

Admissibilidade da Prova Ilícita no Direito Penal Brasileiro

Felipe Sarges de Oliveira, Eliane Ferreira de Sousa

Resumo

Este estudo aborda um tema de grande importância para a eficaz proteção dos direitos e garantias individuais e traz fundamentações pertinentes para delimitação da atividade persecutória estatal no que tange ao direito à prova. Todavia, apesar de estar previsto de forma expressa na Carta Magna de 1988 a proibição da prova ilícita, tem sido um tema de grandes discussões doutrinárias refletidas nas jurisprudências dos Tribunais Superiores. Assim sendo, a hermenêutica dada ao artigo 5º, LVI, da Constituição Federal é muito delicada e debatida, pois ocorre que ao se julgar o confronto dessa norma com outra de direito material que lhe é equivalente ou até de maior relevância do que a citada norma, deve ser feita uma ponderação do que é mais razoável em cada caso. Diante disso, o trabalho proporciona uma construção das hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, bem como explana os princípios basilares norteadores que constituem o sistema penal probatório. Ademais, de forma ampla, expõe a matéria da prova ilícita no direito penal brasileiro à luz da previsão por lei formal, doutrina e jurisprudência, assim como demonstra as correntes doutrinárias constituídas em torno do assunto em apreço. Por conseguinte, é mister destacar que o tema central deste trabalho é a admissibilidade da prova ilícita com base na proporcionalidade, cuja hipótese fora construída com o passar dos anos e admitida em situações excepcionais. Por fim, cumpre ressaltar que, no decorrer do trabalho, será demonstrada por julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação prática da admissibilidade da prova ilícita.

Palavras-chave: Prova, Ilícitude, Admissibilidade, Direito Penal

Abstract

This work addresses a theme of great importance for the effective protection of individual rights and guarantees relevant to foundations and brings delineation activity persecutory state regarding the right to test. However, despite being expressly provided in the Carta Magna of 1988 the prohibition of illegal evidence, has been a topic of great doctrinal discussions reflected in the jurisprudence of the Superior Courts. Thus, hermeneutics given to Article 5, LVI, the Constitution is very delicate and debated, because it happens that when judging the confrontation of this standard with other law material it equal or even greater importance than the quoted standard must be weighed is the most reasonable in each case. Therefore, this study provides a construction of hypotheses admissibility of illegal evidence, and explains the basic principles guiding the system that constitute criminal evidence. Moreover, broadly, exposes the matter of illegal evidence in the Brazilian criminal law in light of the forecast by formal law, doctrine and jurisprudence, as well as demonstrates the doctrinal currents formed

around the subject at hand. Therefore, it is necessary to emphasize that the focus of this work is the admissibility of evidence illegally based on proportionality, which this hypothesis had been built over the years and admitted in exceptional situations. Finally, it should be noted that in the course of the work will be judged demonstrated by the Supreme Court and the Superior Court of Justice, the practical application of the admissibility of evidence illegally.

Keywords: *Proof, illegality, admissibility, criminal law*

Introdução

A prova ilícita enquadra-se no grupo da prova vedada, entendida esta como a prova contrária, em sentido absoluto ou relativo, a uma específica norma legal, ou a um princípio de direito positivo. A finalidade da prova é o convencimento do Juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. A Carta Magna, ao tratar sobre o tema, estabelece em seu artigo 5º, inciso LVI, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Todavia, existem estritas hipóteses em que as provas ilícitas podem realmente ser utilizadas. Diante disso, o ponto principal que se coloca é a hermenêutica que deve ser dada ao referido dispositivo da Constituição que afirma serem inadmissíveis no processo as provas ilícitas. É sensato que uma interpretação rigorosa do mandamento constitucional pode acarretar o cometimento de injustiças. Assim, se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, é aceitável a prova obtida ilicitamente, no entanto, vale repisar, tal admissibilidade ocorre em situações extraordinárias e não em via de regra. O tema tem grande relevância no contexto sócio-jurídico, já que se reflete na seara dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, quando em comparação com a atividade persecutória estatal e os direitos de outros indivíduos, bem como nos direitos e garantias de toda a coletividade. Destarte, o objetivo da pesquisa é explanar o alcance do comando constitucional que dita serem vedadas as provas ilícitas. Buscar esclarecer os pontos de admissibilidade de tais provas. Cabe, ainda, realçar o posicionamento da Corte Excelsa, bem como do Superior Tribunal de Justiça. Ainda no que tange à pesquisa, o presente trabalho apresenta uma metodologia fundada em referencial teórico, no sentido de apreciar livros doutrinários, dissertações consideráveis, textos de internet confiáveis, artigos especializados, documentos normativos e jurisprudências. Por fim, sabe-se que as provas ilícitas devem ser obtidas sob o manto da boa-fé, pois destaca-se a atuação dentro dos limites da lei, sem esquecer o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.

Da Prova

A prova não tem conceito definido, entretanto, a palavra *prova* é oriunda do latim – *probatio* –, quer dizer, confirmação, aprovação, argumento, razão, inspeção, exame ou verificação (NUCCI, 2008, p. 375). Diante disso, afirma o Código de Processo Civil, em seu artigo 322, que todos os meios normativos e legítimos, ainda que não expressos no código, são válidos para comprovar os fatos, em que consiste a ação ou a defesa. Em outras palavras, as partes trazem elementos ao processo com o fito de consubstanciar os fatos alegados, que, por conseguinte, serão apreciados pelo magistrado (ARANHA, 2006, p. 05). Assim, entende-se que o acervo

probatório não abarca somente o fato criminoso e sua autoria, mas também: “as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança” (MIRABETE 2000, p. 157), isto é, prova em sentido amplo denota a coleta de todos os elementos relevantes para formação da convicção do magistrado. A finalidade da prova é convencer o magistrado a respeito da realidade adjacente de um fato litigioso. Procura-se a *verdade* processual, isto é, a verdade *atingível* ou *possível* (*probable truth*, do direito anglo-americano). Além do mais, o descobrimento da verdade é incessantemente relativa, pois o que é falso para uns pode ser verdadeiro para outros. A função das partes, no processo judicial, é cativar o juiz, através do raciocínio, de que é certa sua concepção da realidade, ou seja, de que o ocorrido no plano real seja exatamente como está expresso em sua petição. O juiz, mesmo que possa estar errado, convencendo-se da prova, alcança a conclusão forçosa para proferir a decisão. Quando confere sua convicção, ela pode ser verdadeira (de acordo com realidade) ou errônea (que não perfaz a realidade), entretanto, jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeiro” (NUCCI, 2008, p. 376 – 377). Diante disso, Mirabete (2000, p. 256) assevera: Produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo

A prova é um notável instrumento de convencimento do juiz, cujo desígnio é a contribuição para busca da verdade real no âmbito do processo judicial. Desse modo, Tourinho Filho (2002, p. 215) é firme, ao conceituar que provar “é antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”. Ademais, Greco Filho (1993, p. 43) aponta: A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, que seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do Magistrado. Portanto, a prova integra um agrupado de atos realizados pelas partes no processo judicial, isto é, pode ser realizado pelo requerente ou requerido, pelo magistrado e por terceiros, com o destino de levar ao juiz a conclusão acerca da realidade ou não de um fato, de afirmação verídica ou não, tratando-se, enfim, de todos os meios percebidos pelo homem com o desígnio de corroborar as alegações (CAPEZ, 2003, p. 243).

Meios de prova

Meios de prova “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”. Por intermédio deles é que o juiz elabora sua convicção e os pólos procuram evidenciar os fatos narrados (MARQUES, 2000, p. 333). Segundo Tourinho Filho (2009, p. 524), na mesma diretriz de raciocínio, salienta que tudo para corroborar a veracidade é um meio de prova, quais sejam: testemunhas, documentos, perícias, entre outros. Todavia, existem fatos que não precisam ser provados, a exemplo dos fatos notórios, cuja percepção decorre da cultura do homem médio, quais sejam: a) oriundos da ciência; b) da lógica intuitiva; c) da presunção legal absoluta (*juris et de jure*), pois não aceita-se prova em contrário; d) fatos impossíveis, por exemplo, “o réu estava em marte no dia do delito”; e) os insignificantes, irrelevantes ou descabidos, assim determinados aqueles que não constituem solução do caso (NUCCI 2008, p. 298 – 299). Entretanto, os fatos incontroversos necessitam de prova, isto é,

apresentado pela acusação e admitido pelo réu. Ainda que a parte acusada confesse, a parte acusadora deve corroborar sua afirmação com elementos de materialidade e autoria delitiva. A confissão pode ser indagada pelo magistrado conforme expressa o artigo 197 do Código de Processo Penal, pois o valor probatório do réu, quando este revela-se culpado, será confrontado com outros elementos de prova constantes nos autos, para fins de confirmação e compatibilidade.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro admite a condenação com fulcro na prova indiciária. Trata-se de prova circunstancial, fundamentada em indícios. De acordo com Capez (2003, p. 46): Toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral. Por fim, em consonância com os entendimentos ventilados, meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, usados com o objetivo de alcançar a proximidade real dos fatos no processo judicial. Os meios de prova podem ser *lícitos* – permitidos no ordenamento jurídico pátrio – ou *ilícitos* – defronte ao ordenamento –, logo, somente aqueles devem ser levados em consideração pelo magistrado (NUCCI, 2008, p. 376). No que tange aos meios ilícitos, é mister salientar que eles não abarcam somente os que foram taxativamente proibidos por lei formal, mas, outrossim, os antiéticos, imorais, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os dessemelhantes dos princípios basilares do direito (GRINOVER, 1982, p. 60). Portanto, percebe-se que o princípio da liberdade probatória não se reveste de caráter absoluto.

Princípios gerais

A nomenclatura “princípio” transpõe a percepção de causa primária, início, preceito, origem, regra, onde se começa. Assim sendo, infere-se que é o fundamento de alguma coisa (FERREIRA, 2001, p. 556). Na definição jurídica, os princípios são os pilares basilares da norma que evidenciam os valores fundamentais do ordenamento jurídico, administram o exercício do direito e integram o alicerce do sistema jurídico estatal. Na posição de Mello (1991, p. 230) o princípio é: [...] por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Logo, os princípios são orientadores das normas, podem ser implícitos ou explícitos em lei formal, isto é, são consequências da conjugação de variados tipos normativos, em consonância com o estudo de determinada matéria no transcorrer dos anos.

Princípio do contraditório e ampla defesa

O princípio em epígrafe está normatizado no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, a saber: “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, tal princípio possibilita que as partes, em equivalência, sejam postas em condições para exercer todos os meios e atos necessários à formação do convencimento do magistrado.

Abarca, também, a obrigatoriedade de ciência da parte contraposta, dos atos efetuados por uma delas, ou seja, todo acervo probatório no processo judicial deverá ser apreciado por ambas as partes. Corroborando com a afirmação acima, Neto (2006, p. 123 – 124) relata que o contraditório é: [...] é entendido como o direito a ser ouvido (*audiatur et altera pars*), conseqüentemente de defender-se, compreende uma acusação de fato concreto, devidamente claro, preciso e delimitado (imputação), o conhecimento desse fato por meio de ato formal (citação), a presença do acusado a todos os atos do processo, em igualdade de posição com a acusação. Assim, toda a argumentação fática ou exposição de prova produzida no processo por uma das partes possibilita à parte adversa o direito de se manifestar, existindo um perfeito equilíbrio na relação formada entre o anseio punitivo estatal e o direito à liberdade e à conservação do estado de inocência do réu. Trata-se de um princípio atrelado, essencialmente, à relação processual, servindo tanto à acusação quanto à defesa (NUCCI, 2013, p. 94). O magistrado deve escutar a parte autora e sua posição sobre os fatos e, por conseguinte, ouvir a parte ré e a sua alegação, de forma que estejam em equivalência de condições. Em decorrência disso, ambas as partes vão influir no convencimento do julgador a respeito do ocorrido para que enfim possa formar sua percepção. Ademais, se uma parte invoca alguma questão de direito, não existe sempre a necessidade da oitiva da parte contrária, bastando que o magistrado aplique a norma ao caso concreto (NUCCI, 2013, P. 95).

No que tange ao princípio da ampla defesa que denota a possibilidade de ir a júízo, exercer sua defesa diante uma acusação e utilizar-se de todos os meios lícitos para tal finalidade. Sobre o assunto, Marques (1980, p. 102 – 103) fala que a defesa “é o direito que tem o réu ou o acusado de opor-se à pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado contra este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito –, distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Com a primeira, o acusado procurará mostrar, quando isto couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por faltar algum pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade; e com a segunda, tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente.” O princípio do contraditório e da ampla defesa está profundamente atrelado ao devido processo legal, sendo assim, na eminência da condenação de alguém, todas as regras que existem devem ser observadas, sob pena de nulidade.

Princípio da imparcialidade

Este princípio também pode ser chamado de princípio da alheabilidade. O magistrado não pode ter interesse particular em relação às partes e nem extrair proveito econômico. Entende-se por este princípio que o magistrado deve se colocar em uma posição de distância das partes, ou seja, não deve influir em nenhuma prova fornecida pelas partes. O juiz, também, não pode elaborar provas para uma ou outra parte, sendo que dessa forma prevalecerá uma em detrimento da outra. O julgador sempre será indiferente quando não tiver interesse na causa, contudo, sendo o magistrado um humano é certo que o mesmo possua certo tipo de valoração, todavia, esta não deve dificultar ou favorecer qualquer uma das partes no processo (PORTANOVA, 1999, p. 24).

Ademais, de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, confirmado pelo Decreto 678/92 –, consolidado pelo Brasil e, em vigência desde 1992. Averigua-se em seu artigo 8º, item I, a seguinte premissa: “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Assim, um julgamento justo e equilibrado é constituído com base no princípio da imparcialidade.

Princípio da verdade real

O exame desse princípio começa pelo conceito de verdade, que é sempre relativa, até se concluir que há impossibilidade real de se extrair, nos autos do processo, a fiel representação da realidade do delito. Assim, de acordo com (MALATESTA apud NUCCI, 2013, p. 113): A verdade é a “conformidade da noção ideológica com a realidade” e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo de espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que “certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outro parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda” Diante disso, nunca, o magistrado pode assegurar de ter adquirido a verdade objetiva, aquela que corresponde impecavelmente como o ocorrido no plano real. Invés disso, o juiz tem uma crença segura na veracidade que transparece por intermédio das provas colhidas e, por tal pretexto, condena ou absolve. Ademais, em relação ao mesmo tema, Nucci (2013, p.114) escreve o seguinte: “material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes.” Assim, pode-se complementar o raciocínio com a exposição do argumento de Tucci (1978, p. 88) no que tange à verdade material: Trata-se, com efeito, de atividade concernente ao poder instrutório do magistrado, imprescindível à formação de sua convicção, de que, inequivocamente, se faz instrumento; e à qual se agrega, em múltiplas e variadas circunstâncias, aquela resultante do poder acautelatório, por ele desempenhado para garantir o desfecho do processo criminal.

O princípio da verdade real exprime que o juiz deve angariar provas, assim como as partes, não se satisfazendo com as que lhe são oferecidas, unicamente. Percebe-se, tal afirmação, no Código de Processo Penal, nos arts. 209 (“o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.”), 234 (“Se o juiz tiver 15

notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.”), 147 (“O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade.”), 156 (“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de

provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”), 566 (“ Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”) que ilustram a coleta de ofício e da expressa menção à procura da verdade real (NUCCI, 2013, p. 115). No processo penal sempre prevaleceu o preceito da livre averiguação de prova. Mesmo quando, no processo civil, acreditava-se somente no interesse das partes para a descoberta da verdade, tal postura não poderia ser seguida nos fatos em que o interesse público restringisse ou eliminasse a autonomia privada. Isto porque, à medida que no processo civil o magistrado pode contentar-se com a verdade formal – isto é, aquilo em que é considerado verídico em face das provas colacionadas aos autos –, no processo penal o julgador deve atender à verificação e à descoberta da verdade real – ou verdade material –, como base para a sua decisão (NUCCI, 2013, p. 116). Sobre o assunto, Marques (2000, p. 337) esclarece muito bem acerca deste princípio no sentido: [...] de que tendo em vista os graves interesses que estão em conflito, na instância penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum* a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido que se contenha na acusação. E isso só se consegue quando emergem da instrução, de maneira fiel e real, os acontecimentos que motivaram a acusação. Para tanto, necessário é, também, que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a instrução, para reconstruir a situação concreta que deve ser objeto de seu pronunciamento jurisdicional. Não é o juiz figura impassível que deve apreciar olímpicamente o desenrolar da instância, e sim participante dos atos de maior relevo da relação processual, admiti-se a intervenção complementar e supletiva do órgão judiciário nas operações relativas destinadas à apuração e descoberta da verdade. Diante disso, depreende-se das informações levantadas que a finalidade do processo penal pátrio é a procura pela verdade real dos fatos, onde a persecução criminal deve ser feita em busca de elementos fidedignos que corroborem com as informações das partes, pois somente desta maneira pode ocorrer uma decisão justa.

Portanto, o Estado que é possuidor do direito de punir – *jus puniendi* –, sendo este executor da persecução criminal, tem o dever de procurar elucidar o ocorrido com o fito de analisar a veracidade e a realidade dos fatos.

Princípio da persuasão racional

Na esfera processual existem três amplos sistemas de ajuizamento das provas, quais sejam: sistema legal ou tarifado, apreciação da prova e livre convencimento motivado ou sistema da persuasão racional. O primeiro grande sistema é o legal ou tarifado, cujo fundamento é de que cada prova possui uma importância preestabelecida na norma, inalterável e constante, de sorte que ao magistrado não lhe era franqueado a avaliação. O julgador torna-se um órgão passivo, pois, ante o valor tabelado, a ele cabe somente conferir o valor conferido pela norma, sem que possa fazer seu exame diante da sua competente convicção (ARANHA, 2006, p. 56). Assim, percebe-se que apesar da prova produzida não demonstrar a verdade, mas a norma conceder-lhe tal valor probatório, o magistrado deve decidir com fulcro nela, não podendo levar em consideração nenhum fator racional que capacitaria seu convencimento. Já no que tange ao segundo sistema, que é o da livre apreciação da prova, o magistrado não está adstrito a nenhum ordenamento legal, quer quanto à natureza da prova, quer quanto à avaliação, pois

o julgador age conforme seu raciocínio, ou seja, verifica a admissibilidade da prova com base em seus conhecimentos e idéias próprias (ARANHA, 2006, P. 57). Os artigos 155 e 381, III, do Código de Processo Penal, respectivamente, corroboram este entendimento, a saber: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, (...)” e “a sentença conterá: (...) III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”. Logo, percebe-se que este sistema supramencionado caracteriza-se como diametralmente oposto ao sistema da prova legal, pois o juiz não está fechado às regulamentações normativas referentes à prova. Não obstante, o sistema de provas pátrio não escolheu nenhum dos dois sistemas anteriormente mencionados. Assim, existe o interesse por um terceiro que é o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, com algumas semelhanças dos outros dois tipos de sistemas ventilados anteriormente – sistema legal ou tarifado e livre apreciação da prova.

Diante disso, Aranha (1994, p. 58) ministra: O juiz age livremente na apreciação das provas (convicção), porém sua avaliação deve ser ajustada às regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) preestabelecidas (condicionadas). Vale dizer, o juiz tem a liberdade de avaliar as provas pela sua convicção, porém condicionado às colhidas no processo, às admitidas, às sujeitas a um juízo de credibilidade e de acordo com o valor legal. Há a obrigatoriedade de fundamentar e motivar a decisão para que se saiba quais as condicionantes que levaram o julgador à convicção dos fatos. Portanto, no ordenamento atual, o magistrado não fica mais adstrito ao formalismo da lei, sendo que vai fundamentar suas decisões com base no acervo probatório constante nos autos, em consonância com sua livre persuasão racional.

Princípio do favor rei e presunção da inocência

O princípio do favor rei – conhecido também por *in dubio pro reo*, ou *favor innocentiae*, ou *favor libertatis* –, é evidente quando ocorre um conflito entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis* do réu, pois diante desta situação a balança deve inclinar-se em benefício deste último. Sendo assim, para condenação é indispensável que a tipicidade seja provada por inteiro. Somente a certeza total quanto à conduta criminosa derivada do conjunto probatório é que tem competência para obrigação da *sanctio poenalis*. Na relação processual, diante de um conflito entre a inocência do imputado – e sua liberdade – e o poder-dever estatal de punir, existindo dúvida razoável, deve o magistrado decidir em favor do acusado. Por exemplo, é previsto a absolvição quando não tiver existência de prova suficiente para imputação feita, isto é, deve ser considerada a inocência do réu. É razoavelmente aceito absolver um acusado supostamente culpado a condenar um réu presumivelmente inocente. A condenação só é legítima quando a prova expor, de forma lógica, a culpabilidade do acusado (MOSSIN, 1988, p. 203). Assim sendo, se da instrução probatória restar dúvidas sobre a conduta criminosa do réu este deverá ser absolvido, em consonância com o artigo 386, II, V, VI e VII, do Código de Processo Penal, a saber: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: II - não haver prova da existência do fato; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, proporcionando dúvida plausível quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se escolher pela versão mais benéfica ao acusado, que, conforme já frisado, é considerado inocente até que se prove o contrário. Diante disso, a sua posição, no conjunto dos princípios, situa-se dentre aqueles atrelados ao indivíduo, sendo, ainda, tido como constitucional implícito. Na realidade, ele se acha conexo ao princípio da presunção de inocência, estabelecendo autêntica consequência em semelhança ao fato de que todos os homens nascem livres e em estado de inocência. Alterar esse estado dependerá de prova adequada, produzida pelo órgão acusatório do Estado, por intermédio do devido processo legal (NUCCI, 2013, p. 91). No que tange ao princípio da presunção da inocência, o acusado é tido como inocente até que se produza uma sentença penal irrecorrível que manifeste sua culpa. Este princípio em comento é um dos pilares basilares do Estado de Direito, como segurança processual, no qual está expresso que nenhuma pessoa será considerada culpada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Todavia, essa presunção de inocência não é incondicional, pois são admitidas no ordenamento jurídico as chamadas prisões cautelares (ou processuais), desde que configurem os requisitos necessários para sua decretação (NETO, 2006, p. 158).

Prova ilícita

O conceito de ilícito advém do latim (*illicitus = il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito. Constitucionalmente, abrange-se o entendimento amplo do termo *ilícito*, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima (NUCCI, 2008, p. 81). É mister destacar que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”, No Código de Processo Penal, o art. 155 demonstra: “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”. Logo, no Código de Processo Civil, precisamente em seu art. 322, encontra-se: “todos os meios legais como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Visivelmente a lei processual civil é mais rígida que a penal, contudo, tais normas devem estar em acordo com a Constituição Federal, além do mais, é perfeitamente aceitável a interpretação analógica e a aplicação dos princípios gerais do direito.

A Constituição Federal de 1988 prevê a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos, pois os direitos fundamentais relativos às garantias individuais, não podem ser violados para obter-se qualquer tipo de prova. Desse modo, Moraes (2004, p. 374) acrescenta: [...], é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, em prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor este que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. E afirma ainda que a justiça penal não se realiza a qualquer preço, pois existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados. No Brasil, não se tem um conceito absoluto acerca da prova

ilícita ou prova percebida por intermédio ilícito, divergindo diversos autores sobre sua finalidade e conceito. Diante disso, a posição mais aceita é de que a prova ilícita: “pode ser conceituada no sentido lato ou no sentido restrito. No sentido lato, abrange não apenas as provas que afrontam a Constituição, como também as contrárias à lei e aos bons costumes. Em sentido estrito, dizem respeito àquelas ofensivas às disposições legais e constitucionais”.

Ademais, Petry em seu artigo complementa: “a prova ilícita é a colhida com violação de normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana”. Portanto, entende-se que as provas ilícitas são todas as informações, dados ou elementos de convencimento obtido em dissonância com as garantias e direitos expressos em lei, tais como a violação à vida privada, às comunicações telefônicas (gravação ou escuta clandestina), à correspondência, ao domicílio (busca e apreensão sem autorização judicial), aos dados bancários (violação de extrato bancário sem autorização judicial), à utilização de tortura (violência física ou psicológica para obter confissão na esfera policial), bem como à integridade física (utilização de bafômetro, exame de sangue, contra a vontade do réu).

Por fim, devido às inúmeras controvérsias, destaca-se a Lei nº 11.690/08, que alterou o art. 157 do Código de Processo Penal, no que diz respeito à questão da inadmissibilidade das provas ilícitas no Processo Penal, pois, em seu art. 1º, a referida Lei traz expressamente a vedação à utilização da prova ilícita, bem como das derivadas destas tais provas, a saber:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Os arts. 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a 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.

No que tange ao descarte ou inutilização do acervo probatório ilícito é evidente que não poderão ser juntadas ao processo as provas percebidas por meios ilícitos. Contudo, se tais provas já estiverem nos autos, deve, o juiz, exigir seu desentranhamento, isto é, sua retirada dos autos, com o fito de não utilizá-las, ainda que racionalmente descartadas pelo magistrado,

exercem indiretamente uma influência na conjuntura de seu convencimento. Prova ilícita não poderá fundamentar sentença (BOFIM, 2006, p.292).

Prova ilegítima

Para Grinover (1997, p. 30), prova ilegal é toda situação que violar normas legais ou princípios gerais do ordenamento, de cunho material ou processual. Em outro panorama, alguns doutrinadores não fazem distinção entre prova ilegítima e ilícita. No entanto, a posição majoritária da doutrina é na diferença da prova ilícita e da ilegítima, a saber: “prova ilícita é toda aquela que ofende o direito material. Há atualmente uma confusão entre prova ilegítima e prova ilícita, mas não devem ser confundidas, apesar de ambas não serem aceitas pelo direito processual brasileiro, pois a prova ilícita fere o direito material enquanto a prova ilegítima o direito processual”. Enfim, prova ilícita consiste na prova obtida por meios não aprovados pela legislação pátria ou meios que contrariam direitos zelados por alguma legislação, seja ela ordinária, complementar, Carta Magna, dentre outras.

Para Petry, a prova ilegítima é evidente quando ocorre uma violação das disposições processuais penais, por exemplo, a violação do contraditório (não se abrindo vista as partes para se manifestar sobre algum documento juntado ou mesmo ouvindo testemunhas da defesa antes da acusação), da ampla defesa (indeferimento de prova apta a ingressar no processo), da utilização de prova emprestada, sem a participação do acusado no processo originário, de interrogatório de réu menor realizado sem que lhe fosse nomeado curador; ou então, perícia eminentemente técnica realizada por leigos, quando possível a nomeação de técnicos habilitados; ou ainda laudo de exame de corpo de delito subscrito por único perito não oficial. Portanto, ilegal é a prova sempre que produzida com infração a normas de natureza processual. Entende-se, então, que a prova ilícita é percebida infringindo normas ou princípios de direito material, precipuamente de direito constitucional. Sendo por sua vez, provas ilegítimas, quando não observam as normas processuais. Diante disso, percebe-se que a controvérsia central acerca do tema, quase que na totalidade das vezes, é relativa à questão de liberdade pública, que protege à dignidade humana, à liberdade e intimidade. O direito material aplica sanções se houver violação de suas normas, por exemplo, violar sigilo de correspondência ou invadir domicílio, cujas cominações penais se encontram no Código Penal. Diante do exposto, a prova ilícita e ilegítima são espécies de provas ilegais (gênero), pelo fato de juntar tanto o desrespeito à natureza processual, quanto material (esta prova ilícita e aquela prova ilegítima). Talvez seja correto deduzir que a prova ilícita e a prova ilegítima são espécies do gênero provas ilegais, ou seja, vedadas pelo ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, imprestáveis na realização de qualquer procedimento judicial e investigação criminal, não revestindo-se, porém, de caráter absoluto.

Teoria da árvore envenenada

A prova ilícita por derivação é entendida como: “teoria dos frutos da árvore envenenada” criada pela Excelsa Corte norte-americana. Esta teoria, bastante difundida, explana sobre a ilicitude da prova por derivação, ou seja, esta em si mesma é ilícita, assim, se existe uma prova ilícita nos autos e novos elementos probatórios são coletados a partir de tais provas não deverão ser considerados pelo magistrado. Vislumbra-se, *in exemplis*, nos casos de confissão colhida mediante tortura e de interceptação telefônica clandestina com o fito de imputar a

alguém um fato criminoso. A prova ilícita fora expressamente proibida pela Carta Magna e não se pode, em regra, ser admitida no processo penal. O ponto que se discute é o alcance da ilicitude dessas provas e as consequências que causariam sobre outras provas juntadas aos autos. Demonstra-se a aplicabilidade da teoria em apreço, por exemplo, no caso de apreensão de um carregamento de ecstasy que, apesar de ter ocorrida de forma lícita, somente foi possível lograr êxito mediante uma escuta telefônica não permitida judicialmente. Assim, a apreensão foi lícita, contudo, a ilicitude ocorreu pelo fato da escuta telefônica não ter sido autorizada. Logo, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada a apreensão ainda que realizada dentro da legalidade e resguardadas todas as garantias constitucionais do agente, estaria “contaminada” porque deriva da prova exordial (escuta telefônica) que foi obtida por meio considerado ilícito (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p.135).

Vale frisar que tal entendimento se originou nos Tribunais dos Estados Unidos da América, a teoria das provas ilícitas por derivação ou teoria da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*, ou também, *fruit doctrine*, como é denominada na doutrina e jurisprudência norte-americanas – versa serem inaceitáveis no processo, além das provas ilícitas iniciais, todas aquelas adquiridas de forma lícita que derivem da prova ilícita.

A Excelsa Corte norte-americana entende que as provas serão ilícitas quando conseguidas por agentes públicos – estaduais ou federais –, em desconformidade com a Constituição dos Estados Unidos da América em sua IV Emenda, a saber: É direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias que não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. Por intermédio da Emenda em testilha, não se admite que o poder estatal intervenha no domínio privado do cidadão, visto que a IV Emenda é considerada uma prerrogativa do particular contra ações abusivas dos agentes públicos.

Todavia, Petry com propriedade relata que a teoria dos frutos da árvore envenenada não é dotada de aplicação incondicional e demonstra, no direito norte-americano, quatro exceções ou restrições. A primeira, indicada como limitação da fonte independente – *The Independent Source Limitation* –, versa que os fatos avaliados por intermédio de uma afronta à constituição não seriam, necessariamente, inapreciáveis pelo tribunal, desde que apresentassem condições de serem corroborados por uma fonte autônoma. Logo, de acordo com a Excelsa Corte norte-americana, competiria à acusação demonstrar que a informação ilegalmente conseguida seria colhida por outros meios legais, exigindo-se fatos concretos, passíveis de pronta averiguação. A segunda exceção é chamada de limitação da descoberta inevitável – *The Inevitable Discovery Limitation* – corresponde à prova decorrente de uma dissonância com a constituição, por exemplo, a IV Emenda, que poderia ser benquista desde que inevitavelmente pudesse ser revelada por meios jurídicos. A terceira exceção chama-se limitação da descontaminação – *The Purged Taint Limitation* –, segundo a qual, mesmo ilícita a prova, poderá acontecer no processo um fato capaz de “purificar” o “veneno”, “vacinando” os respectivos frutos adquiridos. Assim, a influência de um ato autônomo, como a posterior confissão natural, e em conformidade com os direitos fundamentais do réu, converteriam a

prova como não sendo mais entendida como ilegal, pois houve o rompimento do nexo de causalidade entre os “frutos” e a “árvore envenenada”.

Por último, existe a chamada de limitação da boa-fé – *The Good Faith Exception* –, consagrada pela Excelsa Corte norte-americana cujo escopo é prestigiar a ação dos agentes públicos que embora tenham realizado uma falha na captação da prova, acreditavam estar atuando dentro da exata legalidade. Assim, de acordo com o ventilado, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada no Brasil não decorre de nenhuma uma norma expressamente definida. Trata-se de uma construção doutrinária e jurisprudencial, adotada pelo Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, pelos demais tribunais. Para uma demonstração da aplicabilidade de tal entendimento acerca das provas ilícitas por derivação, abaixo estão colacionadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, a saber:

HABEAS CORPUS – ACUSAÇÃO VAZADA EM FLAGRANTE DE DELITO VIABILIZADO EXCLUSIVAMENTE POR MEIO DE OPERAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PROVA ILÍCITA – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA – ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – *FRUITS OF THE POISONOUS TREE* – O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a *ilicitude da interceptação telefônica – à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta*. Habeas corpus concedido (STF, HC nº 73.351, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19/03/1999).

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.*

Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 (STF, HC nº 72.588, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ de 04/08/2000). 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 estatais, 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 estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, 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. (STF, HC nº 93.050/RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 10/06/2008). Como

se percebe, o Supremo Tribunal Federal assegurou a efetividade dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, não admitindo somente a prova ilícita originária, mas, também, todo acervo probatório derivado diretamente ou indiretamente desta que estará “contaminado”, contanto que haja nexos causal. Desse modo, entende-se que são inadmissíveis no processo as provas colhidas por meios ilícitos. Assim, de acordo com entendimento majoritário da Excelsa Corte, determina-se a nulidade das provas subsequentes obtidas com fundamento na ilícita – prova ilícita por derivação.

Teoria da prova ilícita *pro reo*

O gênero ilicitude – tanto em direito penal, como nas outras disciplinas, até mesmo porque foi o termo usado na Carta Magna – é avesso ao ordenamento jurídico, oposto as normas de uma maneira geral, que abrange tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, ou seja, tanto a infringência às normas legalmente determinadas, de direito material e processual, quanto aos princípios basilares de direito, aos bons costumes e à ética. O ilícito abarca o ilegalmente adquirido (no caso de colheita probatória que afronta o direito material, por exemplo, a escuta telefônica não aprovada) e o ilegitimamente produzido (na ocorrência de fornecimento impróprio de prova no processo, por exemplo, a prova do óbito da vítima por intermédio da simples confissão do réu). Se existir a inversão dos conceitos, entendendo-se que ilicitude é espécie de ilegalidade, logo a constituição estaria proibindo apenas a prova produzida com infringência à norma de natureza material e permitindo, por força da correspondente eliminação, as provas ilegítimas, tolhidas por normas processuais, o que mostra-se incombinável com a alma desenvolvida em toda a matéria dos direitos e garantias individuais (NUCCI, 2013, p. 100 – 101). A reforma colocada pela Lei 11.690/2008 preferiu pelo aumento do conceito de ilícito, a saber: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim, entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (art. 157, caput, Código de Processo Penal). Assim, depreende-se que ilícito é gênero. Dessa maneira, violações de normas constitucionalmente estabelecidas ou de legislação ordinária fazem surgir suas espécies. Em síntese, são ilícitas as provas colhidas em desacordo com as normas penais ou processuais penais. Diante disso, quanto à probabilidade de se aceitar a prova ilicitamente produzida, parte da doutrina trabalha com a teoria do interesse predominante (“teoria da razoabilidade” ou “teoria da proporcionalidade”), cujo escopo é contrapesar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não se aceitando, pois, a rejeição reiterada das provas conseguidas por meios ilícitos. Sustentam os protetores dessa posição que diante a violação de uma garantia é necessário ponderar os interesses em cada caso. Assim, para o descobrimento de um sequestro, livrando-se a vítima do cativeiro, prendendo e processando os criminosos perigosos, por exemplo, seria aceitável a violação do sigilo das comunicações, como a escuta clandestina. Contudo, de acordo com Nucci (2013, p. 102):

Não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Precisamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. Sabemos que “nenhum direito reconhecido na constituição pode revestir-se de um caráter absoluto”, razão pela qual se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a

proibição da prova ilícita quando essa vedação for contra os interesses do réu inocente. Dessa forma, se uma prova for conseguida por mecanismo ilícito, com o destino de absolver o acusado, é de ser aceita, tendo em vista que a falha judiciária necessita de qualquer maneira ser evitada, conforme a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LXXV, dispõe: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Assim, quando o próprio réu adquire a prova ilícita para sua absolvição está, de fato, atuando em legítima defesa, destacando-se que essa aceitação é fruto da proporcionalidade *pro reo*. Esta posição em testilha pode ser até entendida como caso de inexigibilidade de conduta diversa pelo agente que está sendo injustamente acusado, quando não for aceitável o reconhecimento da legítima defesa. No exemplo supramencionado do sequestro, é até provável arguir com outra excludente, que é o estado de necessidade, para justificar quem faz uma escuta clandestina, designada a encontrar o cativo da vítima, proporcionando a sua liberdade ambulatorial, conquanto não se possa empregar tal prova para incriminar os autores do delito (NUCCI, 2013, p. 103). Além do mais, o competente Direito Penal fornece instrumentos para solucioná-las, sendo desnecessário atuar inversamente à norma. Ainda, pode-se também, o direito processual penal criar mecanismos mais maleáveis de investigação policial, sempre sob a tutela de um juiz, controlando a legalidade da persecução, para que o poder estatal se torne mais influente e protetor, sem abrir mão dos direitos e garantias expressos na Carta Magna. Todavia, não se pode admitir uma liberdade maior para a ação policial, desgarrada dos amparos constitucionais, em prol da segurança pública, pois ainda não se possui um Estado-investigação devidamente aparelhado e equilibrado. Não se pode conferir carta branca a quem não se desenvolveu sob o período democrático da Constituição Federal de 1988, razão pela qual não há óbice em manter o critério da proibição da prova ilícita por derivação. Essa foi à escolha legislativa tomada pela Lei 11.690/2008: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas...” (art. 157, § 1º, Código de Processo Penal). Com exceção da prova derivada sucedida de fonte independente.

Ademais Nucci (2013, p. 104) propõe: “(...) pouco se discute tal prova no direito brasileiro, visto que são raros os casos em que se apura, efetivamente, o abuso policial. Preferem os operadores do direito, muitas vezes, ignorar as alegações de violações dos direitos individuais, em lugar de perder uma boa prova, que possa produzir a condenação de alguém, considerado perigoso à sociedade. Pouco se apura, por exemplo, a tortura na investigação policial, quando se sabe que ela é uma realidade inexorável e constante. Se o réu alega ter sido violentado e agredido na fase policial, termina-se produzindo uma investigação superficial, muito tempo depois, que realmente nada apura de concreto – seja porque a prova desfez-se pelo passar do tempo, seja porque o Estado não tem interesse efetivo em detectar suas falhas – razão pela qual a prova termina sendo aceita e o acusado condenado, na prática, com base em prova obtida por meio ilícito.” Diante das informações ventiladas depreende-se que modernamente, a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, têm admitido a prova ilícita em benefício do réu. O fundamento é de que, diante dos conflitos, o acusado tem seus direitos fundamentais, e a vítima – assim como a vontade social e estatal – deseja a punição do infrator, logo, haverá um juízo de ponderação. É mister frisar que, em regra, a prova obtida ilicitamente não é admitida, assim sendo, de forma excepcional, admite-se tais provas, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. De forma majoritária a doutrina entende que deve haver cautela para avaliar o bem jurídico mais importante, realçando a importância do direito à liberdade e da ampla defesa que sobrepõe, por exemplo, o direito à privacidade.

É possível, no instituto processual penal, a livre produção das provas, assim, o acusado pode trazer aos autos provas consideradas ilícitas, frisando que, ao adotar essa forma probatória, estará sob o manto das causas excludentes de ilicitude, *in exemplis*, legítima defesa (CARVALHO, 1993, p. 45). Contudo, há entendimento no sentido de que por mais importante que seja o direito individual a ser resguardado, a prova colhida por meio ilícito, não pode ser considerada pelo órgão do Judiciário competente (TUCCI, 1993, p. 93). Diante o exposto, a melhor doutrina sustenta a teoria da prova ilícita *pro reo*, pois não se fala em prova ilícita, caso a vítima tenha agido em virtude de alguma causa excludente de antijuridicidade que excluiria a ilicitude do delito, ou seja, justificaria tal conduta. Para melhor visualização do entendimento, diante de um caso hipotético, uma vítima de extorsão grava o diálogo que teve com o autor e o utiliza como defesa no processo. Para corroborar com o exposto, abaixo segue decisão do Supremo Tribunal Federal, qual seja:

"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 (STF, HC nº 74.678, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ de 10/06/1997). Ademais, a prova ilícita deve ser robusta e palpável, pois como dito anteriormente, para ser apreciada pelo magistrado, deverá ser evidente a demonstração da verdade real – ou aproximada – do caso.

Teoria da prova ilícita *pro societate*

Esta teoria é adotada de forma minoritária, contudo, ainda existem discussões a respeito. Para Prado (2009, p. 32), o Estado não pode utilizar-se de prova ilícita com o fito de condenar um réu, pois estaria claramente adotando uma posição autoritarista. Todavia, a população sofre com a crescente criminalidade e a carência de efetivo policial, sem falar na legislação pátria que não é adequada aos tempos modernos. Ademais, se a liberdade individual é resguardada pela teoria da proporcionalidade em detrimento da função persecutória estatal, maior ensejo se dá ao fazer uso da referida teoria em prol de toda uma coletividade. Logo, as liberdades públicas não podem servir de proteção para o exercício de atividades ilícitas. A Carta Magna veda a produção de prova colhida por meios ilícitos, entretanto, sustenta que os princípios constitucionais referentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade devem ser resguardados. Assim, depreende-se do exposto que a coletividade também precisa ser protegida, com base na teoria *pro societate*. Nesse sentido, Capez (2007, p. 35-36) acrescenta: [...] delicada, portanto, é a questão da adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Aqui, não se cuida de um conflito entre o direito ao sigilo e o direito da acusação à prova. Trata-se de algo mais profundo. A acusação, principalmente a promovida pelo Ministério

Público, visa resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados pela norma penal. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Para tornar clara a posição desta teoria o Supremo Tribunal Federal já decidiu nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – (...) *A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados*, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC nº 70.814, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 01/03/1994). Entretanto, recentemente o Superior Tribunal de Justiça e a Corte Excelsa decidiram sobre eventuais abusos do Estado, a saber: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. EXERCÍCIO DO DIREITO DE PERMANECER CALADO MANIFESTADO EXPRESSAMENTE PELO INDICIADO (ART. 5º, LXIII, DA CF). GRAVAÇÃO DE CONVERSA INFORMAL REALIZADA PELOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. ELEMENTO DE INFORMAÇÃO CONSIDERADO ILÍCITO. VULNERAÇÃO DE DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA LICITUDE DA PROVA COLETADA QUANDO UM DOS INTERLOCUTORES TEM CIÊNCIA DA GRAVAÇÃO DO DIÁLOGO. SITUAÇÃO DIVERSA. *DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO QUE DEVE PREVALECER SOBRE O DEVER-PODER DO ESTADO DE REALIZAR A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL*. 1. Segundo o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. 2. *Apesar de ter sido formalmente consignado no auto de prisão em flagrante que o indiciado exerceu o direito de permanecer calado, existe, nos autos da ação penal, gravação realizada entre ele e os policiais que efetuaram sua prisão, momento em que não foi informado da existência desse direito, assegurado na Constituição Federal*. 3. As instâncias ordinárias insistiram na manutenção do elemento de prova nos autos, utilizando, de forma equivocada, precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é considerada ilícita a gravação do diálogo quando um dos interlocutores tem ciência da gravação. 4. Tal entendimento não se coaduna com a situação dos autos, uma vez que - além de a gravação estar sendo utilizada para sustentar uma acusação - no caso do precedente citado estava em ponderação o sigilo das comunicações,

enquanto no caso em questão está em discussão o direito constitucional de o acusado permanecer calado, não se autoincriminar ou não produzir prova contra si mesmo. 5. Admitir tal elemento de prova nos autos redundaria em permitir um falso exercício de um direito constitucionalmente assegurado, situação inconcebível em um Estado Democrático de Direito. 6. Ordem concedida para determinar o desentranhamento da mídia que contém a gravação do diálogo ocorrido entre o paciente e os policiais que efetuaram sua prisão da ação penal instaurada contra ele, pelo crime de tráfico de drogas, na Vara Criminal da comarca de Laguna/SC. (STJ, HC 244.977 / SC, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ de 09/10/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PROVA ILÍCITA. ACÓRDÃO QUE SE FUNDOU NOS FATOS E NAS PROVAS. (...) Violação de domicílio. Meras suspeitas. Não caracterização de flagrante delito. Prova ilícita. Absolvição. 1. *Meras suspeitas de que o apelante seria o possível autor de crime cometido no local investigado, não autoriza a entrada dos policiais em sua residência, sob o fundamento de flagrante delito.* 2. Sem eficácia probatória a prova colhida, pois obtida ilicitamente, cuja apuração se deu diante de comportamento ilícito dos agentes dos agentes estatais, violando o domicílio do acusado, não servindo de suporte a legitimar sua condenação. 3. *Inadmissível também a prova derivada da ilícita, pois evidente o nexo causal entre a invasão de domicílio e a apreensão das armas.* 4. *Não há, também, que se valorizar a confissão do apelante, eis que esta só ocorreu em decorrência da apreensão ilegal, correndo-se o risco de tornar letra morta a norma constitucional que veda a utilização da prova ilícita.* 5. *A absolvição é medida que se impõe.”* 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AGR no RE nº 597.752, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ de 15/05/2013). Diante das decisões colacionadas, depreende-se que a interferência estatal deve ser efetuada de forma cautelosa, sob o manto da razoabilidade/proporcionalidade, pois ao mesmo tempo em que deve haver repressão da habitualidade delitiva, os agentes do governo não podem sobrepor a lei.

Prova ilícita e a investigação criminal

A investigação criminal não pode sobrepor os direitos, olvidar garantias, abolir as liberdades ou conceder à autoridade pública poderes absolutos na elaboração das provas e na pesquisa dos fatos. Assim, entende-se que o cidadão tem o direito de não ser investigado, denunciado, julgado e condenado com base em elementos instrutórios obtidos de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento jurídico e ao poder persecutório. Antes mesmo que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos fosse erigido em dogma constitucional, com a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal já firmava posição

nesse sentido. Tanto é assim que ao julgar o RHC nº 63.834/SP, de qual foi relator o Ministro Célio Borja, e em cuja ementa registra o seguinte esclarecimento:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROVA ILÍCITA. CONSTITUCIONAL. GARANTIAS DOS PARAGRAFOS 9 E 15 DO ART. 153 DA LEI MAIOR. (INOBSERVANCIA). TRANCAMENTO DO INQUERITO POLICIAL. 1 - *os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquerito ou a ação penal.* 2 - as provas produzidas no inquerito ora em exame - gravações clandestinas - além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (parágrafo 9., e art. 153, cf), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, a garantia do parágrafo 15, art. 153, da lei magna. 3 - inexistência, nos autos, de outros elementos que, por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4 - trancamento do inquerito, o qual podera ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal. 5 - voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. rhc provido para determinar o trancamento do inquerito policial (STF, HC nº 63.834, DJ de 05/06/1987).

Assim, depreende-se que a atuação perpetrada somente com base na prova ilícita não serve como fundamento para qualquer tipo de investigação criminal ou ação penal, tanto é assim, que os Tribunais as tem rechaçado veementemente, seja anulando procedimentos inquisitoriais e investigatórios, seja trancando ações penais. Nesse sentido, é corrente a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de se dar especial proteção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa, face à utilização da prova obtida por meio ilícito. É o que se colhe da leitura do aresto proferido no HC nº 75.545/SP, abaixo transcrito:

A doutrina da proscrição dos fruits of the poisons tree é não apenas a orientação capaz de dar eficiência à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais (...) Ainda no voto condutor do referido aresto, explanou o Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de: Na espécie -- de todo similar aos precedentes recordados -- qual se viu da decisão condenatória confirmada -- é patente „a relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas“: a final, só o flagrante -- no encontro cuja previsão se extraiu da escuta telefônica -- viabilizou toda a investigação posterior, cujos frutos reputo assim contaminados pela invalidade da prova matriz, pouco importando que, depois da colheita deles, já não tenha sido necessário voltar [à prova] de que se originaram para alimentar a condenação.(STF, HC nº 75.545, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/03/1999). Na mesma diretriz, Grinover (1997, p. 88) concorda: (...) chegou-se a convicção de que a

prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa. Assim sendo, pode-se aferir que todo produto oriundo da prova ilícita é contaminado com os vícios proibitivos desta, ou seja, gerados a partir da consideração de determinada prova ilícita é suscetível de anulação, de desconsideração. Não servirá ao processo. Não servirá ao Direito. Ademais, no direito os fins não justificam os meios, pois existem várias limitações decorrentes dos princípios constitucionais de proteção à garantia da pessoa humana, logo, tais princípios impedem que se abra mão de meios condenáveis e injustos de investigação.

Para obtenção da prova, é inadmissível a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar a procura da verdade de qualquer fonte probatória (FERREIRA, 2007, p. 290). Parece certo e justo ponderar no sentido de que os fins somente seriam justificados – em se tratando de procedimentos investigatórios criminais –, se o bem jurídico a ser protegido fosse de maior relevância social que as garantias pessoais individuais.

Interceptação telefônica

A interceptação telefônica é a gravação, a captação de conversa telefônica e ocorre quando, em momento algum, nenhum dos interlocutores tem ciência da invasão de privacidade. Enquanto a interceptação telefônica é amparada pelo direito, se obedecidos os parâmetros delimitados em lei, sendo, portanto, um meio de prova lícita, a gravação clandestina da conversa telefônica é ilícita e inadmissível como prova do processo. Ressalta Nucci (2009, p. 758): Interceptação: em sentido estrito, interceptar algo significa interromper, cortar ou impedir. Logo, interceptação de comunicações telefônicas fornece a impressão equívoca de constituir a interrupção da conversa mantida entre duas ou mais pessoas. Na realidade, o que se quer dizer com o referido termo, em sentido amplo, é imiscuir-se ou intrometer em comunicação alheia. Portanto, a interceptação tem o significado de interferência, com o fito de colheita de informes. A interceptação pode dar-se das seguintes formas: a) interceptação telefônica: alguém invade, por aparelhos próprios, a conversa mantida, via telefone, entre duas ou mais pessoas, captando dados que podem ser gravados ou simplesmente ouvidos; b) interceptação ambiental: alguém capta a conversa mantida entre duas ou mais pessoas, fora do telefone, em qualquer recinto, privado ou público. A primeira delas é regulada por Lei e pode configurar crime, se não observada a forma legal para ser realizada. A segunda não encontra previsão legal, portanto, delito não é. A interceptação telefônica está prevista na Lei 9.296/96; esta Lei estabeleceu as hipóteses para a interceptação telefônica, do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, exigindo do juiz uma decisão fundamentada (para sua concessão), e também em quais os casos que poderá empregar-se este meio de prova. A Constituição Federal consagra, no inciso XII, do art. 5º, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, se, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para

fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Dessa forma, pode-se concluir que a gravação clandestina constitui prova ilícita, quer tenha sido efetuada por terceira pessoa, que haja sido feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Com o julgamento da Ação Penal nº 307/DF, o Tribunal Pleno da Suprema Corte assentou que configura prova ilícita, sendo por isso inadmissível no processo (art. 5º, LVI, CF), gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro e que, ademais, o uso de tal gravação caracteriza violação da privacidade alheia (art. 5º, X e XII, CF). 35

A ação penal ou a investigação criminal não pode se fundar unicamente em conversas obtidas mediante a quebra do sigilo telefônico. Nesse sentido, observe este entendimento na decisão do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS-CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO. NULIDADE. Interceptação telefônica. Prova ilícita. *Autorização judicial deferida anteriormente à Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal*. Nulidade da ação penal, por fundar-se exclusivamente em conversas obtidas mediante quebra dos sigilos telefônicos dos pacientes. Ordem deferida. (STF, HC nº 81.154, Relator: Ministro Maurício Corrêa, DJ de 02/10/2001). Por outro lado, alguns autores, como Gomes (1997, p.121), são categóricos ao afirmarem que não existe direito fundamental absoluto. Assim, entende-se: “sendo a invasão justificada para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou para uma investigação criminal ou instrução processual penal (estamos nos valendo analogicamente da restrição contida no inc. XII, do artigo 5º da Constituição Federal) é óbvio que o direito da privacidade tem que ceder, em atenção ao princípio da proporcionalidade”.

No que tange à natureza contaminadora da prova ilícita e sua repercussão da investigação criminal, realizada mediante interceptação telefônica confira o julgado colacionado:

HABEAS CORPUS . SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ILÍCITA. *TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA*. NULIDADE DE PROVAS VICIADAS, SEM PREJUÍZO DA TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. Hipótese em que a instauração do inquérito policial e a quebra do sigilo telefônico foram motivadas exclusivamente por denúncia anônima. 2. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente

do STJ" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07). 3. Dispõe o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, que "*não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando (...) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*". *A delação anônima não constitui elemento de prova sobre a autoria delitiva, ainda que indiciária, mas mera notícia dirigida por pessoa sem nenhum compromisso com a veracidade do conteúdo de suas informações*, haja vista que a falta de identificação inviabiliza, inclusive, a sua responsabilização pela prática de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal). 4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da "teoria dos frutos da árvore envenenada". 5. Realizar a correlação das provas posteriormente produzidas com aquela que constitui a raiz viciada implica dilação probatória, inviável, como cediço, em sede de habeas corpus. 6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª 36 Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada (STJ, HC nº 64.096/PR, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04/08/2008).

Portanto, a coleta de provas deve ser pautada pela observância a procedimentos legais que não podem desconsiderar direitos e garantias individuais, sob pena de serem desconsideradas.

Considerações acerca do polígrafo

De acordo com Canestrelli, o popularmente chamado de detector de mentiras, é um mecanismo que obtém o registro ao mesmo tempo de reações somáticas diversas que são naturalmente incontroláveis pelo indivíduo, isto é, são atitudes emotivas que, sob certas influências, se produzem simultaneamente mentiras conscientes, das quais essas reações somáticas se tornam, ao final, indicações indiretas, fora de toda participação volitiva do indivíduo examinado. Os Estados Unidos da América utiliza-se corriqueiramente do polígrafo, em persecuções criminais, cíveis e trabalhistas, ademais, existe uma Associação Americana do Polígrafo. O perito que exerce esta função no estado norte-americano deve estar apto ao manuseio do equipamento cujas formações profissionais ocorrem em institutos credenciados. Além do mais, o operador deve estar bem preparado materialmente com equipamentos de alta qualidade e desempenho. O laudo será emitido e juntado à demanda judicial. É mister salientar que no Brasil, já existem empresas capacitadas na realização de testes com o

polígrafo, semelhantes aos que são realizados nos Estados Unidos da América. Contudo, majoritariamente, o polígrafo não é admitido como meio de prova, a saber:

HABEAS CORPUS DECISÃO ILEGAL - *UTILIZAÇÃO DE DETECTOR DE MENTIRAS - INDEFERIMENTO - FALTA DE AMPARO LEGAL - AUSÊNCIA DE CERTEZA NAS CONCLUSÕES - DECISAO CONFIRMADA - ORDEM DENEGADA*. 1- *A utilização do polígrafo (detector de mentiras) como meio de prova é questionável, pois além de não se obter certeza em suas conclusões, não há amparo legal para a sua utilização em nosso ordenamento processual penal*. 2- Deve ser mantida a decisão do juízo das execuções penais que indeferiu o pedido de utilização do polígrafo como meio de prova a ser utilizado em uma eventual revisão criminal, já que o instrumento é imprestável para tanto. 3- Ordem denegada. (TJES, HC nº 100040009167ES, Relator Manoel Alves Rabelo, DJ de 29.11.2004).

EXTORSÃO. DEFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DÚVIDA SOBRE A EXISTÊNCIA DO FATO: PALAVRA INCONFIÁVEL DA SUPOSTA VÍTIMA; TESTEMUNHAS IMPEDIDAS E SUSPEITAS. *DETECTOR DE MENTIRAS: MERO INSTRUMENTO DE AUXÍLIO À INVESTIGAÇÃO*. ABSOLVIÇÃO. Apelação provida. (TJRS, Apelação nº 70020339693, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, DJ de 06.12.2007). ESTUPRO e ATENTADO AO PUDOR, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. Nulidades. Prova. Pena 1. *Submissão de réu e vítima a polígrafo (detector de mentiras). Além da não comprovação de eficácia do equipamento, o mesmo tem por finalidade espancar dúvidas*. Mas se dúvida existe, impositiva a absolvição. 2. Extinção da punibilidade, pela decadência do direito de representação, relativamente a atentado violento ao pudor que teria sido praticado contra a segunda vítima referida na denúncia. 3. Equipamentos de uso pessoal e profissional do réu, retirados de sua residência mediante artifício, e entregues a Juízo, sem a certeza de que não tenham sido manipulados. Prova ilícita. Desentranhamento. Não contaminação da sentença, porquanto fundada a condenação, preponderantemente, em outras provas. (...). 8. Apenamento irretocável. Apelo defensivo parcialmente provido e recurso da Assistência à Acusação conhecido parcialmente, e improvido. (TJRS, Apelação nº 70004770442, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, DJ de 26.03.2003). Por fim, a inadmissibilidade do polígrafo é evidente em nosso sistema penal pátrio pelo fundamento no princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere* –, e diante da precariedade profissional e material.

Todavia, representa um tema interessante e que futuramente acarretará mais discussões doutrinárias e jurisprudências.

Proporcionalidade

A palavra proporção (correspondência ou relação) é oriunda do latim *proportionalis*, de *proportio*, isto é, compreendida por uma relação de igualdade ou de semelhança (NETO, 2006, p. 62). O princípio da proporcionalidade é uma verdadeira exceção à proibição da prova ilícita, pois de forma excepcional, havendo disparidades entre direitos fundamentais, têm-se aceitado a prova ilícita, com o fito de aplicação da medida mais justa ao caso concreto.

Assim, explana Grinover, Fernandes e Gomes (2001, p. 136): “a teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes”.

Diante do não absolutismo dos direitos e garantias fundamentais, deve haver certa cautela na apreciação dos mesmos, de forma que ocorrendo conflito entre bens jurídicos assemelhados pelo legislador, enseja-se por um juízo de ponderação com base no princípio da proporcionalidade. Logo, diante da situação ora ventilada, adota-se a seguinte premissa: “quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns bens em relação aos outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” (MORAES, 2000, p. 46 – 47). Ainda dissertando sobre o tema, Moraes (2003, p. 263) diz: Essa atenuação prevê, com base no princípio da proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização. A nomenclatura proporcionalidade está atrelada ao „caráter do que é proporcional“, e proporcional, exprime o que „está em proporção“. Proporção indica uma abstração de „conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico“. A expressão „proporcionalidade“, logo, faz menção à idéia de proporção, adequação, medida justa e correta à carência imposta pela hipótese concreta (FIGUEIREDO, 2005, p. 173). De maneira ampla, a finalidade da proporcionalidade é o equilíbrio entre o poder estatal e os direitos inerentes ao cidadão. O tema de proporcionalidade não é novo, a Lei de Talião foi precursora a admitir tal princípio, conforme Gomes (2003, p. 41) relata: “esta concepção natural da pena como resposta ao delito significava que ao autor de um homicídio, por exemplo, era aplicada pena de morte. No entanto, este modelo de devida proporção entre o fato e a resposta punitiva também podia ser alargado, de modo que, para se punir um furto, era aplicada a pena de mutilação do braço. Como consequência da lei de talião, e considerando a enorme variedade de crimes possíveis, era também grande a gama de penas a serem aplicadas.”

O princípio da proporcionalidade fora colocado como princípio base do poder de polícia. De acordo com Barros (2000, p. 35): “O princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de poder de polícia, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.” Destarte, tal poder se tornará limitado, sendo controlado por norma que garante os direitos individuais. É correto dizer que o aspecto constitucional do princípio da proporcionalidade *Verhältnismassigkeitsprinzip* se deu pela Corte Constitucional Alemã, também chamado de princípio da vedação de excesso *Übermassverbot*. Na Alemanha, no período pós-guerra, se desenvolvera a teoria proporcional chamada *Verhältnismassigkeitsprinzip* (CAPEZ, 2008, p. 36). Para melhor entendimento Avólio (1999, p. 67) elucida: Foi na Alemanha, no período pós II Guerra Mundial, que, rompendo-se, juntamente com outros países, como o Japão, com a ancestral tradição da *civil law*, se reuniram condições para um expressivo desdobramento da doutrina das liberdades públicas, contemplada nos arts. 1 e 2 da Lei Fundamental. Já se partia da superação da dicotomia *substance-procedure*, pela jurisprudência alemã, no reconhecimento de que a vedação probatória dessumida dos preceitos constitucionais representava, ao menos em princípio, a „sanção processual“ de um ilícito praticado sob o plano „substancial“. Vale dizer: já se pressupunha a existência de ofensa a valores garantidos pela *lex superior* (...) (...) A jurisprudência alemã admite exceções à proibição geral de admissibilidade (e de utilizabilidade) das provas formadas ou obtidas „inconstitucionalmente“, quando se trata de realizar exigências superiores de caráter público ou privado, merecedoras de particular tutela. Chega-se, portanto, ao princípio da *Guterund Interessenabwagund* (ou seja, o princípio do „balanceamento dos interesses e dos valores“) e, reflexamente, ao *Verhältnismassigkeitsprinzip* (ou seja, o princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida). A mais expressiva colaboração da doutrina e jurisprudência alemãs para o tema deve-se, especialmente, ao correto enfoque dos valores a serem balanceados. Ainda sobre o assunto, Neto (2006, p. 64) assevera: “torna-se um princípio constitucional com expressão geral de liberdade frente ao Estado, pois atua como meio de proteção do *status civitatis*, estabelecendo limites à intervenção estatal, somente justificada quando não ultrapassa o estritamente necessário à consecução do fim pretendido.” A precípua missão do princípio da proporcionalidade submete-se ao Direito Constitucional na competência dos direitos fundamentais, onde ocorre basicamente a proteção da liberdade, bem como o espargimento dos demais princípios e garantias básicas, os quais são constatados em qualquer hipótese em que os direitos e as liberdades sejam prejudicados (NETO, 2006, p. 64).

Logo, o princípio da proporcionalidade está atrelado à esfera dos direitos fundamentais, no que tange à resguardar o cidadão contra a atuação descabida do Estado. Para Barros (2000, p. 70) a proporcionalidade é bastante ampla e deduz a seguinte premissa: “a razoabilidade enseja desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão somente o que é admissível.” O período pós II Guerra Mundial possibilitou novas disposições dos direitos fundamentais, em decorrência disto houve uma grande difusão do princípio da proporcionalidade, conforme ministra Neto (2006, p. 65): “após a II Guerra Mundial, com a reconceituação dos direitos fundamentais, que deixaram de ser meras afirmações programáticas, o cânone da proporcionalidade teve grande

expansão. Qualquer invasão da esfera protegida pelos direitos fundamentais encontra-se submetida à proporcionalidade dos meios, que deverá manter com o objetivo perseguido em uma relação de razoabilidade.” No que tange aos limites do poder de polícia, mais precisamente, em seu exercício pelo Estado, Avolio (1999, p. 62) relata no sentido de que tal atribuição persecutória não pode “ir além do necessário para a satisfação do interesse público que se visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-os ao bem-estar social, só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.” Modernamente, a teoria proporcional ou razoável, fora integrada por uma construção jurisprudencial e doutrinária dentro da sistemática da não aceitação das provas obtidas ilicitamente, mas diante um caso concreto, desde que exista uma disparidade de garantias constitucionais resguardadas, autoriza-se uma escolha do mais relevante. Em *lato sensu* o princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e a proporcionalidade em *stricto sensu*. Para Figueiredo (2005, p. 188 – 189), a adequação tem: [...] como sinônimos: princípio da idoneidade, da pertinência, da validade ou da validade de fim, na qual descreve como: O meio empregado deve ser apropriado ao fim desejado. Barros (2000, p. 79) fala da necessidade nos seguintes termos: O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Para Stumm (1995, p. 80), a proporcionalidade: [...] em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) confunde-se com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação. Constitui requisito para a ponderação de resultados e adequação entre meios e fins. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma reciprocidade entre a relação meio e fim, deve-se ponderar as vantagens e as desvantagens para atingir o fim almejado. Desta forma, medidas desproporcionais estão proibidas, pois se a medida for excessiva não haverá proporcionalidade. O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, “os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se „numa justa medida”, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos. O princípio da proporcionalidade no direito pátrio decorre do direito administrativo, no controle do poder de polícia. Assim, conseqüentemente, a melhor doutrina ampliou sua aplicabilidade para os demais ramos do Direito, precipuamente na admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita. Assim, a solução para aceitação de tais provas consideradas ilícitas, desde que exista conflito de bens de valores equivalentes, é o “sacrifício” de um dos direitos conflitantes expressos na Carta Magna, com o fito de assegurar a justiça. A jurisprudência já decidiu, reiteradas vezes, favorável a aplicação do princípio. É mister salientar que, na própria Constituição Federal, existem exemplos implícitos do princípio da proporcionalidade, quais sejam: no artigo 5º, inciso 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”, no artigo 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, art. 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c)

multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”. Ademais, devido à informatização estar cada vez maior, os crimes ligados a rede de computadores são constantes, e já existem vários julgados neste sentido, conforme exemplo abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. *MENSAGENS CRIMINOSAS ENVIADAS PELA INTERNET. ACESSO AO CONTEÚDO DAS COMUNICAÇÕES DISPONIBILIZADO PELOS DESTINATÁRIOS. ACESSO AOS DADOS DE COMPUTADOR EM LAN HOUSE COM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO JUDICIAL. INTERROGATÓRIO POR PRECATÓRIA. INVALIDADES NÃO RECONHECIDAS.* Envio de comunicações criminosas, contendo injúria, desacato e incitação à prática de crimes, por meio de computador mantido em Lan House. *Só há intromissão na esfera privada de comunicações, a depender de prévia autorização judicial, na hipótese de interferência alheia à vontade de todos os participantes do ato comunicativo. Caso no qual o acesso ao conteúdo das comunicações ilícitas foi disponibilizado à investigação pelos destinatários das mensagens criminosas.* Autoria de crimes praticados pela internet desvelada mediante acesso pela investigação a dados mantidos em computador de Lan House utilizado pelo agente. Acesso ao computador que não desvelou o próprio conteúdo da comunicação criminosa, mas somente dados que permitiram identificar o seu autor. *Desnecessidade de prévia ordem judicial e do assentimento do usuário temporário do computador quando, cumulativamente, o acesso pela investigação não envolve o próprio conteúdo da comunicação e é autorizado pelo proprietário do estabelecimento e do aparelho, uma vez que é este quem possui a disponibilidade dos dados neles contidos.* Não é inválida a realização de interrogatório por precatória quando necessária pela distância entre a sede do Juízo e a residência do acusado. Não se prestigia a forma pela forma e, portanto, não se declara nulidade sem prejuízo, conforme princípio maior que rege a matéria (art. 499 do Código de Processo Penal Militar). Ordem denegada. Diante disso, evidenciando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal expressa:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (STJ, MS nº 23.452/RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 12/05/2000). Assim, com base na fundamentação de que nenhum direito é absoluto, existem decisões que admitem a prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade em hipóteses excepcionais. Contudo, em relação ao

tema em testilha, a comparação da vedação do uso da prova ilícita no processo penal e a teoria da proporcionalidade vêm sendo alvo de críticas pela doutrina. Dentre os questionamentos encontra-se, por exemplo, quais interesses, valores e direitos seriam colocados em defrontação.

Não obstante, a precípua crítica gerada pelos doutrinadores preocupados com o hábito desse instrumento de deliberação é quanto ao elevado grau de subjetividade tendo em observância que, na avaliação e ponderação do direito que deverá predominar, sempre será a cargo do juiz a escolha. Alguns autores chegaram a sustentar a imprescindibilidade de uma exposição dos critérios para a sua aplicação, quais sejam: das custas em jogo; do critério das prioridades; e da relação com a proporcionalidade – isto é, entre o meio empregado e o fim a ser percebido – (TROCKER apud AVÓLIO, 1999, p. 71).

É primordial trazer ao ordenamento jurídico mais estabilidade, traçar para todos os institutos aspectos que lhe dão tipo e essência. Todavia, a crítica em relação à subjetividade da aplicação dessa teoria em testilha parece ser irrefutável de início, pela própria característica definidora da teoria da proporcionalidade e, por conseguinte, pelo princípio relacionado à atividade probatória, chamado de livre convencimento motivado do juiz. No primeiro caso, a exata conceituação doutrinária do instituto serve de fundamentação para replicar a crítica mencionada. Assim, a teoria da proporcionalidade deve ser empregada somente em hipóteses extraordinárias e que certamente resultariam em uma conclusão desproporcional, inusitado e repugnante pela exclusão da prova ilícita que, no caso concreto, comprovaria a aplicação da teoria em estudo. Num segundo momento, poderia se afastar a censura à teoria em comento pelo princípio do livre convencimento motivado. Embora o magistrado tenha liberdade para proferir a sua decisão, essa liberdade na atividade jurisdicional não é absoluta. Primeiramente, deverá o magistrado estar sujeito aos elementos colacionados aos autos e, por conseguinte, tem a obrigatoriedade ainda, em obediência ao que determina o art. 93, inciso IX, da Carta Magna, de motivar a sua decisão, cujo teor é: “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 a 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”. Considerando que a regra é a renúncia da prova ilícita e do grau de excepcionalidade do exercício da teoria em testilha, basta atribuir ao magistrado o dever de, nesses casos, fundamentar de maneira pormenorizada e criteriosa toda a sua decisão. Consequentemente, considerando esses dois pontos ventilados, se estaria tornando factual um relevante instrumento para correção de prováveis injustiças nas decisões judiciais sem, não obstante, tornar corriqueiro um instituto tão excepcional e não trazer, junto com o seu hábito, um elevado grau de ambiguidade na atividade jurisdicional. Diante disso, decidiu a Corte Excelsa pela aplicação da teoria da proporcionalidade, contudo, somente no critério *pro reo*. O Supremo Tribunal Federal justifica sua posição pelo fato de que a própria Constituição Federal de 1988, através do poder constituinte originário, ponderou os valores contrapostos e concluiu-se por dar predominância aos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana em detrimento da persecução penal.

Portanto, infere-se dos julgados alencados que embora hajam construções doutrinárias que pretendem suportar o exercício da prova ilícita com base na teoria da proporcionalidade também *pro societate*, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura garantista dando primazia aos direitos e garantias fundamentais sobre a atividade persecutória estatal. Alega em suas razões que a própria Constituição Federal de 1988 não admite que seja atribuída ao tema outra hermenêutica que não aquela que defende o indivíduo de uma provável atuação ilegítima da atividade persecutória do Estado.

Conclusão

De acordo com a doutrina e a jurisprudência colacionada ao trabalho verifica-se que é de forma cautelosa, que se pode admitir que as provas ilícitas sejam apreciadas, por exemplo, nos casos de algum cidadão, sendo alvo de uma determinada extorsão, objetivando sua defesa, possa gravar o áudio da conversa sem autorização do agente ativo (autor da extorsão) para provar sua inocência. Contudo, deve-se atentar para a teoria da árvore dos frutos envenenados que afirma que uma prova ilícita originária ou inicial teria o condão de contaminar as demais provas decorrentes, ou seja, o processo que contém prova obtida por meio ilícito é nulo e todos os atos decorrentes, também, devem ser tidos como nulos, é o que a doutrina denomina prova ilícita por derivação. Por sua não aceitação e total repúdio às provas ilícitas, o Supremo Tribunal Federal acolheu a teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree theory). Assim, no Brasil a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, ou também como são conhecidas “por derivação” da prova ilegal, não se aplicando a provas autônomas, ou seja, sem relação com a contaminação. O princípio da proporcionalidade, de procedência alemã, nasceu como uma opção para resolver divergências entre os princípios fundamentais. A melhor doutrina passou a suavizar a proibição da prova ilícita, empregando tal princípio com o intuito de evitar que a severidade da exclusão ocasionasse prejuízos insanáveis. Destarte, a tendência doutrinária e jurisprudencial se inclina no sentido de atenuar o absolutismo do preceito constitucional estabelecido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira de 1988, diante de situações excepcionais e em casos de extrema gravidade, quando o direito tutelado é mais importante que aquele atingido, de acordo com o princípio da proporcionalidade, como também, pelo princípio do estado de inocência, quando a prova ilícita é utilizada *pro reo*. Diante disso, as discussões jurídicas em meio a este tema tão discutido, apresentam correntes que apontam que as provas ilícitas podem ser utilizadas, pois segundo essa corrente, o interesse da justiça na descoberta da verdade deve prevalecer, dessa forma, não haveria punição ao infrator da norma. De outro lado, a Constituição Federal de 1988 adotou a não utilização das provas ilícitas, pois estas poderiam privilegiar condutas antijurídicas capazes de ocasionar prejuízo alheio.

Buscando um ponto de equilíbrio, no caso concreto, a proporcionalidade vem relativizar o absolutismo da regra constitucional imposta no artigo 5º, inciso LVI, baseando-se o julgador que deve ser salvaguardado o bem de maior valia em detrimento do menor, e que o positivismo extremo deve ser colocado de lado. É importante salientar que a jurisprudência das cortes brasileiras, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tem entendido que a prova ilícita não gerará nulidade dos autos processuais. É mister repisar que as provas ilícitas obtidas mediante *vis corporalis* (violência física) ou *vis compulsiva*

(ameaça) são completamente repudiadas pela doutrina e jurisprudência. No sentido de que não há proporcionalidade alguma utilizar-se de meio extremamente gravoso e justificá-lo como legítimo. Por exemplo, nos casos de confissão por intermédio da tortura. O uso da proporcionalidade, pela doutrina e jurisprudência majoritária, tem sido aceita em favor do réu. Logo, não podem ocorrer decisões fundamentadas exclusivamente em provas colhidas por meio ilícito para condenar o réu, ainda que nelas existam indícios da culpabilidade da parte acusada. Por não existirem na Carta Magna garantias absolutas, em circunstâncias excepcionais, pode ser admitida a apreciação da prova ilícita, mormente nos fatos em que ocorre dano nos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, diz: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Assim, quando houver conflito entre a proteção supracitada e o disposto no art. 5º, LVI, a saber: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, tais prerrogativas terão de ser avaliadas e, por conseguinte, deverá ser decidido qual bem jurídico deve prevalecer. Todas as normas devem oferecer um caráter ético, não podendo servir de base para resguardar abusos perpetrados por marginais em nome da conservação dos direitos e garantias individuais dos delinquentes.

Ademais, poderá ocorrer a expansão da aplicação da teoria dos motivos determinantes – ou teoria da proporcionalidade –, nos casos de admissão da prova ilícita em favor da sociedade. Esta teoria surge exclusivamente nos casos dos delitos com maior impacto social, em especial aqueles perpetrados por organizações especializadas no crime, em ocasiões que o emprego das chamadas provas ilícitas é a única alternativa para viabilizar a *persecutio criminis*.

Diante disso, este trabalho demonstra as possibilidades de admissibilidade da prova ilícita no Direito Penal. As teorias ventiladas divulgam que tais provas poderão ser usadas em benefício do réu (*pro reo*) ou a favor da sociedade (*pro societate*), contudo, por si só jamais serão empregadas para condenar um réu. Portanto, com observância da proporcionalidade – teoria dos motivos determinantes –, depreende-se que cada caso será decidido com base na ponderação.

Referências

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, **Da Prova no Processo Penal**, 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria, **Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro**, 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1978.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato, **Provas ilícitas: interceptações telefônicas clandestinas**, 1ª ed. – São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999

BARROS, Suzana de Toledo, **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª ed. – Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BONFIM, Edílson Mougnot, **Código de Processo Penal**, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus nº 244.977 / SC**, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília. DJ de 19.10.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus nº 64.096/PR**, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ de 04.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 597.752**, Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília. DJ de 15.05.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 70.814**, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. DJ de 01.03.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 72.588**, Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília. DJ de 04.08.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 73.351**, Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília. DJ de 19.03.1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 74.678**, Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília. DJ de 10.06.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 81.154**, Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJ de 19.12.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança nº 23.452/RJ**, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília. DJ de 12.05.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso em Habeas Corpus nº 63834**, Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ de 05.06.1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso em Habeas Corpus nº 75.545**, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 19.03.1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo, **Habeas Corpus nº 100040009167ES**, Relator: Manoel Alves Rabelo. DJ de 29.11.2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação nº 70020339693**, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini. DJ de 06.12.2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **Apelação nº 70004770442**, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. DJ de 26.03.2003.

CANESTRELLI, Leandro, **International Association of Applied Psychology**, XIII Congress, Rome, April 9th-14th 1958. Under the auspices of Consiglio nazionale delle ricerche [and others] Proceedings.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Processo Penal**, 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Luis G. G. Castanho de, **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 3ª ed. – Curitiba: Positiva, 2001.

FERREIRA, Sônia Pereira Pupo, **Prova ilícita no Processo Penal: a potencialização do poder do Estado no combate à criminalidade**, 3ª ed. – Curitiba: Raízes Jurídicas, 2007.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro, **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**, 1ª ed. – São Paulo: RCS, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl, **Interceptação telefônica: Lei 9.296/96**, 1ª ed. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, **O princípio da proporcionalidade no direito penal**, 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente, **Manual de Processo Penal**, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrine; FERNANDES, Antonio Scaranze; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, **As nulidades no processo penal**, 7ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **As nulidades no Processo Penal**, 7ª ed. – São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Liberdades Públicas e Processo Penal**, 2ª ed. – São Paulo: RT, 1982.

MARQUES, José Frederico, **Elementos de Direito Processual Penal**, 2ª ed. – Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico, **Tratado de Direito Processual Penal**, 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Elementos de Direito Administrativo**, 1ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo Penal**, 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de, **Constituição do Brasil Interpretada**, 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais – teoria geral** –, 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais**, 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2000.

MOSSIN, Heráclito Antônio, **Curso de Processo Penal**, 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 1998.

NETO, José Laurindo de Souza, **Processo Penal: sistemas e princípios**, 1ª ed. – Curitiba: Juruá, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 4ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 4ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 10ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PETRY, Vinícius Daniel, **A prova ilícita**, Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4534>>. Acesso em: 30 set. 2013.

PORTANOVA, Rui, **Princípios do Processo Civil**, 3ª ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PRADO, Leandro Cadenas, **Provas ilícitas, teoria e interpretação dos tribunais superiores**, 2ª ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

STUMM, Raquel Denize, **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**, 1ª ed. – Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**, 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria, **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, 1ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1993.