



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE  
BARBACENA - FADI  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CARLOS AUGUSTO CUNHA ROSSI**

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO DO  
DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

**BARBACENA**

**2012**

**CARLOS AUGUSTO CUNHA ROSSI**

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO DO  
DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-  
UNIPAC, com requisito parcial para obtenção do Título  
em Bacharel em Direito

Orientadora: Prof<sup>a</sup>.Me. Maria José Gorini da Fonseca

**BARBACENA**

**2012**

**Carlos Augusto Cunha Rossi**

**A ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO ÂMBITO DO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

Dr. Ricardo Lodi Magri OAB/MG 96879  
Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC

Profª Me. Maria José Gorini da Fonseca  
Universidade Presidente Antonio Carlos - UNIPAC

Profª Me. Alex Campos Furtado  
Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC

## RESUMO

A vedação a utilização das provas ilícitas no processo penal está prevista no artigo 5º inciso LVI, da Constituição da República de 1988, bem como no artigo 157 do Código de Processo Penal. Tais normas buscam preservar valores impostergáveis do homem, como a intimidade, imagem, honra e o sigilo das correspondências, das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados. Tendo em vista a importância da prova para o direito processual penal, uma vez que esta contribui para a reconstrução dos fatos e para influenciar o convencimento do juiz, a doutrina e a jurisprudência brasileira vêm relativizando a aplicação da norma que determina a inadmissibilidade da prova ilícita, em determinadas circunstâncias, uma vez que nenhuma norma constitucional é absoluta ao ponto de se sobrepor ao interesse da sociedade, encobrindo ilícitos. Assim, à luz do princípio da proporcionalidade, busca-se harmonizar os direitos e garantias fundamentais com igual proteção legal, fazendo-se uma ponderação de interesses. Desta forma, tem-se determinado a quebra do sigilo bancário e fiscal nos crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e para a apuração de atos de improbidade administrativa. Ainda, a teoria da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade *pro reo*, defendida, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, considera válida a prova ilícita, desde que produzida pelo próprio acusado, em legítima defesa, por força dos princípios da presunção de inocência e do *in dúbio pro reo*. O presente trabalho tem o propósito de descrever as principais correntes doutrinárias acerca da admissibilidade das provas ilícitas.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito processual penal. prova. admissibilidade. intimidade. proporcionalidade. verdade.

## ABSTRACT

Sealing the use of illegal evidence in criminal proceedings is provided for in Article 5 paragraph LVI, the Constitution of 1988 and Article 157 of the Criminal Procedure Code. These rules seek to preserve values impostergáveis man as intimacy, image, honor and confidentiality of correspondence, telephone communications, telegraph and data. Considering the importance of proof for criminal procedure, since it contributes to the reconstruction of the events and to influence the judge's conviction, doctrine and jurisprudence have Brazilian relativizing the application of the rule that determines the admissibility of evidence unlawfully in certain circumstances, since no constitutional provision is the point of absolute priority over the interests of society, concealing illegal. Thus, in light of the proportionality principle, seeks to harmonize the rights and guarantees to equal legal protection, by making a balance of interests. Thus, we have determined the breach of bank secrecy and tax crimes in corruption, money laundering and the investigation of acts of administrative misconduct. Still, the theory of admissibility of evidence illegally on behalf of pro reo principle of proportionality, defended even by the Supreme Court, believes the illegal evidence, provided that produced by the accused himself, in self-defense, under the principles of presumption of innocence and in dubious pro reo. This paper aims to describe the principal doctrinal currents on the admissibility of evidence illegal.

**KEYWORDS:** proof. Admissibility. Intimacy. Proportionality. truth.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 PROVA JUDICIAL</b> .....	<b>10</b>
2.1 Origem.....	10
2.2 Conceito .....	12
<b>3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA JUDICIAL</b> .....	<b>15</b>
3.1 Princípio da verdade real .....	15
3.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	15
3.3 Princípio da comunhão da prova .....	17
3.4 Princípio da presunção de inocência .....	17
3.5 Princípio da oralidade.....	18
3.6 Princípio da publicidade .....	19
3.7 Princípio da proporcionalidade.....	20
3.8 Princípio do livre convencimento motivado.....	21
3.9 Princípio da não-incriminação .....	22
3.10 Princípio da identidade física do juiz.....	23
<b>4 PROVAS ILÍCITAS</b> .....	<b>25</b>
4.1 Conceito.....	25
4.2 Lei 9.296 de 24 de julho de 1996.....	25
4.3 Lei 9.034 de 03 de maio de 1995 .....	27
4.4 Provas ilícitas por derivação .....	30
<b>5 TEORIAS DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS</b> .....	<b>37</b>
5.1 Teoria da admissibilidade das provas ilícitas .....	37
5.2 Teoria da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade .....	38
5.3 Teoria da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade <i>pro reo</i> .....	39
5.4 Teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas .....	42
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>47</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A prova é o meio através do qual se fará a reconstrução do fato passado, permitindo a atividade recognitiva do juiz, em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória, com o objetivo de alcançar a verdade real; conforme explana Lopes (2008, p.522):

A mitológica verdade real está ligada a busca de uma verdade a qualquer custo, criando assim, uma cultura inquisitiva que autoriza atos abusivos do Estado. Contudo, o processo penal, só se legitimaria a verdade formal ou processual, ou seja, trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista e que só pode ser alcançada mediante o respeito às regras e garantias de defesa, pois estas são capazes de diminuir os riscos de uma sentença injusta.

Carnelutti, citado por Aury Lopes Jr. (2008, p.526) afirma que “a verdade é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para os homens”.

O crime é um fato passado que depende da memória de quem o narra. Assim, as partes, lutam pela captura psíquica do juiz, sendo a sentença o resultado de seu convencimento, e nem sempre da “verdade”. Assim, ao tratar da prova judicial no processo penal, discute-se que “verdade” foi alcançada pelo juiz no momento da sentença.

A legislação brasileira dispõe que os fatos poderão ser provados por todos os meios de prova, desde que observem as normas de direito material e processual, ou seja, desde que sejam produzidas por meio idôneo.

Assim, para evitar lesão aos direitos fundamentais do homem, bem como garantir as partes um processo penal justo e calcado na legalidade, a Constituição da República de 1988 determinou em seu artigo 5º inciso LVI, como garantia constitucional, a vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

A inadmissibilidade da prova ilícita visa preservar os valores da intimidade, da integridade física, da imagem, a inviolabilidade de domicílio, de comunicação e correspondência, o sigilo bancário e fiscal, os quais estão assegurados pelos seguintes incisos do artigo 5º da Constituição da República de 1988:

X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI. A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

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

As garantias constitucionais são normas de direito público material, referentes aos direitos e deveres dos cidadãos entre si e o Estado relativamente a estes, e estão marcadas pelas características de bilateralidade, imperatividade, abstratividade e coercibilidade.

Paulo Nader (2007, p.87-88) conceitua os caracteres da norma jurídica da seguinte forma:

O autor assim conceitua os caracteres da norma jurídica: a bilateralidade significa que a norma jurídica possui dois lados, o direito subjetivo e o dever jurídico, de modo que um não vive sem o outro; a imperatividade significa uma imposição de vontade e não um aconselhamento, pois, para garantir a ordem social, o Direito deve representar o mínimo de exigências; a norma é abstrata porque visa atingir o maior número possível de situações; e a coercibilidade informa que é possível o uso da coação.

Segundo Canotilho, citado por Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p.5), as garantias constitucionais têm caráter essencialmente subjetivo, reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, assim como o reconhecimento e a consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade.

Assim, devem ser aplicadas à norma de vedação das provas ilícitas, as mesmas diretrizes e princípios aplicáveis aos demais direitos e garantias fundamentais do homem, garantidos constitucionalmente.

Nota-se que a correta reconstrução dos fatos passou a ter grande importância no processo criminal, através da busca da verdade real, e conseqüentemente, trouxe ao contexto jurídico a problemática da ponderação de interesses frente à vedação da utilização de provas ilícitas no processo penal, Carnaúba (2000, p.90) expõe sobre a vedação das provas ilícitas de forma objetiva dizendo:

Não obstante, essa vedação é aparentemente absoluta. Afinal, nenhum direito ou garantia legal possui caráter absoluto. O direito a vida, por exemplo, um dos mais importantes direitos fundamentais do homem, sofre lesão quando está presente a excludente de ilicitude da legítima defesa. O direito á propriedade também sofre

inúmeras limitações em função do bem estar comum, para poder cumprir a função social determinada pela vigente Constituição. Assim, não se pode admitir que o direito a privacidade, hierarquicamente inferior a esses outros direitos, seja protegido de forma absoluta pelo Estado. Esse absolutismo pode gerar até indignação popular.

Saliente-se que os direitos e garantias constitucionais devem conviver de forma menos danosa à ordem pública e às liberdades alheias. Por isso, com fundamento no princípio da proporcionalidade e na presunção de inocência do réu, a vedação ao uso das provas ilícitas no processo está sofrendo um abrandamento, defendida por parte significativa da doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesse ínterim, encontram-se diversos dispositivos e princípios atinentes ao processo, transformando-o em verdadeiro instrumento de garantia dos bens e da liberdade do homem. Dessa maneira, o presente trabalho tem como propósito tecer considerações sobre as principais correntes doutrinárias acerca da admissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, analisando a limitação da atividade probatória no processo penal brasileiro, bem como os princípios atinentes a prova, uma vez que o direito à prova é garantia constitucional inserida no contexto dos princípios da ampla defesa e do contraditório, tendo, portanto, grande importância para os operadores do direito.

## 2 PROVA JUDICIAL

### 2.1 Origem

Em princípio urge ressaltar que a figura da prova inexistia nas sociedades primitivas, primeiro porque havia a cultura de que o mais forte era o vencedor do conflito e, depois, pela autocomposição, na qual não se tinha uma decisão sobre quem possuía razão, as próprias partes resolviam seus conflitos.

Por sua vez, nas sociedades antigas a religião era a base da sociedade, de modo que as civilizações atribuíam ao Direito, origem divina. Assim, os meios de provas utilizados para a demonstração dos fatos possuíam ligação direta com a religião, como, por exemplo, os ordálios, o juramento, os conspurgadores e combates judiciários.<sup>1</sup>

Assevera Bonfim (2009, p.322), que:

Os ordálios ou juízes de Deus “se baseavam na crença de que um ente divino intercedia no julgamento, demonstrando a inocência do acusado que conseguisse superar a prova imposta”. Como se verifica, os ordálios eram provas de caráter eminentemente religioso, usadas, especialmente, pelos primitivos povos germanos e semibárbaros da família indo-européia, chegando até a Europa na Idade Média, com a predominância do cristianismo.

Posteriormente Bonfim (2009, p.323) preleciona que “o julgamento, neste caso, era, em geral, desvinculado da averiguação de quaisquer circunstâncias relativas aos fatos que constituíssem o delito imputado ao acusado”, sendo um sistema é fundado em superstições, desvinculados da racionalidade e da busca da verdade.

A prática dos ordálios foi difundida através de diversas modalidades e estas eram as seguintes: prova das bebidas amargas: empregada em relação à mulher acusada de adultério, que se após ingerir a bebida seu rosto se contraísse e os olhos se injetassem de sangue, era tida como culpada; prova pelo fogo: o acusado tocava com a língua um ferro quente ou caminhava com os pés descalços sobre as barras de ferro; prova das serpentes: o acusado era colocado no meio das serpentes e se fosse mordido seria considerado criminoso; prova do pão e queijo:

---

<sup>1</sup> HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1651&categoria=Processual%20Civil](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1651&categoria=Processual%20Civil)>. Acesso em: 30 de abr. 2012.

devia o acusado engolir certa quantidade de pão e queijo, ficando demonstrada a sua culpabilidade se não conseguisse.

Edílson Mougenot Bonfim (2009, p.323) ainda cita outras modalidades de ordálios, sendo elas:

A ordália da água fervente, onde o acusado deveria mergulhar a mão em um recipiente com água escaldante para retirar um dali um anel ou pedra que se encontrava no fundo, e se após três dias a queimadura permanecesse com um péssimo aspecto seria o acusado considerado culpado; a ordália de água fria, a mais inofensiva das provas, pois ela determinava que o acusado fosse colocado com os joelhos abraçados ao peito em um recipiente com água benzida, e se culpado, a água benzida o rejeitaria; e a ordália da cruz, onde acusado e acusador deveriam ficar frente a frente, em pé, com os braços abertos, sendo considerado culpado aquele que abaixasse os braços primeiro.

#### Teria também como método de prova o juramento o qual consistia em:

Quanto ao juramento, este consistia na invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se alegava e exigia-se daquele que fosse prestar o juramento, que pedisse à divindade que lhe aplicasse um castigo, em caso de mentira. Este meio de prova era adotado pelos gregos e romanos por razões religiosas, pela própria necessidade, pela falta da escrita e impossibilidade de colheita de depoimentos orais.<sup>2</sup>

O conspurgador era um meio de prova que surgiu na Idade Média como corretivo ao abuso dos juramentos falsos e consistia no juramento de outras pessoas em abono do prestado pelo acusado ou por quem devia jurar, no intuito de restabelecer o prestígio do juramento.

Os combates judiciais consistiam em verdadeiras lutas entre as partes, onde uma batia na outra e vice-versa e servia para dirimir controvérsias de fato e de direito. Essa prática perdurou por muitos séculos e, se uma das partes fosse menor, religioso ou idoso, deveria ser representada por campeões.

Somente com o fortalecimento do Estado e com o surgimento dos árbitros, é que os primeiros mecanismos de provas surgiram e passou-se a reconhecer a importância de averiguar a existência de elementos, como o testemunho daquele que presenciou o fato e os indícios de materialidade e autoria, de forma que a busca da verdade passou a fundamentar o julgamento.

---

<sup>2</sup> HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1651&categoria=Processual%20Civil](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1651&categoria=Processual%20Civil)> Acesso em: 30 de abr. 2012.

A figura da arbitragem, a partir de então, se consubstanciou e passa a ser obrigatória nas relações de conflito. Desta forma, a demonstração dos argumentos trazidos para que a parte fosse vitoriosa em sua pretensão passa a ser necessária para a solução do conflito, abrindo-se o campo para a produção de provas sobre o fato. Era a predominância da justiça pública sobre a privada, sendo a religião deixada fora do processo de solução dos conflitos.

A fim de evitar o autoritarismo dos juízes, a prova era valorada pela própria lei, que fixava uma hierarquia entre estas, de forma que a confissão recebia maior valor. Nesse sistema exigia-se mais de um testemunho para que houvesse validade legal. Após, em completo antagonismo, surgiu o sistema da livre convicção, na qual o julgador tinha total liberdade para decidir, independente de motivação ou fundamentação. No Brasil esse sistema perdura no Tribunal do Júri.

Bonfim (2009. p.324-325) Em seguida, veio o sistema de persuasão racional, onde o livre convencimento do juiz deveria ser fundamentado, sendo este o sistema adotado pelo direito penal brasileiro, por determinação constitucional, para evitar situações injustas e o excessivo arbítrio dos juízes.<sup>3</sup>

Atualmente, há mecanismos muito mais céleres para a busca do que se convencionou chamar de verdade real nos primórdios do Direito, sendo que tal busca evoluiu consideravelmente em termos de logicidade e cientificidade na formação da prova.

## 2.2 Conceito

É possível sintetizar que a prova é meio utilizado para demonstrar a veracidade de uma alegação feita e tem como objeto os fatos pertinentes à lide, que possam influenciar na convicção do juiz, sendo certo que determinadas alegações são excluídas da atividade probatória.

Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.308) informam que:

A prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção

---

<sup>3</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.324-325.

do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

Para Edilson Mougenot Bonfim (2009, p.303), “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos do processo para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

De Plácido e Silva, *apud* Sérgio Ricardo de Souza e William Silva (2008, p. 295), assim conceitua prova:

Do latim *proba, de probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico a denominação, que se faz pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude do qual se conclui por sua existência do fato ou ato demonstrado.

O direito à prova é um direito de ação e defesa. Dessa maneira, a prova exerce papel fundamental dentro do processo, vez que está vinculada ao mais relevante princípio garantidor do devido processo legal, afinal é direito das partes do processo convencer o juiz da veracidade dos fatos.

Cumprido salientar que não há hierarquias entre as espécies de provas, bem como seu rol não é taxativo, podendo as partes se valer de provas não previstas em lei, desde que obtidas por meio idôneo, cabendo destacar que o direito de produzi-la está assegurado pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º inciso LIV, LV e LVII, a saber:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em regra, o sistema processual penal brasileiro é acusatório, isto é, o juiz assume a posição de espectador, sem iniciativa probatória (há exceções, como é o caso do art. 156 do Código de Processo Penal), formando sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes, assegurando a imparcialidade.

A legislação pátria determina que o ônus da prova compete às partes do processo, contudo, o juiz poderá ordenar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção

antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida (artigo 156, I do Código de Processo Penal).

Júnior. (2008, p. 494), destaca:

O sistema processual brasileiro é (neo) inquisitório, pois o art. 156 e, tantos outros, atribuem à iniciativa probatória do juiz, e que possui como agravante a prevenção como causa de fixação da competência de modo que o juiz ator da fase pré-processual será o mesmo que pela regra do art. 83 do Código de Processo Penal (CPP) irá atuar na fase processual.

Saliente-se que na produção de provas exige-se o contraditório, assim, as provas devem ser colhidas na presença das partes e do juiz, bem como devem ser submetidas a debate pelas partes.

Para Lopes (2008. p.500) “Somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal.”

Não obstante, o direito à prova tem seus limites, os quais decorrem da necessidade de garantir um processo pautado na legalidade. Um bom exemplo dessa limitação é a proibição da utilização das provas ilícitas no processo.

### **3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA JUDICIAL**

#### **3.1 Princípio da verdade real**

Inicialmente cabe destacar que a verdade é uma e indivisível e sua busca se dá por meio de um processo de reconstrução histórica dos fatos.

O princípio da verdade real, também conhecido como princípio da verdade material ou da verdade substancial, procura introduzir no processo penal o retrato que mais se aproxime da realidade. Nas palavras de Souza, Silva (2008, p.29):

o princípio da verdade real recomenda ao julgador e as partes, principalmente o Ministério Público, que eles se empenhem no processo penal, de modo a reconstituir os fatos aludidos na peça acusatória, de forma mais fiel possível buscando-se atingir a ideologicamente pretendida verdade real.

Por sua vez, Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.308) asseveram que:

Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições e sim por intermédio de um esforço probatório sólido.

Saliente-se ainda, que o alcance da verdade sofre limitações, dentre elas, a proibição de utilização de provas ilícitas no processo, prevista no art. 5º, inc. LVI, da CF/88. Esta norma constitucional reflete significativamente na busca da verdade, uma vez que se estabelece parâmetros de licitude a serem observados durante a instrução criminal.

#### **3.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa**

O princípio do contraditório e da ampla defesa são imprescindíveis para a realização legítima e justa dos julgamentos jurídicos, encontrando seu fundamento legal no artigo 5º inciso LV da Constituição da República de 1988, o qual revela que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, cabe destacar as palavras de Sérgio Ricardo de Souza e William Silva (2008, p.332):

Toda prova admite contraprova, fazendo-se necessária, após a produção de determinada prova, a oitiva da parte adversa, bem como a co-participação das partes nas provas produzidas na fase judicial, tendo o direito de colaborar na formação da própria prova, seja apresentando quesitos – no caso de prova pericial - seja mesmo efetuando questionamentos e solicitando esclarecimentos pertinentes, na hipótese de prova pessoal.

Bonfim (2009. p.41) expõe sobre o contraditório da seguinte forma:

O contraditório origina-se da expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte) e informa que as partes devem participar ativamente de todos os atos do processo, tendo igual oportunidade de se manifestar, sendo visto como o direito de participar e de ser informado de todos os atos do processo. É ato imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Por sua vez, a ampla defesa é o direito das partes de apresentar argumentos em seu favor, quando possível, e se manifesta pela defesa técnica ou pela autodefesa. A defesa técnica é exercida por advogado habilitado, em nome do acusado, e garante à presença do defensor em todos os atos do processo, sendo ilegal a prática de colher a prova, sem a presença do réu ou de seu defensor. Assim, a defesa técnica é indisponível, por ser garantia do imputado, o qual se encontra em situação de inferioridade frente ao poder estatal de acusação, servindo como condição de paridade de armas. A autodefesa é exercida diretamente pelo acusado, sendo dispensável, e informa o direito de presença do réu nos atos processuais. A defesa pessoal no processo penal brasileiro só se apresenta amplamente possível por ocasião do interrogatório, onde o réu tem o direito de não se auto-incriminar (defesa pessoal negativa), bem como, de participar de acareações, reconhecimentos e submeter-se a exames periciais (autodefesa positiva).

Sábias são as palavras de Sérgio Ricardo de Souza e William Silva ao dissertar sobre o direito de defesa (2008, p.22):

O processo penal lida com os principais direitos humanos da pessoa, pois estão em jogo a liberdade e a propriedade dos acusados, bem como a sua honra. Ao lado do direito à vida, esses são os bens mais valiosos do ser humano. Assim, ao se pretender limitar ou excluir algum desses direitos, inevitavelmente há que se permitir ao processado que exerça na maior amplitude possível a sua defesa, como, aliás, frisou o constituinte, ao inserir no artigo 5º, inciso LV a ampla defesa será assegurada “com os meios e recursos a ela inerentes”.

Lopes (, 2008. p.510) ao se referir ao contraditório faz uma breve distinção entre contraditório e direito de defesa:

Teoricamente, contraditório e direito de defesa são distintos, mas indissolivelmente ligados, pois a defesa garante o contraditório, e por este se manifesta e é garantida. Por não haver uma distinção clara entre ambos, parte da doutrina afirma que a defesa é elemento do contraditório.

Especificamente em matéria probatória, o contraditório e o direito de defesa devem permear todos os atos e momentos da prova, ou seja, sua postulação, admissão, produção e valoração.

### **3.3 Princípio da comunhão da prova**

Antes de conceituar, importante é a explicação dado por Sérgio Ricardo de Souza e William Silva (2008, p.343) sobre o tema:

Uma vez a prova sendo efetivamente produzida e o seu conteúdo estando integrado aos autos do processo, ou sendo a sua integração uma mera formalização (como ocorreria numa situação em que deferida e realizada uma escuta telefônica, o Ministério Público não quisesse juntar a gravação aos autos), resta fácil afigurar-se a aplicação do princípio da aquisição ou comunhão das provas como forma de garantir a juntada. Entretanto em situações em que foi apenas apontada a fonte da prova, mas ainda não se consolidou a produção da mesma, há necessidade de serem observadas as regras processuais para, no caso concreto, verificar se cabe ou não a aplicação do referido princípio, surgindo como situação mais comum na instrução processual o arrolamento de testemunhas por uma das partes, normalmente a acusação (CPP, art.41, parte final) que posteriormente vem a requerer a substituição da testemunha (CPP, art. 397) ou mesmo a desistir da oitiva (CPP, art.404), não cabendo nesses casos a aplicação do princípio da comunhão, pois nada há de ser comungado, já que não houve a efetiva prestação do depoimento.

Pois bem, através das leitura do trecho acima, é possível entender que a prova trazida ao processo pode ser utilizada por qualquer dos litigantes, uma vez que ela se incorpora ao processo. Assim, o princípio da comunhão traduz a idéia de que a prova serve indistintamente ao juízo, e não a quem a produziu, integrando um conjunto probatório unitário. Assim, não há que se falar em exclusividade sobre o conteúdo da prova, pois não está inserida no patrimônio de qualquer das partes e sim, poderá ser utilizada por qualquer das partes em suas teses defensivas.

### **3.4 Princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção da inocência constitui uma das garantias fundamentais de liberdade e dignidade do cidadão, sendo assegurado pela Constituição da República e por tratados e convenções internacionais.

Lopes (2008. p.496) “Saliente-se que o direito a liberdade é um valor superior no ordenamento jurídico e ocupa, graças ao princípio da presunção da inocência, uma posição preferente quando comparado ao poder de punir.”

A partir do momento em que o imputado é presumivelmente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Assim, a carga da probatória está absolutamente nas mãos do acusador, tendo a defesa o direito de contradizer o fato alegado com contra-provas.

Souza, (2008. p.338) dispõe da seguinte forma sobre os princípios:

O princípio da presunção da inocência se reveste de dois aspectos. O primeiro diz respeito às medidas coativas impostas ao réu, principalmente no que se refere a prisão cautelar, impondo que esta não pode se apresentar como punição antecipada, mas somente como uma medida de caráter assecuratório e vinculada a real necessidade. Quanto ao segundo aspecto, tem a ver com o ônus da prova, informando que o ônus de provar os fatos narrados na peça acusatória é integralmente do acusador e se ele não conseguir demonstrar a culpa do réu deverá ser aplicada a máxima latina *in dubio pro reo* (na dúvida, decide-se a favor do réu), absolvendo-se o réu.

Ao lado do princípio da presunção de inocência, o princípio do *in dubio pro reo* reforça a regra de não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada. A única certeza exigida pelo processo penal para prolação de uma sentença condenatória é a prova de materialidade e autoria do crime e, caso essas não sejam alcançadas, deve haver absolvição.

Este princípio, também conhecido como estado de inocência ou presunção de não-culpabilidade está inserido no art. 5º, inciso LVII da Constituição brasileira e informa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Logo, o acusado é presumidamente inocente durante o processo e somente depois da sentença condenatória transitada em julgado será considerado culpado.

### **3.5 Princípio da oralidade**

Nos dizeres de Bomfim (2009. p.69) podemos entender que o princípio da oralidade:

[...] tem como reflexo a celeridade processual, melhorando o acesso a justiça e a qualidade da prestação jurisdicional, operando-se pela imediatidade, consistindo na

concentração dos atos em audiência e na identidade física do juiz, uma vez que aproxima as partes do processo, economizando recursos materiais e tempo e tem como a identidade física do juiz e a concentração dos atos em audiência.

A oralidade ganhou destaque na lei 9.099 de 1995 que regulamenta os processos de competência dos Juizados Especiais, sendo que no rito ordinário, sua aplicação é relativizada.

Nesse sentido informa Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.331):

Do princípio de oralidade, decorre o princípio da concentração, buscando-se centralizar a produção probatória em audiência única ou no menor número delas (at., 400, § 1º do CPP), e o princípio da imediatidade, aproximando o magistrado do contexto probatório, com as provas produzidas perante a autoridade.

A oralidade consiste na primazia à prova produzida oralmente, em audiência, na busca da formação da convicção do juiz. O princípio da oralidade sobrepõe a palavra falada à escrita, devendo esta ser empregada apenas quando indispensável à apuração e documentação dos fatos.

### **3.6 Princípio da publicidade**

O princípio da publicidade determina que a instrução criminal seja pública, assim como o restante dos atos processuais, salvo as exceções legais acima mencionadas. Desta forma, busca-se limitar formas opressivas de atuação da justiça criminal, bem como facilitar o controle dos atos processuais pelas partes e pela própria sociedade sobre o Judiciário e o Ministério Público.

Em regra, os atos processuais são públicos, sendo ilegal qualquer restrição imposta ao seu acompanhamento, salvo quando presente o interesse social ou a necessidade de defesa da intimidade, ou nos termos do art. 792, § 1º do Código de Processo Penal se da publicidade “puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem”, o juiz poderá reduzir o número de pessoas presentes.

Ademais, dispõe o artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República de 1988 que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem”.

Ainda, o artigo 93, inciso IX da Constituição da República de 1988 revela que:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes, seus advogados, ou somente a estes

Como se verifica, o maior benefício trago pelo princípio da publicidade é dificultar os abusos, omissões e leviandades, vez que se confere um controle constante dos atos processuais pelas partes envolvidas e pela própria sociedade.

### **3.7 Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade é princípio geral do Direito e, num primeiro momento, implica a proibição de que o Estado, ao agir, pratique qualquer intervenção desnecessária ou excessiva na restrição nos direitos fundamentais do cidadão e interesses públicos.

Assim, a atuação do Estado deve ser proporcional, ou seja, deve atender aos sub-princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Bonfim (2009. p.62) dispõe que:

A adequação expressa a relação entre o meio empregado para alcançar determinado fim. A necessidade ou exigibilidade impõe que a medida adotada represente gravame menos relevante do que o interesse que se visa tutelar. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito irá fazer uma ponderação entre os interesses em conflito, reconhecendo a prevalência de um interesse sobre outro.

O princípio da proporcionalidade tem grande aplicação no processo penal, embora não tenha um dispositivo legal que o defina expressamente, como bem enfatiza Sérgio Ricardo de Souza e William Silva (2008, p.8):

A falta dessa previsão expressa não tem se constituído óbice ao diuturno reconhecimento do princípio da proporcionalidade, quer no campo doutrinário, quer no campo jurisprudencial, até porque ele consiste em uma imposição presente em qualquer sistema constitucional lastreado em garantias fundamentais, caracterizadoras de uma constituição típica de um Estado de Direito Democrático.

Carnaúba (2000. p.100) assevera que:

[...] o próprio § 2º do artigo 5º da Constituição da República de 1988 afirma a validade do princípio da proporcionalidade, pois “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Esse dispositivo visa evitar injustiças que possam decorrer da aplicação intransigente de qualquer norma prevista no artigo em que se insere.

Ainda, com maestria Bonfim (2009, p.60) defende a seguinte posição sobre a definição do princípio da proporcionalidade:

Aduz-se, contudo, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios – metáfora da colisão de princípios – e do balanço dos valores em oposição (ex. tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública) não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto.

Nota-se que o princípio da proporcionalidade tem importante aplicação no campo de valoração da prova, sendo invocado como instrumento de ponderação em situações em que há confronto entre garantias de intimidade do indivíduo e a necessidade de quebra de sigilos, como por exemplo, o telefônico e o fiscal.

Em síntese, Souza (2008, p.7) “o princípio da proporcionalidade vem para inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos processuais.”

Trata-se de garantia da integridade física e moral do cidadão, funcionando como critério para a solução de conflitos de direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República, ponderando os interesses envolvidos no caso concreto.

### **3.8 Princípio do livre convencimento motivado**

A motivação inclui a fundamentação legal da decisão. A obrigatoriedade da fundamentação da decisão representa uma garantia contra a arbitrariedade do Estado-juiz, assegurando a possibilidade de impugnação, servindo de controle de eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência.

Cabe ressaltar o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição da República de 1988 e o artigo 155 do Código de Processo Penal, ao assegurar o livre convencimento do juiz:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos

elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nota-se que este princípio é voltado para o juiz da causa, o qual tem liberdade para valorar os elementos probatórios de acordo com sua convicção, desde que fundamente sua decisão, indicando os elementos de prova que determinaram seu convencimento, bem como as razões pelas quais esses elementos são considerados determinantes.

Ressalta-se ainda que não há hierarquia entre as provas, sendo que todas as provas são relativas, não tendo uma prova maior prestígio que a outra. Assim, na livre apreciação destas, o juiz formará a sua convicção, vez que não está subordinado a nenhum critério apriorístico ao apurar a verdade real.

Vale lembrar que o magistrado está adstrito àquelas provas que se encontram nos autos, ou seja, aquela colhida na fase processual, bem como é vedado ao magistrado fundamentar sua decisão apenas com elementos colhidos na fase do inquérito policial, salvo as provas cautelares, as irrepetíveis e as antecipadas<sup>4</sup>.

Segundo Aury Lopes Júnior (2008, p. 518), o juiz na formação de seu convencimento, jamais deve assumir a posição de juiz-ator, buscando e diligenciando de ofício para colher a prova, pois seu convencimento deve ser formado a partir do que lhe é trazido pelas partes, bem como salienta que o juiz deve respeitar o tempo da acusação, da defesa, da prova e evitar ao máximo os juízos imediatos e pré-julgamentos. Na verdade, o livre convencimento é mais limitado que livre, e assim deve ser por se tratar de poder.

O princípio do livre convencimento motivado encontra exceção nos crimes contra a vida de competência do tribunal do júri, já que neste caso há a garantia do sigilo das votações e soberania do veredicto.

### **3.9 Princípio da não-incriminação**

Sabe-se que é da natureza no ser humano não se incriminar e lutar pela sua liberdade, pelos seus direitos. Trata-se de autodefesa.

---

<sup>4</sup> MARCÃO, Renato. A produção antecipada da prova no art. 366 do Código de Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4118>>.

Bonfim (2009, p.319) discorre da seguinte forma sobre o princípio da incriminação:

Assim, o princípio da não incriminação tem como fundamento o direito constitucional do acusado ao silêncio, de não produzir provas contra si mesmo, de não se confessar culpado, de não se auto-incriminar, de permanecer calado e o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal. Ressalta-se que o silêncio ou a não-colaboração, conforme o caso, não pode ser interpretado contrariamente à defesa, não servindo de prova contra o acusado.

Esta garantia esta prevista no art. 5º inciso LXIII da Constituição da República de 1988 que dispõe que “o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado...” e embora pareça, este preceito não se restringe apenas a pessoa presa.

Trata-se de princípio desenvolvido a partir da premissa de que não se pode exigir que uma pessoa acusada de um crime, e sujeita a ser punida por isso, seja obrigada a fornecer elementos que colaborem na demonstração de sua culpa.

### **3.10 Princípio da identidade física do juiz**

Aury Lopes Júnior. (2008, p.520), sabiamente faz a seguinte ressalva quanto as vantagens e desvantagens do princípio da identidade física do juiz:

O juiz que presidiu a coleta da prova e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e imputado tem uma visão mais ampla no caso penal submetido a julgamento. Essa é uma vantagem, mas ao mesmo tempo, pode ser um grave inconveniente. Isso porque esse juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus pré-julgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade. O princípio da identidade física afeta diretamente a maneira como o juiz “sente” a prova e os fatos reconstruídos no ritual recognitivo da instrução. E isso pode ser positivo ou negativo. (...) o importante é convencer o julgador. Daí porque, tudo pode ser em vão quando a decisão é proferida por alguém que não participou desse complexo ritual (...).

Por sua vez, assim, dispõe o art. 399, § 2º do CPP:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e assistente. §2º. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Com se verifica, o princípio da identidade física do juiz exige que o mesmo juiz que colheu a prova, profira a sentença, devendo ser observados os princípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade, constituindo uma exceção a este princípio as provas colhidas a distância, tais como os depoimentos produzidos em outras comarcas através de carta precatória, ou rogatória, se for no exterior.

## **4 PROVAS ILÍCITAS**

### **4.1 Conceito**

A doutrina brasileira, na classificação das provas obtidas com violação ao direito, faz menção a provas ilegais, ilícitas e ilegítimas. A prova ilegal seria gênero da qual são espécies as ilícitas e ilegítimas. Assim, a prova é ilegal quando infringir norma de caráter processual ou material. Será ilegítima a prova obtida com violação a lei processual penal no momento de sua produção em juízo, como por exemplo, a prova produzida unilateralmente.

Lopes (2008. p.548) conceitua provas ilícitas da seguinte maneira:

Por sua vez, prova ilícita é aquela obtida com violação a direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre fora do processo, como por exemplo, a interceptação telefônica ilegal. Contudo, a Lei Maior determina que são ilícitas todas as provas obtidas em desacordo com qualquer norma legal.

Bonfim (2009, p.311) assim conceitua prova ilícita:

Aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material. São exemplos de provas ilícitas a interceptação telefônica sem autorização judicial, a confissão do acusado mediante tortura, a busca e apreensão domiciliar realizada a noite ou sem autorização judicial.

Souza ; Silva (2008, p.302) informam que:

Prova ilícita é aquela obtida ou colhida extraprocessualmente, com afronta a regra de direito material, com assento constitucional ou infraconstitucional, ao passo que a prova ilegítima ocorre dentro do processo, no momento em que é produzida (ex.: instrução e julgamento sem a presença do advogado).

### **4.2 Lei 9.296 de 24 de julho de 1996**

A vedação as provas ilícitas determinada pela Carta Magna visa garantir segurança jurídica as partes da ação penal, bem como é medida utilizada para assegurar os valores impostergáveis do homem, como a honra, a inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de telecomunicações.

No caso das comunicações telefônicas, a própria Constituição da República trouxe uma exceção à regra da inadmissibilidade dessa espécie de prova quando obtida por meios ilícitos, conforme se observa na parte final de seu artigo 5º inciso XII, a saber:

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

Assim, a lei 9.296/96 foi criada para regulamentar a parte final do inciso XII do artigo 5º da Lei Maior, estabelecendo hipóteses de autorização judicial somente para a interceptação do fluxo de comunicações telefônicas em sistemas de informática e telemática, sob sigredo de justiça, que no caso, não configuram provas obtidas ilicitamente, a saber<sup>5</sup>:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Lei 9.296/96 de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília 25 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L9296.htm>>.

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

Art. 7º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 24 de julho de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

Importante salientar que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, anterior a edição da Lei 9.292/96, eram consideradas provas ilícitas, mesmo quando houvesse ordem judicial, por não haver lei complementar.

#### **4.3 Lei 9.034 de 03 de maio de 1995**

A Lei 9.034 de 03 de maio de 1995, também conhecida como Lei de Combate ao Crime organizado, dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e, principalmente, define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

O artigo 288 do Código Penal conceitua quadrilha ou banco como a associação de mais de três pessoas, para o fim de cometer crime, com pena de reclusão de um a três anos, aplicando a pena em dobro se estiverem armado. Cumpre informar, consoante o artigo 8<sup>a</sup>, da Lei 8.072/90, se a quadrilha ou banco é formada com intuito de cometer crimes hediondos a pena é de 3 a seis anos de reclusão.

Embora a Lei 9.034/95 não tenha trago um conceito legal de organização criminosa, sua definição encontra-se no Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo, que entende por grupo criminoso organizado.

O Supremo Tribunal Federal, no HC 171.912/SP, determinou que o crime organizado é aquele estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção de Palermo, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

No que tange a busca pela verdade, a Lei 9.034/95 traz em seu artigo 2<sup>o</sup> os procedimentos de investigação e formação de provas permitidos em qualquer fase da persecução criminal, sem prejuízo dos já previstos em lei, quais sejam: a ação controlada, que consiste em retardar a ação policial para aguardar o momento mais propício, que produza mais efeito; o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Nestes casos, a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Como se verifica, esta Lei autoriza o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais do acusado. Todavia, ela determina em seu artigo 3<sup>o</sup>, que “ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz”, mediante sigilo.

Tal determinação traga pela Lei de Combate ao Crime Organizado, sofreu muitas críticas de juristas e doutrinadores, sendo considerada inconstitucional, sob o argumento de que não cabe ao juiz participar ativamente dos atos investigatórios, sob pena de ferir o princípio da imparcialidade, do devido processo legal e do juiz natural, os quais são basilares para a atuação jurisdicional.

Desta forma, foi proposta Ação direta de Inconstitucionalidade da

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.
2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.
3. Funções de investigador e inquiridor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

Nos processos de apuração de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92), bem como de sonegação fiscal e corrupção, é comum o pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal pela Polícia, Ministério Público, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e pelo Fisco, nos procedimentos investigatórios.

Questiona-se que a quebra de sigilo bancário e fiscal fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo o mandado de segurança o meio utilizado pelo investigado para frear as investigações arbitrárias e insubsistentes.

Luis Flávio Gomes, comentando a Lei n.º 9.034/95, enfatiza que esta é um dos maiores exemplos de autoritarismo penal, portanto, consiste em o juiz valer-se desse “fantasma jurídico” (crime organizado ou organização criminosa) para tolher qualquer tipo de direito ou garantia fundamental dos suspeitos, indiciados, acusados ou condenados. Juridicamente os juízes estão proibidos de determinar qualquer tipo de conseqüência penal ou processual com base nesse “fantasma jurídico”. Na *praxis* forense a violação dessa proibição tornou-se uma constante. Isso comprova o quanto o autoritarismo penal vem penetrando na nossa ordem jurídica.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Revista Consultor Jurídico, 3 de março de 2011. O conceito de organização criminosa é um fantasma. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-03/coluna-lfg-brasil-conceito-organizacao-criminosa-fantasma>>.

Por sua vez, há outra vertente, que defende que o direito ao sigilo dos dados bancários e fiscais não pode ser absoluto, a ponto de obstaculizar a legítima ação do Estado e o interesse da sociedade, encobrendo atos ilícitos, devendo ceder ao princípio da moralidade se restar demonstrada a necessidade da investigação criminal.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do HC 125846/SP declarou que “inexiste constrangimento ilegal quando decisão judicial que decretou a quebra do sigilo bancário e fiscal demonstra a necessidade de complementar investigação criminal que já se iniciou, com elementos suficientes para indicar o rumo das diligências a serem efetuadas”.

Ainda no julgamento do Recurso Especial 891268/RJ o STJ entendeu que “a regra do sigilo bancário deve ser mitigada nas hipóteses nas quais as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos”.

#### **4.4 Provas ilícitas por derivação**

A Constituição da República de 1988 veda expressamente a utilização de provas ilícitas no processo, contudo, cabe discutir a admissão das provas obtidas direta ou indiretamente dessas provas.

Lopes (2008. p.554) ao explicar sobre as origens das provas ilícitas por derivação demonstra que:

A doutrina das provas ilícitas por derivação teve sua origem nos Estados Unidos, no julgamento do caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, tendo a expressão teoria do fruto da árvore envenenada ou *The fruits of de poisonous tree fruits* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nordone v. United States*, em 1937.

Essa teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem ser desprezadas por estarem contaminadas por material probatório obtido com violação ao direito constitucional e material do acusado. Assim, entende que se a árvore está envenenada, seus frutos também estão. Um exemplo de prova ilícita por derivação é a confissão mediante tortura ou a interceptação telefônica clandestina, cujas informações deram origem a uma busca e apreensão.

Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, citados por Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.315), ao aduzirem que “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) adota a teoria do fruto da árvore envenenada, como se observa nos seguintes julgamentos:

ACÇÃO PENAL. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. **Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 90.298/RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Rosane dos Santos da Silva. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Cézar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 16.10.2009, p. 353) (grifos nossos)

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 permitam a autorização judicial. Precedentes. a) 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). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado 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. 2. 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 de todos os cidadãos. 3. **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.** 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 72.588/PB. Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho. Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator: Cézar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 04.08.2000, p. 491) (grifos nossos)

Entretanto, o tema não é pacífico, pois a Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, só vedou a inadmissibilidade das provas ilícitas, não dispendo

expressamente que a prova derivada de outra prova ilícita seja inadmitida, bem como não prever qualquer ressalva para a prova derivada de outra prova ilícita.

Uma corrente minoritária defende que esta omissão afastaria a contaminação das provas derivadas da prova ilícita. Nesse sentido, Paulo Rangel, citado por Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.315), ressalta que “é do entendimento de que a prova obtida ilicitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição) não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”.

Ainda, enfatiza Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.315) que “a rigidez de uma ou outra interpretação pode levar a conseqüências processuais desastrosas”.

Uma vez que a prova ilícita pode ser extremamente prejudicial ao processo, houve a necessidade de colocar limites à contaminação das provas. Com a reforma dada pela lei nº. 11.690/08 ao artigo 157 do CPP evidenciou-se o seguinte tratamento à teoria do fruto da árvore envenenada, que está consagrada no § 1º do referido artigo, a saber:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais.  
§1º. **São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.**  
§2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.  
§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.  
§4º. (vetado). (grifos nossos)

Por força do parágrafo 1º do art. 573 do CPP, uma vez considerada ilícita a prova, deve ser verificada eventual contaminação que essa prova produziu em outras e até mesmo na sentença.

Quanto a ressalva do parágrafo primeiro do art. 157 do CPP, ela informa que a teoria do fruto da árvore envenenada não incidirá se não for possível estabelecer o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a que supostamente dela decorreu, bem como, não incidirá se a prova puder ser obtida por fonte independente.

Intimamente ligada ao nexo causal, é possível extrair do parágrafo primeiro do art. 157 do CPP duas limitações: descoberta inevitável e fonte independente.

Távora (2009. p. 317) explica que:

A fonte independente informa que o processo poderá ser aproveitado se existirem outras provas, absolutamente independentes das ilícitas, aptas a certificar a autoria e

materialidade delituosa. Dessa forma, se o nexó entre as provas não for evidenciado, não há que se falar em contaminação.

Junior (2008, p.555), cita o seguinte exemplo de aplicação da teoria da fonte independente:

Ocorreu no caso *Murray v. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida, e que não estava contaminada. Isso, porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal.

Quanto a descoberta inevitável, esta ocorre quando uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, de forma que, o vínculo entre a prova originária e a derivada não tem o condão de contaminar e rejeitar esta última.

Távora; Antonni (2009, p.317) assim exemplificam a teoria da descoberta inevitável:

Não se deve reconhecer como ilícita as declarações de testemunha que foi descoberta mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas à interceptação, como testemunha do fato. Mesmo que a interceptação não existisse, a testemunha seria revelada pelas declarações das demais. A interceptação acabou não sendo decisiva para o descobrimento desta pessoa, que inevitavelmente figuraria como testemunha, já que as demais a indicaram como tal.

Nota-se que tanto a fonte independente, quanto a descoberta inevitável mitigam a eficácia da teoria da contaminação.

Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p.318), citando Walter Nunes da Silva Júnior, acentuam que “na prova independente não existe liame entre a prova ilícita e as demais, e na descoberta inevitável, o nexó existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se opere, ainda assim seria produzida dentro da lei”.

Importante se faz destacar o entendimento da Suprema Corte sobre a fonte autônoma da prova, a saber:

PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO

DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - (...)

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - (...)

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** - A

QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES" (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº. 90.376/RJ. Reclamante: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Reclamado. Ministério Público Federal. Relator Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, 18.05.2007, p. 113) (grifos nossos)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA EM PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS "FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA". PROVAS AUTÔNOMAS. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP À ESPÉCIE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. LIMINAR CASSADA. 1. **A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença.** 2. Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado. 3. É impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o co-réu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação. 4. No que se refere aos fundamentos adotados na dosimetria da pena, não se vislumbra ofensa aos artigos 59 e 68 do Código Penal. A motivação dada pelo Juízo sentenciante, além de satisfatória, demonstrou proporcionalidade entre a conduta ilícita e a pena aplicada em concreto, dentre os limites estabelecidos pela legislação de regência. 5. Habeas corpus denegado e liminar cassada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 89.032/SP. Impetrante: Guilherme Menezes Naves. Paciente: Otávio Ceccato. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Menezes Direito. Diário da Justiça, Brasília, 23.11.2007, p. 79) (grifos nossos)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO COM FUNDAMENTO EM OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO. **A questão da prova ilícita, decorrente da não-observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada.** Embargos de declaração rejeitados. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 84.679/MS. Impetrante: Luiz Vicente Cernicchiaro. Paciente: Odacir Antônio Dametto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau. Diário da Justiça, Brasília, 30.09.2005, p.23) (grifos nossos)

Souza (2008. p.307) destaca que:

[...] o STF pacificou sua jurisprudência no sentido de que não há nulidade do processo e da decisão atacada, embora presente a prova ilícita por derivação, quando o julgador baseou-se em outras provas não viciadas, distintas e independentes da ilícita e que, por si, são suficientes para fundamentar a referida decisão, regra esta aplicável também à própria prova ilícita, e está em consonância direta com a nova redação do artigo 157 do CPP e seus parágrafos.

Ainda, quanto à vedação do parágrafo quarto do artigo 157 do CPP pela Lei 11.690/2008, diversas críticas recebeu a mesma. O referido parágrafo tinha como finalidade evitar a contaminação do julgador e previa o seguinte: o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. Agora, diante da ausência de dispositivo legal sobre a matéria, não se sabe se o juiz, ao proferir sentença, utilizou exclusivamente as provas válidas do processo.

Quando um juiz que já tenha tomado ciência da prova ilícita, a qual foi posteriormente desentranhada do processo, julga novamente o mesmo caso, torna-se difícil manter a imparcialidade e independência, uma vez que aquela prova ilícita ainda permanece em sua consciência. Por outro lado, se ainda existisse tal vedação, haveria uma quantidade enorme de anulação de processos e troca de juízes, abarrotando ainda mais o judiciário.

Ao vetar ao referido dispositivo levou-se em conta o disposto no art. 5º, IX, da CR/88 que informa que o juiz encontra-se obrigado a fundamentar suas decisões. E essa fundamentação é a garantia maior de que ele não utilizará a referida prova para formar seu convencimento. Diante desse impasse, uma solução seria o próprio juiz declarar, se for o caso, suspeito por motivo de foro íntimo.

## 5 TEORIAS DE ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Somente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos é que passou a se preocupar com a ética no âmbito do processo penal. O tema de vedação das provas ilícitas foi deixado de lado por muito tempo, devido à busca desgovernada pela verdade real.

Souza (2008, p.299) dispõe:

Em um primeiro momento, a doutrina, embora reconhecendo a necessidade de frear a captação de provas ilegais, caminhou no sentido de que a prova, mesmo viciada, poderia ser utilizada para formar a convicção do juiz, entendendo que em tal caso deveria o Estado apurar a responsabilidade pelos atos ilegais praticados na coleta da prova e punir os culpados.

As vedações probatórias começaram a ganhar força na Alemanha e nos EUA que consolidaram sua jurisprudência pela proibição da prova ilícita, através de casos reiteradamente citados pela doutrina internacional. Posteriormente, tal postura foi adotada pela maioria da doutrina e pelos tribunais dos países europeus.

Por muito tempo a doutrina nacional se dividiu somente em duas correntes, uma defendendo a inadmissibilidade absoluta e outra a sua admissibilidade. Hoje, parte considerável da doutrina busca flexibilizar essas correntes com visões tão extremas.

### 5.1 Teoria da admissibilidade das provas ilícitas

Para essa corrente minoritária não interessa a violação do direito material, a prova poderia ser admitida desde que não fosse vedada pelo ordenamento processual. Os defensores dessa teoria entendem que a prova ilícita somente deverá ser afastada do processo se for também ilegítima, ou seja, se a sua obtenção infringir norma processual.

Lopes (2008, p.549) ao falar sobre prova expõe de forma clara e precisa sobre o uso da prova no processo da seguinte forma:

Assim, não importa o meio pelo qual a prova foi obtida, mas, se sua introdução no processo é consentida. Defende-se ainda, que o responsável pela produção da prova

ilícita poderia utilizá-la no processo, respondendo em outro processo pela violação da norma de direito material.

Aury Lopes Jr. (2008, p.549) assim disserta sobre essa corrente:

A crítica a essa corrente, nasce exatamente dessa paradoxal situação criada: um mesmo objeto, diante da ilicitude com que foi obtido, seria considerado como corpo de delito para ensejar a condenação de alguém e, ao mesmo tempo, seria perfeitamente válido para produzir efeitos no processo penal. Como dito, no Brasil hoje, é uma posição que não encontra mais qualquer abrigo na jurisprudência.

Nesse sentido, enfatiza Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p.84-85):

A admissibilidade de provas colhidas por meios ilícitos no processo, seguindo o princípio da razoabilidade, não favorece as ideologias em que a manutenção da ordem pública é valor absoluto. Também não torna os cidadãos inteiramente desprovidos da expectativa de se verem respeitados em sua individualidade, como foi na época do nazismo, quando o Estado tinha liberdade para torturá-los fisicamente (...). Como se vê, a falta de efetividade dos limites aos métodos de persecução criminal e investigação criminal, gera inquietação social pela insegurança que impõe aos indivíduos. Fortalece o poder estatal a ponto de subjugar as pessoas, negando-lhes o direito à sua cidadania, reduzindo-as à subserviência.

Admitir a introdução no processo penal das provas colhidas ilicitamente, sem qualquer reserva, é um verdadeiro retrocesso, pois propicia a instalação do caos e do medo, uma vez que as pessoas buscarão a “verdade” que lhes convenha a qualquer custo, transgredindo todos os direitos e garantias conquistadas pelo homem ao longo da história.

## **5.2 Teoria da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade**

A teoria da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade defende que, havendo relevância do interesse público a ser protegido, a prova ilícita poderá ser admitida. Assim, quando direitos e garantias fundamentais entram em confronto no momento da apreciação da prova obtida ilicitamente, os defensores dessa teoria entendem que o juiz deve fazer um balanço dos valores dos princípios em questão, de acordo com a hierarquia constitucional, utilizando o princípio da proporcionalidade para estabelecer o peso de cada um dos bens em jogo. Sendo mais valioso o interesse atingido pelo crime, a prova será admitida; caso contrário, rejeitada.

Para Edilson Mougenot Bonfim (2009, p.318) “a aplicação do princípio da proporcionalidade se faz necessária para garantir a efetiva tutela dos direitos individuais, conferindo ao juiz a possibilidade de valorar a relevância dos interesses em juízo”.

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p.94) faz a seguinte observação:

Para alguns doutrinadores, essa conduta estatal expõe a risco as garantias individuais do cidadão, pois deixa ao arbítrio do juiz decidir caso a caso qual o interesse preponderante. Em verdade, as garantias individuais não serão afrontadas em virtude do emprego da proporcionalidade para análise da licitude de provas criminais, porque esse princípio tem como finalidade prioritária a mínima interferência possível na esfera dos direitos individuais, estruturando-se sobre três subprincípios, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

A crítica de Aury Lopes Jr. (2008, p.550) refere-se “ao perigo dessa teoria de lançar mão do conceito jurídico indeterminado como o da proporcionalidade, que é constantemente manipulável, para impor restrição a direitos fundamentais.”

Essa corrente busca evitar resultados injustos, contudo, é adotada no Brasil com reservas, sobretudo nas questões de família. Em matéria penal são raras as decisões que a adotam.

### **5.3 Teoria da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade *pro reo***

O princípio da proporcionalidade, também denominado teoria da razoabilidade ou do interesse predominante, é um sistema de valoração de normas e princípios jurídicos. Assim, a teoria da admissibilidade em nome do princípio da proporcionalidade *pro reo* veio para atenuar a inadmissibilidade da prova ilícita, aplicando-se a proteção mais adequada possível a um dos bens protegidos em conflito.

Na proporcionalidade *pro reo* a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova dessa inocência. Trata-se de uma excludente de ilicitude, prevalecendo o princípio da inocência e o direito de liberdade. Defende-se que a prova viciada deverá ser aceita no processo, desde que colhida pelo próprio acusado, bem como seja o único meio de assegurar proteção ao interesse ameaçado. Nesse caso, a ilicitude seria eliminada pelo fato do réu está agindo em legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso.

No caso das gravações de conversa telefônica, o Supremo Tribunal Federal tem admitido como lícita à gravação feita por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro interlocutor, desde que a gravação seja feita com finalidade de documentar a conversa em caso de posterior negativa, ou em caso de investida criminosa do interlocutor insciente.

PROVA. CRIMINAL. CONVERSA TELEFÔNICA. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. **Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 401727/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Davi Makarausky. Relator Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 13.02.2009, p. 650) (grifos nossos)

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - **A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação  $\frac{3}{4}$  "*the fruits of the poisonous tree*"  $\frac{3}{4}$  não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº. 503617/PR. Agravante: Ronaldo Echstein de Andrade. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 04.03.2005, p. 363) (grifos nossos)

O STF também admite a licitude da prova de gravação telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando utilizada como excludente de ilicitude:

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, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 74678 / São Paulo. Impetrante: Miguel Reale Júnior e outros. Paciente: Luiz Marcos Klein. Coator. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, 15/08/1997) (grifos nossos)

AGRAVO REGIMENTAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, XII, LIV e LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE AFIRMA A EXISTÊNCIA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ILÍCITA PORQUE EFETIVADA POR TERCEIROS. CONVERSA GRAVADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PRECEDENTES DO STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Alegação de existência de prova ilícita, porquanto a interceptação telefônica teria sido realizada sem autorização judicial. **Não há interceptação telefônica quando a conversa é gravada por um dos interlocutores, ainda que com a ajuda de um repórter.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Para desconstituir o que afirmado nas decisões impugnadas, seria necessário amplo exame do material probatório, o que é inviável na via recursal eleita. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 453562/SP. Agravante: Marcus Vinícius Novaes Villela. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 28.11.2008, p. 783) (grifos nossos)

Ainda, o STF tem positivado que as provas derivadas da interceptação telefônica, cujo prazo foi judicialmente prorrogado, não ficam contaminadas:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. PRORROGAÇÃO. POSSIBILIDADE. Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, **não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação.** Precedente. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº. 85575/SÃO PAULO. Reclamante: Jorge Luiz Bezerra da Silva. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 28/03/2006. Diário da Justiça, Brasília, 16-03-2007) (grifos nossos)

Para Aury Lopes Jr. (2008, p.553) essa teoria é a mais adequada ao processo penal, por ser este instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Dizer que essa teoria é a correta, consiste em afirmar que a garantia constitucional do acusado de ir e vir com seus pertences, em tempos de paz no território nacional, é mais importante do que cumprir a garantia constitucional que determina a inadmissibilidade de uma prova colhida ilicitamente, capaz de comprovar a inocência do réu.

É revoltante pensar que uma pessoa possa ser condenada, pelo fato da única prova de sua inocência ter sido adquirida por meio ilícito. Não é razoável, nem proporcional que seja assegurada a inviolabilidade da intimidade de um criminoso em detrimento do direito de defesa de um inocente. Afinal, até que se prove o contrário, presume-se a inocência do acusado. Por outro lado, ao Estado não se confere o mesmo sentimento de revolta, pois ele possui recursos humanos, físicos e financeiros mais hábeis, preparados e até imediatos para fundamentar sua acusação. Permitir que o Estado lance mão de uma prova ilícita para sustentar sua linha de acusação, irá torná-lo ainda mais arbitrário, o que não se pode admitir.

Ora, determinar que uma norma ou direito seja absoluto, é colocá-los livre de qualquer suspeita e indagação, o que seria arriscado, pois, os bens são valorados pelo homem de acordo com o seu grau de importância, de forma que havendo conflito de interesses, aquele que possui maior valor para a sociedade, daquele local e época, será tutelado em face do outro.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior, citado por Edilson Mougenot Bonfim (2009, p.317):

Se o direito à inviolabilidade da intimidade (CF, 5º, X) e das comunicações telefônicas (CF, 5º, XII) são garantidos pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo, direito à vida e liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vêm no próprio *caput* do art. 5º da Constituição Federal, antes, portanto, da enumeração dos demais direitos fundamentais. Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito e antagônicos, sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo interprete e aplicador da norma.

#### **5.4 Teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas**

Lopes (2008. p.549) discorre:

Esta corrente encontra força, principalmente, quando há violação de direitos constitucionalmente assegurados e defende que a prova ilícita deve ser afastada do processo por ordem da Carta Magna, que dispõem em seu artigo 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Ainda, sustenta que a vedação constitucional não admite exceção ou relativização, encontrando abrigo na doutrina majoritária e na jurisprudência, inclusive no STF.

Contudo, a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos afronta a busca da verdade real e, conseqüentemente, os princípios constitucionais do livre convencimento motivado do juiz e do contraditório e da ampla defesa.

José Roberto dos Santos Bedaque, citado por Edilson Mougenot Bonfim (2009, p.317), assevera que:

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas. Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma oposta àquela da sua convicção?

Aqui, a crítica é sobre a absolutização da vedação, vez que a própria Constituição entende que nenhum direito individual é absoluto, podendo ceder em face da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Oportuna é a lição de Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p.88):

Em casos dessa natureza, inadmitir intransigentemente no processo provas obtidas ilicitamente, a respeito de danos criminosos ao erário público a ao tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, significa proteger o abuso do direito à privacidade de alguns criminosos, em detrimento do direito de outros cidadãos a uma existência compatível com a dignidade humana. Tal injustiça é ainda mais gritante quando se sabe que, na maioria desses casos, somente através de meios ilícitos é possível obter provas de tais crimes. Não olvidamos a advertência do Mestre Rui Barbosa de que as formas tutelares do direito cessarão de proteger os inocentes quando não protegerem indistintamente os acusados, mas acreditamos que essa proteção não é negada quando a classificação das provas como lícitas ou ilícitas se dá por meio de uma aplicação sistêmica da Constituição, observados os critérios de necessidade, urgência dos meios empregados na coleta de provas e plausibilidade das ações investigatória e persecutória do Estado. Tal procedimento envolve uma análise do conteúdo da prova assim produzida, não apenas uma avaliação mecânica e formal da adequação do procedimento utilizado a dispositivos isolados da Constituição.

Saliente-se que os direitos à intimidade, sigilo das correspondências, inviolabilidade do domicílio são exemplos de direito garantidos constitucionalmente que são protegidos pela teoria da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar do tema da admissibilidade da prova ilícita, diversos princípios constitucionais entram em colisão, uma vez que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à intimidade, ao contraditório e a ampla defesa, têm igual proteção conferida pela Constituição da República de 1988.

Em um conflito de interesses, provar a verdade de uma alegação significa preservar a honestidade, dignidade e liberdade de um homem, e no âmbito do processo penal a prova é utilizada pelas partes para convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados, influenciando em sua decisão.

Admitem-se no processo penal todos os meios de prova idôneos. Entretanto, para garantir um processo penal inquisitório calcado na equidade Nader (2007, p.113) “O autor, citando Aristóteles, conceitua a equidade como uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua univesalidade. Seu papel é adequar a norma jurídica geral e abstrata ao caso concreto, em outras palavras a equidade é a justiça do caso concreto “ e segurança jurídica, o direito à prova sofre limitações, devendo observar os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da não-incriminação e a vedação das provas ilícitas.

Embora a Carta Magna tenha previsto expressamente a vedação da admissibilidade da prova ilícita em seu artigo 5º, inciso LVI, o tema é um dos mais controversos, dentro do direito processual penal, tendo em vista à dificuldade de adequar essa regra as demais normas também constitucionais.

Nesse ínterim, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal é a regra a ser observada pelo Estado durante a persecução criminal. Não obstante, o objetivo da referida norma constitucional é proteger os valores inseridos na esfera da intimidade da pessoa, evitando que o Estado e terceiros interfiram em sua órbita.

Em contraposição a teoria que adota a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita, surgiram teorias que defendem o abrandamento dessa vedação, uma vez que existem outros direitos e garantias impostergáveis do homem que merecem igual proteção da Lei Maior.

Bonfim (2009. p. 315) “Hodiernamente, tem grande aceitação o entendimento doutrinário de que seja possível a utilização de prova ilícita, em benefício do acusado, e quando produzida pelo próprio interessado, por traduzir hipótese de legítima defesa”.

A ponderação de interesses é uma prática comum utilizada pela sociedade para resolver seus problemas. Todos os dias as pessoas elegem prioridades, seja em casa ou no trabalho, e ainda na vida afetiva. Assim, a adoção de posicionamentos rígidos sobre a valoração das provas obtidas ilicitamente não é a postura mais adequada a ser tomada pelo aplicador do direito, pois a prática social, ou seja, o costume, assim não determina.

Lançar mão da inadmissibilidade absoluta da prova obtida ilicitamente é ir contra a própria Constituição da República, que determina que nenhum direito é absoluto. Por outro lado, ao abraçar a admissibilidade absoluta estar-se-á colocando em risco a ordem pública e revivendo os anos de tirania estatal. Não obstante, se a proporcionalidade for utilizada sem reservas, os direitos e garantias fundamentais do cidadão também estarão em risco, por ser este princípio facilmente manipulável.

Desta forma, após a análise das teorias sobre a admissibilidade das provas ilícitas, pode-se afirmar que a sua introdução no processo, deve ser aplicada com cautela, bem como fundamentada no princípio da proporcionalidade. Ainda assim, esta exceção somente poderá ser utilizada em favor do réu, quando houver violação a direito constitucional mais relevante que a intimidade a ser resguardada.

Portanto, defende-se aqui a aplicação da teoria da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade *pro reo*, pois estando em jogo o direito de liberdade do acusado e sendo a prova ilícita a única efetivamente capaz de provar sua inocência, a mesma deverá ser aceita no processo penal, por força do §2º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que afirma a validade do princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se que a proporcionalidade não pode ser aplicada em favor da acusação, uma vez que o réu está amparado pelo princípio da presunção de inocência, devendo, portanto, ser processado com base em provas e atos estritamente legais. Além disso, lançar direito ao Estado de atingir a órbita da intimidade do indivíduo para acusá-lo, estar-se-á indo contra todas as garantias conquistadas pelo homem.

Saliente-se que o tema da admissibilidade das provas ilícitas ainda é tratado pela doutrina de maneira tímida e com muitas ressalvas, sendo que a maioria dos doutrinadores apenas transmite o conteúdo das teorias sem se posicionar contra ou a favor.

O próprio STF vem evoluindo sua linha de raciocínio sobre a introdução das provas ilícitas no processo, de forma que não trata o tema com absolutismo, mas busca na proporcionalidade em favor do réu, uma forma de compatibilizar a matéria à realidade de um Estado Democrático de Direito.

De fato, a matéria deve ser estudada com muita atenção pelo operador do direito, pois além de ser elemento essencial na busca da verdade real, a prova é a chave da porta da liberdade do acusado, pois é através dela que o juiz irá fundamentar sua sentença.

## REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 30 de abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto\\_lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto_lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 30 de abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.296/96 de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília 25 de julho de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L9296.htm>>. Acesso em: 30 de abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 90.298/RS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Rosane dos Santos da Silva. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: César Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 16.10.2009, p. 353.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 72.588/PB**. Impetrante: Antônio Pereira de Almeida Filho. Paciente: Paulstein Aureliano de Almeida. Coator: Superior Tribunal De Justiça. Relator: César Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 04.08.2000, p. 491.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 84.679/MS**. Impetrante: Luiz Vicente Cernicciaro. Paciente: Odacir Antônio Dametto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Eros Grau. Diário da Justiça, Brasília, 30.09.2005, p. 23.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº. 89.032/SP**. Impetrante: Guilherme Menezes Naves. Paciente: Otávio Ceccato. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Menezes Direito. Diário da Justiça, Brasília, 23.11.2007, p. 79.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº. 90.376/RJ**. Reclamante: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Reclamado. Ministério Público Federal. Relator Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, 18.05.2007, p. 113.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº. 503617/PR**. Agravante: Ronaldo Echstein de Andrade. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 04.03.2005, p. 363.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 401727/PR**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Davi Makarausky. Relator Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 13.02.2009, p. 650.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº. 85575/SÃO PAULO**. Reclamante: Jorge Luiz Bezerra da Silva. Reclamado: Ministério Público Federal.

Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 28/03/2006. Diário da Justiça, Brasília, 16-03-2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 453562/SP.** Agravante: Marcus Vinícius Novaes Villela. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. Diário da Justiça, Brasília, 28.11.2008, p. 783.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 77678/SP. Impetrante: Miguel Reale Junior e outros. Paciente: Luiz Marcos Klein. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Moreira Alves. Diário da Justiça, Brasília, 15/08/2007.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita.** São Paulo: Saraiva, 2000.

HOLTHAUSEN, Fábio Zobot. **Prova judicial:** conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário. Disponível em:

<[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1651&categoria=Processual%20Civi](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1651&categoria=Processual%20Civi)>  
Acesso em: 30 de abr. 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 3. ed. vol.1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARCÃO, Renato. **A produção antecipada da prova no art. 366 do Código de Processo Penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4118>>. Acesso em: 30 de maio 2012.

MARQUES, Carlos Alexandre. **Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal.** Atuação do Ministério Público. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/202>>. Acesso em: 21 set. 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Andrea Alves dos. **Da produção de provas pelo magistrado no processo penal.** Disponível em:

<[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20081007105909522&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081007105909522&mode=print)>.  
Acesso em: 28 de maio 2012.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual de Processo Penal Constitucional:** pós-reforme de 2008. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.