plano político e não legal, é mister observar que ele traduz um plano de intenções do próprio Estado, de sorte que não é de todo improficuo observá-lo.

E é por essa razão que nas situações onde houver a necessidade da proteção dos bens jurídicos de liberdade, segurança e justiça, a prova eventualmente obtida por meios ilícitos tornar-se-á lícita.

Nessa mesma toada Vicente Greco Filho entende que na hipótese de uma prova ilícita ser decisiva para absolvição de uma pessoa, deve ser a mesma aceita, prevalecendo a liberdade do acusado.⁸⁸

A doutrina e jurisprudência repousam pacificamente quanto a admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*. Fundamenta Rachel Pinheiro que:

“a aquisição destas provas viciadas, no que tange ao meio de obtenção, funda-se nos princípios consagrados no artigo 3º, inciso I, da Carta Magna que trata da JUSTIÇA e da LIBERDADE, como objetivo fundamental da República do Brasil. Condena-se um inocente ou cumpre-se a determinação Constitucional? Deve o juiz condenar um inocente, absolvendo conseqüentemente o verdadeiro culpado por ser a prova, base do seu convencimento, tida por ilícita? Ou deve o Juiz não condenar o autor do fato ainda que tenha certeza da autoria e da materialidade do crime?”⁸⁹

A Carta Política resguarda o indivíduo com diversas garantias ao longo de seu prolixo texto, tais como a da individualização da pena, a garantia aos litigantes em processo judicial e administrativo da ampla defesa e do contraditório e ainda a presunção de inocência (ou como outrora explicitado, da desconsideração prévia da culpabilidade). Nota-se pela análise destes dispositivos que a República visa propiciar a justiça e a liberdade, não podendo o Estado aviltar os preceitos que resguarda ao condenar um inocente por não dispor de outros meios para provar sua inculpa que não sejam as provas ilícitas.⁹⁰

Contrabalançando-se valores como a liberdade e a justiça com o direito à intimidade, aqueles não de prevalecer pela relevância do bem jurídico que tutelam. Não há que se falar em sobrepujar um direito a outro, eis que não existem verdadeiras antinomias

⁸⁸ FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201

⁸⁹ Op. Cit, p. 86.

⁹⁰ Ibidem, p. 88.

entre os dispositivos constitucionais, devendo haver uma harmonização e ponderação entre seus dispositivos, a fim de se evitar o sacrifício total de algum deles.⁹¹

César Dario Mariano da Silva em lúcidas palavras afirma:

“Depois da vida, a liberdade é o bem mais importante que o homem possui. A liberdade é protegida pela Constituição Federal através de vários dispositivos. Podemos destacar, dentre outros, o do princípio de devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o da legalidade, o Habeas Corpus, etc. De tal forma, fica claro e evidente que esses princípios e remédios constitucionais se sobrepõem à norma constitucional que proíbe a utilização de prova, caso esta seja usada em favor do acusado”⁹².

Nesta toada obtempera Alexandre de Moraes, *verbis*:

“as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.”⁹³

Assim, a admissão das provas ilícitas ditas *pro reu* tem seu sustentáculo na exclusão da ilicitude, seja justificado pelo estado de necessidade, seja pela legítima defesa, o que transmudaria a sua natureza de ilícita para lícita.⁹⁴

Um exemplo clássico da utilização da prova ilícita *pro reo* é o da interceptação telefônica clandestina de alguém confessando um crime ser utilizada na defesa daquele que fora injustamente acusado do dito crime.

Tendo sido a prova utilizada para demonstrar a inocência de alguém erroneamente acusado de um crime, entende-se que a mesma não é ilícita, e nem poderia sê-lo, primeiramente por estar acobertada pelo manto da excludente de ilicitude, em segundo

⁹¹ PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 8.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.53/54.

⁹² SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: , 1999, p. 33.

⁹³ MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 119.

⁹⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 86.

lugar porque a liberdade, como corretamente define a norma constitucional, é um bem supremo, estando acima de qualquer comportamento tendente a vedá-la.

A doutrina é vacilante ao definir se a excludente de ilicitude que reveste a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* se trata do estado de necessidade ou da legítima defesa. Quanto a esta Alexandre de Moraes pontifica que ocorre “a ausência de ilicitude dessa prova, uma vez que a produziram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas ilícitas. Assim agindo – em legítima defesa -, a ilicitude na colheita da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna⁹⁵

Roberto Prado Vasconcelos leciona que não há falar-se em legítima defesa, mas sim em estado de necessidade, eis que naquela existe um conflito entre interesses lícitos e ilícitos, sendo a agressão injusta. Por outro lado, no estado de necessidade ocorre justamente a divergência de interesses juridicamente protegidos.⁹⁶

A esse respeito, mister fazer uma pequena explanação a respeito do estado de necessidade, que pode ser classificado quanto ao bem sacrificado em estado de necessidade justificante e exculpante. Naquele o bem lesado é de menor ou igual valor em relação ao preservado.

Vale colacionar como exemplo de estado de necessidade justificante, um trecho da obra *Noite na Taverna de Álvares de Azevedo*⁹⁷:

“Isso tudo, senhores, para dizer-vos uma coisa muito simples...um fato velho e batido, uma prática do mar, uma lei do naufrágio – a antropofagia. Dois dias depois de acabados os alimentos restavam três pessoas: eu, o comandante e ela. – Eram três figuram macilentas como o cadáver, cujos olhares fundos e sombrios se injetavam sangue como a loucura. O uso do mar – não quero dizer a voz da natureza física, o brado do egoísmo do homem – manda a morte de um para a vida de todos. Tiramos a sorte...o comandante teve por lei morrer. Então o instinto de vida se lhe despertou ainda. Por um dia mais de existência, mais um dia de fome e sede de leite úmido e varrido pelos ventos frios do norte, mais umas horas mortas de blasfêmia e de agonia, de esperança e desespero, orações e descrença, de febre e

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p.264

⁹⁶ VASCONCELOS, Roberto Prado de. **Provas ilícitas (ênfoque constitucional)**. Revista dos Tribunais nº 791. Setembro de 2001.

⁹⁷ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2. Ed. São Paulo:Revista dos tribunais, 2006, p. 237/238.

ânsia, o homem ajoelhou-se chorou, gemeu a meus pés... Olhai, dizia o miserável, esperemos até amanhã... Deus terá compaixão de nós... Por vossa mãe, pelas entranhas de vossa mãe! Por Deus se ele existe! Deixai-me ainda viver! (...) Eu ri-me porque tinha fome. Então o homem ergueu-se. A fúria se levantou nele como a última agonia. Cambaleava, e um suor frio lhe corria no peito descarnado. Apertou-me nos seus braços amarelentos, e lutamos ambos corpo a corpo, peito a peito, pé por pé... por um dia de miséria! A luz amarelada erguia sua face desbotada, como uma meretriz cansada de uma noite de devassidão, o céu escuro parecia zombar desses dois moribundos que lutavam por uma hora de agonia... O valente do combate desfalecia...caiu: pus-lhe o pé na garganta, sufoquei-o e expirou... Não cubrais o rosto com as mãos – faríeis o mesmo...Aquele cadáver foi nosso alimento dois dias...”

Quanto ao estado de necessidade exculpante, ocorre quando o agente sacrifica bem de maior valor em benefício de um de menor valor, contudo, assim procede por não lhe ser exigível outro comportamento, através da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa. Assim, não pode ser considerada excludente de ilicitude, mas sim excludente de culpabilidade.⁹⁸

Acerca da excludente de ilicitude como permissivo da prova ilícita, o Supremo Tribunal Federal julgou o HC 74.678/SP, assim ementado:

“Habeas Corpus.” Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e ,também, consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)”⁹⁹

De leitura obrigatória o conspícuo relatório do Ministro Moreira Alves neste julgado, nos seguintes termos:

“Para a demonstração de que desse modo, produzida, independentemente de autorização judicial, é lícita, basta considerar que, no país em que a legislação prevê o crime de violação da intimidade, inexistente a conduta típica se houver causa excludente da antijuridicidade da ação. Assim, na Alemanha o **parágrafo** 298 do Código Penal, na redação da Lei de 22.12.67, introduziu, para a proteção da intimidade das pessoas, o crime de abuso da gravação e da interceptação de som por aparelhos (Missbrauch von Tonaufnahme und Abhögeräten), sendo que deixa de haver esse crime se ocorre em favor do acusado qualquer das causas de exclusão da ilicitude, como – e a observação é de PETER-PREISENDANZ (Strafgesetzbuch, 27 ed., **parágrafo** 298, p. 520, J. Schweitzer Verlag, Berlin,

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 74.678/SP. Relator: Moreira Alves. Data do Julgamento: 10.06.1997. DJ 15.08.1997, p. 37.036.

1971) – ‘a legítima defesa, por exemplo, para o impedimento de uma extorsão ou de outro fato delituoso’ (‘Notwehr, z. B. zur Verhinderung einer drohenden Erpressung oder anderen Straftat’). No mesmo & Co., Berlin, 1969). Aliás, foi apoiado neste último autor que HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Lições de Direito Penal, Parte Especial – arts. 121 a 212, nº 276, p. 255, 7ª., Forense, Rio de Janeiro, 1983), aludindo ao crime de violação de intimidade em fórmula ampla previsto no art. 161 do Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor, salientou que ‘excluir-se-ia a antijuridicidade da ação, se houvesse legítima defesa ou outra causa de exclusão da ilicitude. Seria o caso de quem gravasse subrepticamente a exigência de quem pratica extorsão (Welzel, 45, III)’. Estando, portanto, afastada a ilicitude de tal conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição (‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’) com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)¹⁰⁰’.

Depreende-se da leitura acima que o notável Ministro trata de forma geral sobre a admissibilidade da prova ilícita, desde que acobertada por alguma das causas de exclusão de ilicitude. Não nos parece correto tal posicionamento, máxime quando se tratar de estado de necessidade exculpante que sobreleva bens de valor inferior em relação aos de maior relevância.

Deve-se, portanto, aplicar o princípio da proporcionalidade para flexibilizar a inadmissibilidade das provas ilícitas, a fim de se propiciar uma prestação jurisdicional mais justa e com uma visão menos engessada do dispositivo constitucional ora analisado.

Um exemplo legal de prova utilizada *pro reo* é o presente no artigo 233, parágrafo único do Código de Processo Penal, que excepciona seu caput. O referido artigo veda a admissão de cartas obtidas por meio criminoso, todavia seu parágrafo único permite que as cartas sejam exibidas por seu destinatário, em defesa de seu direito, mesmo que o signatário não permita.¹⁰¹

Tourinho Filho argumenta que “se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à consciência jurídica de ninguém o fato de a Defesa conseguir por meio ilícito

¹⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 74.678/SP. Relator: Moreira Alves. Data do Julgamento: 10.06.1997. DJ 15.08.1997, p. 37.036.

¹⁰¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2006, p. 613.

prova que demonstre a inocência do imputado. Poder-se-á, então, dizer: *male captum, bene rentum* (mal colhida, porém bem recebida)¹⁰².

A jurisprudência do STF refuta a utilização da prova ilícita contra o acusado, consoante o disposto no HC 80.948/ES, assim ementado:

“Habeas Corpus. 2. *Notitia Criminis* originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova dar 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 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 ilícita¹⁰³”.

Com isso, podemos perceber que a admissibilidade da prova ilícita em regra é aceita somente em benefício do réu. Todavia, conforme exhaustivamente explanado, excepcionalmente e para uma aplicação pura do princípio da proporcionalidade deverá a mesma ser utilizada em favor da sociedade, ainda que o Pretório Constitucional posicione-se diversamente.

Entendemos que a prova ilícita *pro societate* é admissível visando proteger os interesses da coletividade, em outras palavras, quando se admite uma prova inicialmente contaminada pela ilicitude, se busca proteger a cada jurisdicionado particularmente para que não sofram conseqüências da prática delituosa¹⁰⁴.

Rachel Pinheiro afirma que:

“quando se permite a admissão das provas ilícitas *pro societate*, visa-se a resguardar o valor jurídico da SEGURANÇA, em seu aspecto material, sendo, em certos casos, igualmente importante, tal como o bem jurídico da LIBERDADE.

¹⁰² FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1, p. 315

¹⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 80948/ES. Relator: Néri da Silveira. Data de julgamento: 07/08/2001. DJ de 19.12.2001, p.4.

¹⁰⁴ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas Ilícitas: Limites à Licitudo Probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 90.

Nesse, como em todos os casos apresentados, impõe-se a contraposição de valores tão arraigada no ordenamento jurídico e expressada no sentimento de Justiça. Por certo, tal posicionamento funda-se, especialmente, na prudência do magistrado, que apenas acatará quando não houver outro meio de provar o alegado, ou quando estiver incurso em situação excepcional, que autorize, flagrantemente, a admissão da prova ilícita *pro societate*, com o fim de proteger a ordem pública e a paz na sociedade.¹⁰⁵

Assim como a prova em favor do réu, a prova utilizada *pro societate* também deve ser vista com moderação. Somente em casos extremamente necessários é que deverá ser aproveitada no processo, para que não haja abusos por parte daqueles que produzem as provas.

6.1 EXCEÇÕES INCOMUNS

Outras exceções à inaplicabilidade das provas ilícitas emergem da já narrada teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada. É certo que naquele capítulo específico ficou assente que a doutrina e a jurisprudência são um tanto cambaleante a respeito de ter o ordenamento jurídico pátrio recepcionado a teoria alienígena, isto por ser a Constituição Federal silente neste aspecto.

Também são provenientes da doutrina estadunidense as exceções ora colacionadas, donde se subsume que independente do posicionamento adotado, seja de aceitação ou não da teoria dos frutos da árvore envenenada, nos seguintes casos tais provas serão admitidas no processo.

6.1.1 Independent Source

O primeiro caso é o da *independent source*, em que apesar do meio de obtenção da prova ter sido viciado, existem outras formas lícitas para obtenção daquela prova, isto é, aquela evidência pode ser auferida independentemente de ser de forma lícita ou ilícita. A teoria da fonte independente foi reconhecida primeiramente no caso *Bynum v. U.S.*, em 1960, em que um acusado fora ilegalmente preso, ocasião em que foram retiradas suas impressões digitais, o que acabou comprovando sua participação em um roubo. Neste caso a prova foi retirada do processo por ser derivada da prisão ilegal, contudo, em novo julgamento

¹⁰⁵ *Ibidem*.

a acusação trouxe novas impressões digitais do acusado, estas constantes de arquivos antigos do FBI, tendo sido reconhecida sua validade.¹⁰⁶

6.1.2 Inevitable Discovery

Trata-se a segunda exceção da *inevitable discovery*. Quando se demonstra que o elemento probatório ilícito seria inevitavelmente descoberto pelos meios lícitos. A esse respeito Garland e Stuckey conceituam-na como “an exception to the fruits of the poisonous tree doctrine that states that the challenged evidence is admissible if the prosecution can show that the evidence would have been inevitably discovered, even in the absence of the police illegality.”¹⁰⁷

6.1.3 The Good Faith Exception e The Purged Taint

As próximas duas exceções não têm grande destaque na doutrina, contudo, à guisa de curiosidade é útil trazê-las à baila. Cuida-se da chamada *the good faith exception*, significando que quando a prova ilícita foi colhida sem que o agente soubesse da ilicitude do ato, deve ser ela aceita, isto porque a proibição visa coibir atitudes nada inconcussas de autoridades estatais na obtenção de provas, em se demonstrando a boa-fé na aquisição da prova, não há falar-se em inadmissibilidade da mesma.

A última exceção é a da *purged taint*, onde o vício inicial é purgado pelo réu, que de *sponte propria* confessa o que havia sido obtido ilicitamente. Na realidade, em sendo a confissão uma prova autônoma, serve a exceção em análise apenas para manter as provas colhidas nos autos, ou seja, é mais uma exceção da *exclusionary rule* do que dos frutos da árvore envenenada.

A Corte Constitucional brasileira vêm adotando, com temperamentos, as provas ilícitas acobertadas pelas exceções acima esposadas, sendo exemplo, *verbis*:

¹⁰⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1997, p.108/109.

¹⁰⁷ *Apud* SOUZA, Alexandre Araújo de. **A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?**. Disponível em <<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/Provas-il%C3%ADcitas.doc>> Acesso em: 27 de setembro de 2006.

“Se o que ensejou o início das investigações sobre as atividades delitivas foram denúncias recebidas por agentes de polícia, cujos depoimentos constituem prova autônoma e não contaminada pela prova viciada, torna-se inquestionável a licitude da persecução criminal. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única ou a primeira produzida no procedimento investigatório não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não foram contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito. Não logrando colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal (STF, 2º Turma, HC 74081/SP, Relator Ministro Mauricio Corrêa, DJU de 13.07.1997)”¹⁰⁸

Semelhante é o entendimento encontrado na doutrina de Eugênio Pacelli que disserta em sua obra que não se deve trancar o inquérito quando da verificação de existência de prova ilícita, eis que nem toda investigação criminal posterior estará necessariamente contaminada.¹⁰⁹

Ainda neste sentir é por demais relevante o voto do Ministro Nelson Jobim no julgamento do HC nº 83.463/RS, pelo que transcrevê-lo-emos:¹¹⁰

“Algum tempo atrás, quando o Plenário do Tribunal fixou a tese em relação ao problema da quebra do sigilo telefônico, se estabeleceu uma espécie de tentativa de universalização dos vícios. E aí se importou aquela tese americana de que, sendo viciada a árvore, seriam viciados seus frutos. Depois, num caso concreto também no Rio Grande do Sul, em que houve a apreensão de “x” quilos de cocaína e armas, sustentou-se que tudo isso era consequência de uma investigação policial baseada numa gravação telefônica ilícita; portanto eram ilícitas as consequências.

Lembro-me que brinquei na sessão dizendo: se fosse verdadeira a tese generalizada, o tribunal teria de mandar devolver a droga para o criminoso, porque o auto de apreensão também era viciado, logo deveria retroceder. O mesmo se daria com o seqüestro: se o mesmo fosse identificado com uma interceptação telefônica ilícita, teríamos de devolver a criança seqüestrada aos seqüestradores para começarmos tudo de novo.

No caso concreto, o que temos? Afirmação de um inquérito “feito pelo Ministério Público” que chegou à apuração de uma série de ilícitos praticados por esses advogados e, ao que tudo indica, com grande probabilidade de veracidade.

Todos os *habeas corpus* que examinamos diziam respeito a atos, a reação de determinados pacientes contra tentativas investigatórias do Ministério Público, ou seja, antes de qualquer tipo de produção da prova houve reações. Em um deles, eu fui relator; o paciente tinha sido convocado para ser ouvido e se negou a ouvir.

Uma coisa é examinarmos o problema durante as tentativas investigatórias do Ministério Público em que podemos examinar a ilicitude; outra coisa – mesmo que isso acontecesse – é examinarmos um *habeas corpus* em cima da demonstração da

¹⁰⁸ *ibidem*

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *op. cit.*

¹¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 83.463/RS. Relator: Min. Carlos Veloso. Data do Julgamento: 16.03.2004. Publicado no DJ em 04.06.2004, p. 59.

existência de indícios fortíssimos da prática de ilícito, porque senão estaríamos – como V. Exa. disse, com clareza – **colocando a forma na frente do fundo**; melhor, estaríamos destruindo o mundo, ou seja, aquilo que aconteceu, sob o argumento de que a forma pela qual se investigou o mundo não poderia ser feita. Ou seja, o mundo não desaparece independente da forma.

Observo mais, confirmado da tribuna, que, se essas ilicitudes de investigatória se deram, qual a razão pela qual não se reagiu durante o fluxo do próprio inquérito, do chamado inquérito, afirmado inquérito, enquanto naquele momento eventualmente poderíamos paralisar? Não podemos efetivamente nos furtar à demonstração da existência de ilícitos, seja pela forma que foi investigada – e, aí, V. Exa. ter dito que inclusive por cartas ou outros documentos pode o Ministério Público, independentemente de um inquérito policial fazer acompanhar.

Com isso, mantenho a minha posição inicial, sem lesão, que também V. Exa. a tem em relação às funções do Ministério Público, mas não posso me furtar à circunstância do caso concreto.

Acompanho o voto de V. Exa.”(grifamos)

Pelo exposto, qualquer entendimento intolerante a respeito da admissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico deve ser coibido, em razão de haver casos que justificam a excepcionalidade de sua aceitação. Outro pensar fatalmente demonstraria uma maior valorização da forma do que do fundo – nas brilhantes palavras do voto supratranscrito – visão esta inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal estabeleceu em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, trazendo no artigo 5º, LVI, uma regra proibitiva de termos aparentemente absolutos. Dizemos aparentemente, posto que acobertados por esta mesma tutela se encontram os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros, e uma vez que se ponham em nítido confronto com a vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos, deverá a imperiosa norma ser suavizada pela aplicação do princípio da proporcionalidade subsumido ao caso concreto.

Assim, cabe ao intérprete, quando da aplicação das normas, modelá-las, desapegando-se de uma leitura formalística do texto, a fim de visualizar o contexto a que se propõe. Sem qualquer veleidade de transformar as presentes reflexões em uma ode inconstitucional, o despretensioso trabalho visa apenas demonstrar que a aplicação radical do proibitivo importado pode ser tão ou mais prejudicial do que a sua flexibilização.

E não poderia ser diferente, pois da forma que a inadmissibilidade das provas ilícitas foi propugnada pela *Lex Legum* acabou por consagrar a preponderância do individual sobre o bem comum, o que foi ratificado através da jurisprudência nacional ao excepcionar a vedação pro réu, contudo, mantendo-a *pro societate*.

Não nos afigura razoável manter tal diferenciação, sob pena de aviltamento irreparável do princípio da igualdade. Por óbvio que apenas em situações de excepcional gravidade e em não havendo outros meios de se fazer emergir a verdade deverão ser aceitas as provas ilícitas *pro societate*.

Ademais, não olvidemos que ao magistrado cabe o pronunciamento jurisdicional, sendo ele instrumento corpóreo da lei e é através de sua obra que o direito abstrato se transmuda em realidade, por esta razão, a letra fria da lei somente tem aplicação justa quando ao juiz é dada a liberdade para discernir, através da razoabilidade ou

proporcionalidade, qual o bem jurídico que sacrificado gerará menor prejuízo em um caso concreto.

O princípio da proporcionalidade propõe a plausibilidade jurídica do equilíbrio de valores, em uma interpretação harmoniosa e unitária do texto constitucional, isto é, sem pesar a balança do direito nem para a vedação absoluta das evidências viciadas, nem exortando a violação dos direitos e garantias fundamentais.

É forçoso reconhecer que o embate travado a respeito do tema – através de acalorados embates doutrinários e jurisprudenciais – não tem previsão de encontrar uma solução pacífica. Certo é que em tudo deve haver um meio termo, ou como dizia o vetusto adágio, *est modo in rebus*, cabendo à jurisprudência consagrar a realização sublime da justiça, afinal a correta prestação jurisdicional somente se faz presente quando se soluciona a lide descobrindo-se a verdade, ou, ao menos, o mais próximo dela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXY, Robert, **Teoría de los derechos fundamentales**, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 186-197 e 477-474.

ARAS, Vladimir. **Princípios do processo penal**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/66.54.91.48doutrina/texto.asp?id=2416> Acesso em: 01 out. 2003.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1996.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes e MORAES, Alexandre de (Coordenador). **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA, W. S. Filho. **O princípio constitucional da proporcionalidade**. Ensaios de teoria constitucional, Fortaleza, 1989.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito**. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/colaboradores/artigo_38.htm> Acesso em: 27 de setembro de 2006.

JÚNIOR, J. Cretella. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Justiça Penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JUNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Civil Extravagante em vigor**. São Paulo: RT, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MELLO, Celso. Voto na Ação Penal 307-3. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apenal3073.htm>> Acesso em: 27 de setembro de 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas Ilícitas: Limites à Licitudes Probatória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário**. São Paulo, 1989.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- RABONEZE, Ricardo. **As provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. **A Prova Ilícita e a Interceptação Telefônica no Direito Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RONDOW, Cristian de Sales Van. **Devido Processo legal à luz do acesso à justiça como garantia constitucional do autor e do réu**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/66.54.91.48/texto.asp?id=2939>> Acesso em: 11 set. 2002.
- SANTOS, Paulo Ivan da Silva. **As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no processo penal**. Disponível em <<http://www.jus.com.br/66.54.91.48/doutrina/texto.asp?id=2110>> Acesso em: 01 out. 2006.
- SILVA, César Dário Mariano da. **Das provas obtidas por meio ilícitos e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.
- SOUZA, Alexandre Araújo de. **A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?** Disponível em <<http://www.congressovirtualmprj.org.br/site/uploads/Provas-il%C3%ADcitas.doc>> Acesso em: 27 de setembro de 2006.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº 69912/RS. Relator: Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 16.12.1993. DJ 04.08.2000, p. 6012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº 72.588/PB. Relator: Maurício Côrrea. Data de julgamento: 12.06.1996. DJ 04.08.2000, p. 3

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 74.678/SP. Relator: Moreira Alves. Data do Julgamento: 10.06.1997. DJ 15.08.1997, p. 37.036

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 80948/ES. Relator: Néri da Silveira. Data de julgamento: 07/08/2001. DJ de 19.12.2001, p.4.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº 83.463/RS. Relator: Min. Carlos Veloso. Data do Julgamento: 16.03.2004. DJ de 04.06.2004, p.59.

TINSLEY, Patrick e KINSELLA, N. Stephan. **In defense of evidence: Against the Exclusionary Rule and Against Libertarian Centralism.** Disponível em <<http://www.lewrockwell.com/kinsella/kinsella14.html>> Acesso em: 26 de dezembro de 2006.

VASCONCELOS, Roberto Prado de. **Provas ilícitas (enfoque constitucional).** Revista dos Tribunais nº 791. Setembro de 2001.